

A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E A SEGURANÇA JURÍDICA

Daize Fernanda Wagner¹

Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) |

Aline Suzana Figueira de Farias²

Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) |

RESUMO

O presente artigo analisa, sob o enfoque da segurança jurídica, a tentativa de alteração na política de demarcação de terras indígenas proposta pelo atual chefe do Poder Executivo, a partir do art. 21 XIV, § 2º e do art. 43 “i” da Medida Provisória (MP) n. 870/2019 que, mesmo rejeitados pelo Congresso Nacional, tiveram o conteúdo reeditado na mesma sessão legislativa, por meio da MP n. 886/2019. Embora as mudanças relativas às atribuições e à vinculação ministerial da Funai não tenham sido aprovadas pelo Congresso Nacional, a proposta resultou em diversas ações de inconstitucionalidade por violar direitos indígenas previstos na Constituição Federal de 1988 e na Convenção 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Adotou-se uma pesquisa com enfoque crítico-dialético, do tipo jurídico-teórica, acompanhada de uma abordagem qualitativa por meio de levantamento bibliográfico extraído de fontes primárias e secundárias de dados. Ao final do estudo, verificou-se a confirmação da hipótese inicial de que as MP contribuíram para o aumento da insegurança jurídica dos povos indígenas com relação a garantia de seus direitos territoriais.

Palavras-chave: demarcação de terras indígenas; direitos territoriais; medidas provisórias; povos indígenas; segurança jurídica.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Ludwig Maximilian Universitat (LMU). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professora no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Estudos de Fronteira (PPGEF) da UNIFAP. Líder do Grupo de Pesquisa UNIFAP/CNPQ Direitos Humanos, Cidadania e Justiça. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3879-6983> / e-mail: daizefernandawagner@gmail.com

² Bacharel em Ciências Sociais pela UNIFAP. Bacharel em Direito pela UNIFAP. Especialista em Conhecimentos Jurídicos em Segurança Pública. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7887-7852> / e-mail: asuzanafarias@gmail.com

THE DEMARCATION OF INDIGENOUS LANDS AND LEGAL SECURITY

ABSTRACT

This article analyzes, under the legal security focus, the attempt to change the demarcation of indigenous lands policy proposed by the today President, based on the article 2121 XIV, § 2º and of the article 43 “i” in the Provisional Executive Act nr. 870/2019 that, even denied by the National Parliament, the content had been reedited in the same legislative session, through the Provisional Executive Act nr. 886/2070. Although the changes are related to the Funai’s duties have not been approved by the National Congress, the proposal resulted in several actions of unconstitutionality because it violates indigenous rights which are embedded in the Federal Constitution of 1988 and in the ILO’s Convention nr 169 on Indigenous and Tribal peoples of the International Labor Organization (ILO). A critical-dialect research was adopted, of legal-theoric type, followed by a qualitative approach through bibliographic survey from primary and secondary data. At the end, it was confirmed the initial hypothesis that the Provisional Executive Act contributed for the rise of the legal insecurity of the indigenous peoples in relation to the guarantee to their territory rights.

Keywords: *demarcation of indigenous lands; indigenous peoples; legal security; provisional executive act; territory rights.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa, sob o enfoque da segurança jurídica, a tentativa de alteração na política de demarcação de terras indígenas, proposta pelo atual chefe do Poder Executivo, a partir do art. 21, XIV, § 2º e do art. 43, “i”, da Medida Provisória (MP) n. 870/2019 que, mesmo rejeitados pelo Congresso Nacional, tiveram o conteúdo reeditado na mesma sessão legislativa, por meio da MP n. 886/2019.

A edição da MP n. 870, no primeiro dia do ano de 2019, com o propósito de reorganizar a estrutura administrativa do governo federal, por meio da junção de ministérios, extinção de pastas e transferência de órgãos públicos, apresentou mudanças significativas na política de demarcação de terras indígenas.

O art. 21, XIV, § 2º, da MP, retirou a atribuição da Fundação Nacional do Índio (Funai) para regularização fundiária de terras, identificação, delimitação e registro de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas e a repassou para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

A supervisão ministerial da Funai, que pertencia ao Ministério da Justiça (MJ), foi repassada para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, por meio do art. 43 “i”, da MP 870/2019, o que veio a ser confirmado pela edição do Decreto n. 9.673/2019. O processo administrativo de demarcação de terras indígenas também foi alterado por meio do art. 66 do Decreto n. 9.667/2019, que transferiu do MJ para o MAPA a atribuição para demarcar terras indígenas.

Com fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), sugeriram diversas manifestações a respeito da inconstitucionalidade dessa reorganização contida na MP n. 870/2019, por introduzir uma política dissociada do respeito aos direitos originários dos povos indígenas a seu território e contrariar a literalidade das garantias constitucionais expressas no art. 231 da CF/88.

A controvérsia ocorreu na edição do art. 21, XIV, § 2º, e do art. 43 da MP, pois não seria coerente repassar a responsabilidade da demarcação de terras indígenas para o MAPA, pasta comandada por ruralistas e empenhada na promoção de interesses contrários à demarcação de terras. Da mesma maneira, não seria coerente retirar a supervisão ministerial da Funai do MJ.

Após diversas críticas contrárias a proposta apresentada pela MP, em 22 de maio de 2019, o plenário da Câmara dos Deputados aprovou o texto

base da MP n. 870/2019, não aceitando as mudanças promovidas pelo governo federal. Assim, a demarcação de terras indígenas retornou para a Funai e esse órgão permaneceu vinculado ao MJ.

O texto seguiu para a apreciação do Senado. A proposta inicial da MP foi rejeitada e as alterações feitas na Câmara dos Deputados mantidas. Com isso, no dia 18 de junho foi sancionada a Lei n. 13.844/2019. Porém, no dia seguinte, o Presidente da República editou a MP n. 886/2019, alterando o art. 21 XIV, § 2º, da referida lei.

A intenção era, novamente, retirar da Funai a competência para identificar, reconhecer, delimitar, demarcar e titular terras tradicionalmente ocupadas por indígenas e atribuí-la ao MAPA, contrariando a decisão do Congresso Nacional.

A mudança foi contestada junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) por três partidos políticos de oposição. A fundamentação das ações baseou-se na redação do art. 62, § 10, da CF/88, que estabelece que “é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada”. Como o Congresso Nacional não concordou com a redação do art. 21, XIV, § 2º, da MP n. 870/2019, o Presidente não poderia reeditar outra MP na mesma sessão legislativa tratando de conteúdo semelhante.

Desse modo, foi concedida uma decisão liminar pelo ministro Luís Roberto Barroso, que suspendeu as alterações feitas por meio da MP n. 886/2019 ao art. 21, XIV, § 2º, da Lei n. 13.844/2019. Além disso, o ministro ressaltou que o Congresso Nacional já havia mantido anteriormente a Funai como responsável pela demarcação de terras indígenas. Portanto, o ato era inconstitucional e constituía clara violação ao princípio da separação dos poderes da República.

Diante desse contexto, surgiu a necessidade de trazer para a discussão acadêmica e reflexão crítica as alterações legislativas propostas pelo Poder Executivo, por meio das MP n. 870 e n. 886/2019. Ainda que as modificações propostas não tenham sido aprovadas no Congresso Nacional, é necessário abordar o conteúdo das MP n. 870 e n. 866/2019, editadas pelo atual chefe do Poder Executivo.

Destarte, a presente pesquisa propõe-se a elucidar o processo de alteração na política de demarcação de terras indígenas proposto pelo Chefe do Poder Executivo, por meio das MP n. 870/2019 e n. 886/2019. Para tanto, parte do questionamento acerca de como se deu o processo de alteração para que gerasse insegurança jurídica aos povos indígenas?

A hipótese apresentada é que as alterações previstas nas MP n.

870/2019 e n. 886/2019 desencadearam uma crescente insegurança jurídica aos povos indígenas, tanto no que tange à garantia da demarcação de suas terras pela União, prevista no art. 231 da CF/88, quanto por violarem o direito à consulta prévia dos povos indígenas, conforme determina o art. 6º da Convenção 169 da OIT.

No que concerne aos aspectos metodológicos, inicialmente, realizou-se uma pesquisa exploratória nos sites do Ministério Público Federal (MPF), da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF, para atualizar as informações que estavam em processo de análise e debate pelo Poder Legislativo e Judiciário. Em seguida, complementou-se o estudo com a leitura dos conteúdos de doutrina, jurisprudência, normas nacionais e internacionais.

A pesquisa apresenta uma abordagem qualitativa, com enfoque crítico-dialético. Quanto ao tipo de pesquisa em direito, optou-se por uma pesquisa jurídico-teórica, acompanhada de levantamento bibliográfico sobre o tema. Acerca da natureza dos dados, foram utilizadas fontes primárias, como análise da legislação sobre o assunto e fontes secundárias, tais como: livros e artigos científicos especializados no assunto.

1 A SEGURANÇA JURÍDICA

Abordar a segurança jurídica não é uma tarefa simples em face da abrangência conceitual que a expressão suscita e das divergências quanto a sua definição como princípio constitucional implícito ou expresso na CF/88.

Ávila (2011) considera que já no preâmbulo da CF/88 demonstra-se a importância da segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito. Além do preâmbulo, outras referências diretas e indiretas ao termo estão presentes no art. 5º, que prevê o direito fundamental à segurança.

A CF/88 menciona a segurança como valor fundamental em seu preâmbulo, inclui também como direito inviolável no caput do art. 5º, mas em nenhum momento o constituinte refere-se expressamente a um direito à segurança jurídica no texto da Constituição (ROCHA, 2005). Embora em nenhum momento refira-se expressamente a um direito à segurança jurídica, o Constituinte contempla em diversos dispositivos da CF/88 esse direito (SARLET, 2010).

Pode-se verificar que, apesar das interpretações diferentes a respeito da definição do conceito de segurança jurídica, há em comum o entendimento

de que o princípio decorre do art. 5º da CF/88 e “possui conexão direta com os direitos fundamentais” (MELO, 2006, p. 136).

A ideia central da segurança jurídica sustenta-se em torno de dois conceitos básicos (CANOTILHO, 2000): (1) estabilidade das decisões, uma vez adotadas não podem ser alteradas de maneira autoritária ou abusiva, mas somente nas situações em que estiverem presentes hipóteses materiais consideráveis; (2) previsibilidade, baseada na ideia de confiança, certeza dos cidadãos quanto aos efeitos jurídicos da norma. Complementa ainda que se refere a dois princípios materiais alicerces do princípio geral da segurança:

[...] o princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos (CANOTILHO, 2010, p. 372).

Em um contexto de instabilidade nas decisões, a segurança jurídica assume a função primordial contra a prática de arbitrariedades e na busca da pacificação social, justiça e proteção de direitos. Por isso, ela deve ser inerente ao regular funcionamento do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

O valor fundamental do princípio da segurança jurídica está na própria existência do Direito, por ser um alicerce que sustenta a estabilidade das relações jurídicas e não permite “afetar situações já reconhecidas e devidamente consolidadas, nascidas sob o império da lei anterior, com aplicação retroativa de nova interpretação da lei” (OLIVEIRA, 2003, p. 224).

Deve-se assinalar ainda que a CF/88, no inciso XXXVI, do art. 5º, determina que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim também indica o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): que devem ser respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada quando nova lei entrar em vigor.

A redação desses artigos está relacionada ao conceito subjetivo de segurança jurídica, corresponde aos “limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualificam como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada” (COUTO E SILVA, 2004, p. 273). Sob esse ponto de vista, no aspecto objetivo, a segurança jurídica refere-se à estabilidade das relações jurídicas, enquanto, no aspecto subjetivo relaciona-se à proteção

da confiança na validade e estabilidade dos atos praticados (CANOTILHO, 2000).

Importante considerar que a segurança jurídica e a proteção à confiança não podem ser valores absolutos capazes de imobilizar o Estado a realizar mudanças de interesse público. Contudo, não se pode admitir o Estado adotando medidas capazes de surpreender aqueles que confiaram em seus direitos emanados pelo poder constituinte (COUTO E SILVA, 2004).

Ao Estado são impostos limites para praticar atos e para mudá-los. Destarte, a sucessão de leis no tempo deve certificar-se do valor da segurança jurídica em virtude da confiança das pessoas de que as relações estabelecidas sob a vigência de uma determinada norma serão válidas até serem substituídas por outras (SILVA, 1998).

Por essa razão, Rocha (1997) pondera a segurança jurídica como princípio de sustentação do Estado, capaz de proporcionar ao indivíduo a firmeza na aplicação da justiça e de cumprimento aos direitos do cidadão. Todavia, a proteção do cidadão busca-se por meio da medida do respeito aos direitos fundamentais pela nova norma jurídica, não pode ela ser desproporcional ou inadequada (CANOTILHO, 2000).

Logo, um Estado considerado Democrático de Direito tem entre seus alicerces o princípio da segurança jurídica. Os atos emanados pelos poderes da República devem estar subordinados ao respeito às prerrogativas adquiridas e não podem promover o retrocesso de direitos fundamentais.

A própria definição do conceito de segurança jurídica associa-se a manutenção da estabilidade e a efetividade na garantia de direitos adquiridos, a não violação dos mesmos, a proibição de medidas com conteúdo que apresentem a retirada ou supressão de direitos já assegurados.

É nesse cenário que o princípio da proibição ou vedação do retrocesso social também se destaca. De acordo com Sarlet (2010), a proteção dos direitos fundamentais só é possível mediante um patamar mínimo de segurança jurídica na qual o Direito assegure também a proteção da confiança, a dignidade da pessoa humana e a proibição de medidas de retrocesso.

A proibição do retrocesso decorre dos seguintes princípios: princípio do Estado democrático e social de Direito, que exige um patamar mínimo de segurança jurídica; princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais; princípio da proteção da confiança (SARLET, 2010).

A partir do instante em que o cidadão encontra-se desprotegido contra as leis retroativas que afetam seus direitos ou quando é frustrada sua justa

confiança na ordem jurídica consolidada, as relações tornam-se instáveis e inseguras juridicamente. Dessa maneira, é função do Estado proporcionar segurança jurídica nas relações sociais, sobretudo, em relação ao gozo de direitos fundamentais, como é o direito dos povos indígenas ao território tradicionalmente ocupado.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL DOS POVOS INDÍGENAS À DEMARCAÇÃO DE SUAS TERRAS

O art. 231 da CF/88 reconhece “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” (BRASIL, 1988, p. 68).

Antes da CF/88, o reconhecimento dos direitos indígenas restringia-se ao direito de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupavam. Após a promulgação da CF/88 houve uma expansão de direitos, que se estenderam ao respeito a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Nessa direção apontam, entre outros, Barreto (2014), Souza Filho (1998), Wagner (2019).

Consoante Fernandes (2017), a posse indígena no direito brasileiro configura-se como um direito fundamental e está presente tanto na CF/88 como na legislação infraconstitucional. Não tem a sua proteção vinculada à propriedade privada, nem se compara com a posse civil, dado que os povos indígenas têm uma visão comunitária sobre a terra e uma maneira diferente de compreendê-la e com ela se relacionar.

O avanço na legislação representou a garantia do direito à diferença e da legitimação dos direitos territoriais, além de possibilitar a manutenção de suas organizações sociais e estabelecer o ritmo de contato adequado com o restante da sociedade, sem retirar-lhes a identidade cultural, rompendo com a ideia de sociedade brasileira homogênea a qual os indígenas deveriam integrar-se.

Para Cunha (1998), a demarcação representa um ato de reconhecimento do Estado de que os indígenas detêm o título originário sobre suas terras. O Poder Executivo emite apenas um ato declaratório de um direito anterior ao próprio ordenamento jurídico.

A terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas, constitucionalmente assegurada, é um direito que está além do reconhecimento ou não reconhecimento do Estado: é anterior à própria lei, trata-se de um direito

preexistente. “E esta presunção tem forte traço de realidade, os povos indígenas já estavam naquela terra antes dos não-indígenas chegarem” (SOUZA FILHO, 1998, p. 148).

O MPF, por meio da 6ª Câmara de Revisão (populações indígenas e comunidades tradicionais), ao emitir nota técnica contra a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 215/2000 que visa, entre outros pontos, conceder ao Congresso Nacional a aprovação de demarcação de terras indígenas, considerou que a mesma viola direitos fundamentais, como o direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas (art. 231) e direitos adquiridos concedidos diretamente pelo constituinte no art. 5º, XXXVI da CF/88 (SARMENTO, 2013).

O Plenário do STF já ressaltou a importância da originalidade e anterioridade do direito dos indígenas a seus territórios:

DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se ornava de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF) (BRASIL, 2009, p. 237).

A luta do movimento indígena e de setores da sociedade civil, em meio ao processo de redemocratização do Brasil, contribuiu para o rompimento da perspectiva da assimilação e da tutela dos povos indígenas que prevaleceu no direito até 1988. Assim, “a questão da terra foi um dos temas mais controversos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental” (SILVA, 2014, p. 871).

Conforme Santilli (2000) e Luciano (2006), a CF/88 abandonou as ideias assimilacionistas e introduziu o reconhecimento de direitos permanentes aos indígenas, considerando-os sujeitos presentes, com direito a existência futura como povos diferenciados. Reconheceu-se que a terra tem significado de identidade ao povo indígena, representa sua sobrevivência física e cultural, a manutenção de seu modo de vida e saberes.

Pode-se afirmar, então, que a CF/88 rompeu com a política sistemática de assimilação e de desenraizamento cultural e inaugurou uma política de acolhimento, propiciando a compreensão de que uma democracia pluralista não existe sem a presença de minorias com direitos respeitados

(DORNELLES, 2017).

Sendo um direito fundamental (SILVA, 2014), o reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas demanda um ato formal desse reconhecimento, que é a demarcação. A demarcação é importante tanto para os indígenas quanto para os não-índios, de maneira que fique evidenciado o reconhecimento explícito desse direito aos primeiros e do dever de respeitá-lo aos demais.

Em termos gerais, compreende-se que a demarcação de terras é um ato administrativo de natureza declaratória de competência da União para delimitar o território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas. Tal ato está vinculado ao art. 231 da CF/88 e não pode a União deixar de praticá-lo, tendo em vista, ser importante para explicitar os limites da posse indígena e garantir-lhes maior segurança jurídica.

Embora a Constituição tenha ordenado à União que demarque as terras indígenas, até o momento, existem diversas áreas sem a definição de seus limites³. O art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determinou um prazo de cinco anos a partir da promulgação da CF/88 para que fossem concluídas as demarcações no Brasil.

Passaram-se mais de três décadas e isso não ocorreu na sua totalidade. O prazo estipulado é constitucional, trata-se de uma meta a ser cumprida, mas percebe-se que a União o interpreta como um ato discricionário, sem prazo definido para execução.

Sobre esse assunto, o STF manifestou-se, em decisão no Recurso em Mandado de Segurança n. 26.212, no sentido de que a previsão do art. 67 do ADCT não é decadencial. Trata-se de norma programática a ser cumprida dentro de um período razoável (BRASIL, 2011).

Anterior a CF/88, o Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/1973, no art. 65, determinou ao Poder Executivo que realizasse a demarcação das terras indígenas em cinco anos, ou seja, no ano de 1978 todas as terras indígenas conhecidas já deveriam estar devidamente demarcadas. É evidente que esse prazo também não foi cumprido e a omissão não acarretou nenhuma consequência jurídica ou administrativa. “A União está em débito para com os povos indígenas e persiste, ainda com mais intensidade, a obrigação de promover a demarcação que o *caput* do art. 231 determina” (SOUZA FILHO, 1998, p. 150).

O Estatuto do Índio, elaborado no contexto da Constituição de 1967, está fundamentado em uma visão integracionista que vê o indígena ainda

³ A Funai divulga que há 440 terras indígenas regularizadas, ou seja, com o processo demarcatório finalizado, 127 terras indígenas em diferentes fases da demarcação e 117 áreas em estudo (FUNAI, 2016).

sob o regime de tutela, considerando-o incapaz para exercer determinados atos da vida civil. Nesse ponto, portanto, em descompasso com a CF/88. Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) n. 2.057/1991, conhecido como “Estatuto das Sociedades Indígenas”, para regulamentar dispositivos constitucionais e para adequar o Estatuto aos termos da CF/88, mas o projeto está paralisado desde 1994 sem perspectiva para aprovação (BRASIL, 1991).

Nesse cenário de omissão do Poder Executivo, surge o direito subjetivo dos povos indígenas em buscar no Poder Judiciário o cumprimento da determinação constitucional. Enquanto as demarcações não ocorrem em sua totalidade, as comunidades indígenas estão expostas a insegurança e vulnerabilidade promovida pela morosidade da União em atender uma determinação constitucional.

A situação tende a se agravar com a política do governo federal implementada a partir de 2019. Há uma forte tendência de restrição dos direitos indígenas, principalmente, daqueles relacionados ao reconhecimento de seus territórios, bem como da proteção daqueles já demarcados.

3 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A CF/88 permite ao Presidente da República a possibilidade de editar MP, instrumentos normativos com força de lei e produção de efeitos imediatos que serão adotadas somente em casos de relevância e urgência, devendo, posteriormente, serem submetidas a apreciação do Congresso Nacional para serem convertidas em lei.

O prazo de vigência de uma MP é de 60 dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Caso não seja votada no prazo de 45 dias de sua publicação, trancará a pauta de votação na casa legislativa em que se encontra. Após o envio ao Congresso Nacional, cria-se uma comissão mista, formada por deputados e senadores, a fim de elaborar um parecer sobre a medida. No caso de aprovação do parecer, o texto é encaminhado para o Plenário da Câmara, em seguida para o Plenário do Senado.

Do contrário, se a Câmara ou Senado não estiverem de acordo com o parecer, ou a MP tenha perdido a eficácia, será necessário a edição de um decreto legislativo pelos parlamentares para orientar os efeitos jurídicos provocados durante sua vigência.

Na situação em que o conteúdo for alterado, a MP passa a tramitar como projeto de lei de conversão. Quando ocorre sua aprovação na Câmara e no

Senado, a MP ou o projeto de lei de conversão são remetidos ao Presidente da República para sanção. Este pode vetar o texto em partes ou na íntegra.

Todo esse processo de tramitação descrito está previsto no art. 62 da CF/88, que define também os temas sobre os quais é proibida a edição de MP. A despeito do uso de MP, Figueiredo e Limongi (2001) entendem que a avaliação das vantagens do uso desse tipo de instrumento precisa ser analisado sob dois efeitos, um positivo e outro negativo: o primeiro mede o aumento dos ganhos alcançados com os objetivos a que se pretendeu a medida, enquanto o segundo leva em consideração a capacidade de impedir determinadas perdas de direitos.

Não obstante se exija como pressuposto a relevância e urgência para edição de MP, Rocha (2005) critica o subjetivismo existente na avaliação do Executivo em definir o que seria relevante e urgente. Isso acaba dificultando o controle pelo Congresso Nacional e proporcionando a interferência do Poder Judiciário sobre a atividade legislativa exercida. O ordenamento jurídico requer proteção mediante as propostas legislativas de alteração e inovação das normas a fim de adequá-las ao princípio da segurança jurídica.

A possibilidade de inovar no ordenamento jurídico por meio de uma espécie normativa de natureza emergencial pode resultar em uso abusivo das atribuições legislativas pelo chefe do Poder Executivo. Como não há no início uma discussão republicana acerca do tema a ser tratado, “essas medidas costumam ser vistas como mais uma característica do presidencialismo latino-americano, um resíduo autoritário herdado pelas novas democracias” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 125).

Em virtude disso, deve-se atentar para a observância do princípio da separação dos poderes, pois a cada um dos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, cabe determinadas funções. Os poderes, nessa linha de separação, devem seguir os fins a que se propõe (BONAVIDES, 2000). Ainda que autônomos e independentes entre si, um poder precisa controlar o outro mediante o que se denomina de sistema de freios e contra pesos, no qual um poder está apto a conter eventual abuso cometido pelo outro, devolvendo o equilíbrio necessário para assegurar um Estado de Direito e o funcionamento das instituições.

No caso da MP, o Poder Executivo recebe uma autorização constitucional para o exercício de uma função legislativa especial, uma exceção a sua função administrativa, com objetivo de dar maior presteza e agilidade para a criação de normas em situações determinadas.

Daí a necessidade de fortalecer o sistema de freios e contrapesos para que as MP sejam empregadas com cuidado, para não atender apenas a projetos governamentais desconexos com os interesses da sociedade. Não pode o Executivo utilizar MP de maneira desmedida e inconsequente para legislar, aproveitando-se da eficácia imediata e da força de lei que detêm.

4 A EDIÇÃO DOS ARTS. 21 E 43 DA MEDIDA PROVISÓRIA 870/2019 E A INSEGURANÇA JURÍDICA

A edição do art. 21 e do art. 43 da MP n. 870/2019 gerou uma série de críticas, não somente por parte de representantes dos movimentos indígenas, mas também de parlamentares e meios de comunicação jornalísticos (LOTFI; BRITTO, 2019). O art. 21, XIV, § 2º tinha a seguinte redação:

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

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

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

I – a identificação, a delimitação, a demarcação e os registros de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas (BRASIL, 2019c).

Já o art. 43, “i”, da MP n. 870/2019 deslocou a supervisão ministerial da Funai que pertencia ao MJ para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos:

Art. 43 Constitui área de competência do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos:

i) direito do índio, inclusive no acompanhamento das ações de saúde desenvolvidas em prol das comunidades indígenas, sem prejuízo das competências do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (BRASIL, 2019c).

A mudança veio a ser confirmada pela edição do Decreto n. 9.673/2019. O processo administrativo de demarcação de terras indígenas também foi modificado por meio do art. 66 do Decreto n. 9.667/2019, que transferiu do MJ para o MAPA a atribuição para demarcá-las.

Essa desconcentração de competência resultaria na retirada de tarefas exercidas pela Funai voltadas ao licenciamento ambiental para empreendimentos capazes de gerar impactos aos povos indígenas. Desse modo, tanto o processo de demarcação quanto a atuação do licenciamento ambiental com impacto em terras indígena passariam a ser de responsabilidade da Secretaria de Assuntos Fundiários do MAPA.

O posicionamento do atual governo, com claro discurso de visão integracionista a respeito dos povos indígenas, leva a acreditar que a edição da MP n. 870/2019 objetivava fragilizar os direitos assegurados a esses povos no ordenamento jurídico brasileiro (PALMQUIST *et al.*, 2019).

Apesar das dificuldades em exercer suas atribuições, a Funai apresenta uma estrutura organizacional voltada para a tutela do direito à terra dos povos indígenas e para sua proteção. Os princípios que a sustentam estão baseados na consolidação do Estado democrático, com reconhecimento da organização social desses povos, na preservação de seus costumes, línguas, crenças e tradições (FUNAI, 2016).

A demarcação de terras é um procedimento extremamente complexo, que necessita de conhecimentos interdisciplinares em diversas áreas do conhecimento. Não somente isso, depende de uma relação de confiança, já estabelecida pela Funai junto aos povos indígenas, e essa vocação histórica não poderia ser simplesmente desconsiderada.

Percebe-se que as propostas de modificações na política indigenista, elaboradas por meio da MP n. 870/2019, resultariam na inviabilidade de novas demarcações de terras, uma violação ao direito previsto no art. 231 da Constituição, produzindo uma enorme insegurança no tocante à continuidade dos processos de demarcações já existentes e na dificuldade de se iniciar novos processos de reconhecimento de territórios indígenas.

5 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 6062 E OS ARTS. 21 E 43 DA MP 870/2019

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6062, impetrada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), questionou a redação do art. 21, XIV, §2º. O argumento sustentou que a medida era prejudicial à subsistência dos grupos indígenas, uma vez que as atribuições da Funai seriam repassadas a um órgão sem experiência na matéria e com opiniões divergentes a dos povos indígenas. Alegou-se ainda que as normas descumpriam as garantias dos povos indígenas a uma administração pública com estrutura compatível com a legislação e que não houve consulta prévia aos principais sujeitos envolvidos para a elaboração da MP (BRASIL, 2019e).

A medida cautelar foi indeferida pelo Ministro relator Luiz Roberto Barroso, que considerou a reestruturação dos órgãos pelo chefe do Poder Executivo como um ato de natureza política, integrante de sua competência discricionária. Além do que, o assunto estava ainda sob a apreciação do

Congresso Nacional e poderia sofrer remodelações. Não obstante, o Ministro ressaltou que a estruturação dos órgãos da Presidência da República sujeita-se a controle judicial quanto à forma, à finalidade e à proporcionalidade (BRASIL, 2019e).

No que tange à forma, salientou que a mudança do órgão competente para a demarcação de terras indígenas não seria motivo para obrigar o Poder Executivo a realizar a consulta prévia determinada na Convenção 169 OIT, pois não significaria interferência sobre os interesses das comunidades indígenas. A respeito da finalidade, o relator considerou não ser aceitável fazer um pré-julgamento de que a União não iria mais demarcar terras indígenas com a medida, visto que sua competência é vinculada a essa atribuição e não se sujeita a posições políticas. Com relação à proporcionalidade, o Ministro entendeu não ser possível antever falha da Administração Pública na realização de sua obrigação constitucional de proteger os direitos dos povos indígenas (BRASIL, 2019e).

Portanto, no plano abstrato o Judiciário não identificou inconstitucionalidade no conteúdo do art. 21, §2º e art. 43, “i”, da MP n. 870/2019. Deixou a responsabilidade para o Congresso Nacional avaliar se iria rejeitar ou aprovar seu conteúdo.

Por um lado, o Judiciário não quis intervir em assunto que considerou ato discricionário do Presidente da República, entendendo não ser necessária a intervenção judicial naquele momento. Por outro lado, a decisão mostrou-se ineficiente, pois a questão retornou ao STF em virtude da insistência do chefe do Poder Executivo aprovar a matéria de acordo com sua vontade soberana, em desacordo com a determinação do Congresso Nacional.

6 O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA DOS POVOS INDÍGENAS PREVISTOS NA CONVENÇÃO 169 DA OIT E SUA VIOLAÇÃO

A Convenção n. 169 da OIT tem como um dos elementos centrais o direito dos povos indígenas de serem consultados e participarem das decisões elaboradas por meio de medidas administrativas e legislativas que tratem de seus interesses.

Essa consulta será realizada por intermédio de representantes legítimos e com a utilização dos procedimentos adequados com objetivo de conduzir a uma negociação voltada para uma decisão conjunta, que leve em consideração a opinião dos principais atores envolvidos.

Inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.051/2004,

a Convenção n. 169 da OIT tem natureza de ato normativo supralegal, por ser tratado internacional de direitos humanos, devendo-se observar seu conteúdo na elaboração de normas, sob pena de responsabilização na esfera internacional por descumprimento de um tratado ratificado. “O grande mérito da recepção da Convenção 169 da OIT, portanto, é o compromisso no plano internacional assumido pelo Brasil em relação a seus povos indígenas, agora em conformidade com o previsto no âmbito interno” (WAGNER, 2014, p. 260).

Para Souza Filho (2009), essa Convenção garante o reconhecimento das sociedades indígenas na ordem jurídica dos países que a adotarem, haja vista determinar aos Estados a proteção à propriedade, à demarcação dos territórios indígenas e a consulta prévia. O art. 6º da Convenção 169 da OIT determina que:

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 (BRASIL, 2004).

De maneira sintética, fica exposto que qualquer medida legislativa ou administrativa capaz de afetar os povos indígenas depende de consulta livre, prévia e informada aos interessados, de modo que o descumprimento implicará em responsabilidade para o Estado. Considera-se como medida administrativa “os atos administrativos com força de lei e atos normativos advindos do Poder Executivo, como medidas provisórias, decretos, portarias, instruções normativas” (GLASS, 2019, p. 87).

Assim sendo, não se admite a tomada de medidas políticas arbitrárias que interfiram na vida dos povos indígenas sem a participação destes. É essencial ouvi-los e adequar as decisões a suas necessidades. Não pode o Estado buscar atender apenas interesses políticos e econômicos, sem atentar para a garantia dos direitos dos principais sujeitos afetados. “Impôs-se, assim, um novo marco para nortear o relacionamento entre os povos indígenas e tribais e os Estados nacionais que aponta para um cenário de maior respeito e menor assimetria” (YAMADA, 2019, p. 11).

Além da Convenção 169 da OIT, também está previsto na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas o direito à consulta prévia:

Artigo 19 – Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem (BRASIL, 2004).

Inferre-se dos artigos a exigência de realização de consulta aos povos indígenas antes de serem tomadas e aplicadas medidas legislativas e administrativas que tratem de assuntos relacionados a seus territórios, recursos e desenvolvimento.

Esses instrumentos legais comprovam a obrigação do Estado em consultar os povos indígenas quando editar medidas, como as MPs n. 870 e n. 866/2019, que trataram de mudanças significativas na política indígena.

Não se pode considerar a existência de uma discricionariedade ou legitimidade por parte do governo que permitam a dispensa do direito à consulta prévia dos povos indígenas e a imposição de medidas contrárias a seus interesses. Por esse ângulo, é incorreto afirmar que há democracia quando não há participação dos sujeitos envolvidos nas decisões políticas. Por serem os indígenas povos da nação estes têm o direito à informação e participação nas decisões de seus interesses (VILLARES, 2009).

É relevante ressaltar que o Poder Judiciário brasileiro já vem aplicando o art. 6º da Convenção 169 da OIT. A título exemplificativo, destaca-se o julgamento realizado no ano de 2017, em que Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) determinou a suspensão por tempo indeterminado da licença prévia de instalação da mineradora canadense Belo Sun Mining e determinou a realização de consulta prévia as comunidades indígenas afetadas, Juruna e Arara de Volta Grande do Xingu (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

A empresa pretende instalar a maior mina de ouro a céu aberto do país no município de Senador José Porfírio (PA), a aproximadamente 10 km de distância da barragem da Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte, no município de Altamira, no estado do Pará. A decisão do TRF1 atendeu ao pedido da ação civil pública ajuizada pelo MPF, desde 2013, que solicita a realização de consulta prévia para os povos indígenas que poderão ser atingidos com a instalação do empreendimento (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

De acordo com Duprat (2015), apesar da determinação legal de consulta prévia, há um constante desrespeito do Estado brasileiro, por considerá-la uma formalidade desnecessária. O Estado considera-se habilitado para apontar o que seria de interesse dos indígenas e implantar as políticas segundo sua própria orientação.

A fim de assegurar esse direito, vários povos indígenas criaram protocolos próprios de consulta prévia para formalizarem perante o Estado o procedimento adequado para dialogar com cada povo na tomada de

decisão de suas prioridades diante de propostas de governo que interfiram em seus direitos ou territórios. Essa iniciativa busca certificar a existência do direito de consulta prévia e a realização desta com os meios apropriados, considerando as características próprias, organização social e cultural de cada povo envolvido (GLASS, 2019).

Os protocolos configuram o exercício do direito à consulta dos povos indígenas. Essa alternativa de diálogo é uma oportunidade para expressarem suas opiniões e participarem da tomada de decisões em conjunto com o Estado. Os protocolos “podem garantir, assim, segurança e legitimidade a processos que, de saída, tendem a ser conflituosos e desiguais” (GRUPIONI, 2017, p. 84).

Segundo Glass (2019), as medidas legislativas que infringem o direito à consulta e consentimento dos povos indígenas podem ter sua constitucionalidade questionada. Os atos emanados por elas podem ser considerados nulos tanto sob o exame da inconstitucionalidade como da da inconveniência da lei.

A MP n. 870/2019 é um exemplo de medida administrativa que afetaria diretamente a vida dos povos indígenas e que não cumpriu o dever de consulta aos mesmos. Nesse caso, a medida classificada como “inconsulta” apresenta vício de inconstitucionalidade (GLASS, 2019).

Palmquist *et al.* (2019) aponta que a MP n. 870/2019 tinha vícios que levassem à nulidade das mudanças apresentadas no art. 21, XIV, § 2º e art. 43, posto que não havia relevância e urgência para a edição da matéria em questão, além do que não se cumpriu a exigência de consulta prévia, prevista na Convenção 169 da OIT.

A Convenção 169 da OIT garante aos povos indígenas que tenham seus interesses respeitados quando houver a implementação de uma determinada política pública a eles direcionada. O Estado tem o dever de aplicar as regras e princípios que tratem de direitos fundamentais dos povos indígenas. Não pode, simplesmente, por conveniência de interesses, excluí-los da tomada de decisões.

7 A REEDIÇÃO DE MATÉRIA REJEITADA NA MP 870/2019 E O AGRAVAMENTO DA INSEGURANÇA JURÍDICA AOS POVOS INDÍGENAS

Diante da rejeição das alterações propostas pela MP n. 870/2019 na política de demarcação de terras indígenas, o Presidente da República resolveu reeditar o conteúdo do art. 21, XIV, § 2º, por meio da MP n.

886/2019 e assim repassar novamente a Funai para a supervisão do MAPA, em descumprimento ao que havia sido determinado pelo Congresso Nacional.

Essa alteração ao art. 21 da Lei n.13.844/2019, promovida pelo art. 1º da MP n. 886/2019, foi contestada junto ao STF com base no art. 62, § 10, da CF/88, que esclarece que “é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada”. Como o conteúdo não foi aprovado pelo Congresso, não poderia o presidente apresentar novamente a proposta em outra Medida Provisória na mesma sessão legislativa.

8 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A MEDIDA PROVISÓRIA N. 886/2019

Foram propostas três ações de inconstitucionalidade contra a MP n. 886/2019: a ADI n. 6172, ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade (REDE), que impugnou o art. 1º na parte em que altera os arts. 21, inc. XIV e §2º, e 37, XXI, da Lei n. 13.844/2019; as demais ações, de autoria do Partido dos Trabalhadores (PT) e do Partido Democrático Trabalhista (PDT), respectivamente a ADI 6173 e ADI 6174, limitaram-se à impugnação das alterações promovidas no art. 21, inc XIV e § 2º. Os requerentes alegaram a inconstitucionalidade dos dispositivos por reeditarem norma que pretendeu transferir a competência para a demarcação de terras indígenas da Funai para o MAPA.

Conforme os argumentos dos requerentes, havia inconstitucionalidade formal, por violação ao art. 62, § 10, da CF/88, e material, nos seguintes aspectos: (a) violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF), pois a MP foi uma maneira de burlar à deliberação do Congresso Nacional; (b) desrespeito a cláusula do Estado de Direito (art. 1º da CF); (c) inobservância aos direitos dos povos indígenas à demarcação de suas terras (art. 231 da CF/88), tendo em vista que há interesses conflitantes; e (d) violação à Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2019e).

Diante disso, o Ministro Luís Roberto Barroso deferiu liminar para as três ADI propostas e, assim, suspendeu o trecho da MP n. 886/2019 que repassava novamente a competência para a demarcação de terras indígenas ao MAPA.

Para o Ministro, os requisitos exigidos para concessão da liminar encontraram-se presentes. A decisão final coube ao Congresso Nacional, que atuou em sua função típica, ao rejeitar no processo de conversão da MP n. 870/2019 a transferência da demarcação de terras para o MAPA. Ademais, a edição da MP n. 886/2019 confrontou a regra do art. 62, §10, da CF/88.

Assim, foram suspensas as alterações feitas pelo art. 1º da MP n. 886 ao art. 21, inc XIV e § 2º da Lei 13.844/2019, reconhecendo a impossibilidade de reedição de MP tratando de conteúdo rejeitado na mesma sessão legislativa. Consolidou-se a seguinte tese pelo STF:

É inconstitucional medida provisória ou lei decorrente de conversão de medida provisória cujo conteúdo normativo caracterize a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória anterior rejeitada, de eficácia exaurida por decurso do prazo ou que ainda não tenha sido apreciada pelo Congresso Nacional dentro do prazo estabelecido pela Constituição Federal (BRASIL, 2019e, p. 3).

Assim, em 01/08/2019 os ministros do STF referendaram, por unanimidade, a medida cautelar deferida pelo ministro Luís Roberto Barroso. Constatou-se que o Chefe do Poder Executivo ignorou a Constituição ao promover as modificações no art. 21 da Lei 13.844/2019. Consequentemente, a competência para a demarcação de terras indígenas permanece com a Funai e não mais com o MAPA.

A mobilização de lideranças indígenas e de parlamentares contrários às mudanças na política indígena contribuiu para que o conteúdo contrário aos interesses dos povos indígenas fosse revisto e alterado (ENTIDADES CRITICAM..., 2019). A ausência de consulta prévia aos povos indígenas e o formato adotado pela Presidência da República para propor as mudanças – por meio de MP – que não possibilitou o amplo e aberto debate com a sociedade e, sobretudo, com os indígenas, que seriam diretamente atingidos pelas mudanças, não foi adequado.

Ainda que a decisão do STF tenha se pautado no desrespeito ao previsto no art. 62, § 10, da CF/88, efetivamente cabe problematizar a opção tomada pelo Chefe do Poder Executivo. Percebe-se que a mudança na política de demarcações proposta está em descompasso com o atual estágio e compreensão das normas jurídicas que reconhecem os direitos aos povos indígenas, sobretudo o direito à demarcação de suas terras e o direito a serem consultados acerca das medidas administrativas e legislativas que possam atingi-los.

CONCLUSÃO

Foi possível comprovar a hipótese inicialmente apresentada na pesquisa. As MP em análise contribuíram para o aumento da insegurança jurídica dos povos indígenas no que tange à garantia da demarcação de suas terras pela União, prevista no art. 231 da CF/88, e por violarem o direito à consulta prévia dos indígenas em sua elaboração, como determina o art. 6º da Convenção 169 da OIT.

A tentativa de transferência da atribuição de demarcação de terras indígenas da Funai para um Ministério que tem funções incompatíveis com a demarcação, é profundamente preocupante. Evidencia, na prática, o não reconhecimento dos povos indígenas como os principais sujeitos afetados pelas mudanças sugeridas, denuncia o desinteresse em manter uma política de reconhecimento e garantia de seus territórios tradicionalmente ocupados e, pior que isso, coloca o Estado como o único responsável pela tomada de decisões.

A mesma interpretação é feita ao tentar compreender a alteração da vinculação ministerial da Funai. Ao retirá-la do MJ, a Funai ficaria, praticamente, impossibilitada de atuar nos serviços de monitoração e fiscalização de terras indígenas.

A CF/88 reconheceu aos indígenas seus direitos territoriais, concedeu-lhes um tratamento distinto e rompeu com a visão integracionista que prevalecia até então. Assim, qualquer política contrária a esse posicionamento será considerada incompatível com os preceitos constitucionais.

Não se pode admitir a volta da lógica integracionista, rompida com a CF/88. Isso representaria um verdadeiro retrocesso na sociedade brasileira, depois de vários anos de luta e persistência dos povos indígenas em conquistar o reconhecimento de seus direitos. Seria injusto admitir a legitimidade de propostas inconstitucionais que visam retirar a proteção de seus direitos fundamentais.

É inaceitável a legitimação de um discurso de negação da existência desses povos, de assimilação cultural e desrespeito a manutenção da identidade e da cultura indígena. A verdade é que esses discursos visam atender interesses de poucos e não da nação em geral, tem entre seus objetivos a liberação de terras indígenas para exploração econômica sem a preocupação com a preservação do meio ambiente e tampouco manter a organização cultural e social dessas comunidades.

Por meio de declarações destinadas a potencializar o preconceito, o

racismo e o sentimento de ódio contra os povos indígenas, o Presidente da República promove a intolerância em relação aos diferentes. A edição do conteúdo da MP n. 870/2019 representou o início da tentativa do governo federal em desarticular a política de defesa e garantia dos direitos territoriais indígenas.

A insistência em manter a demarcação de terras indígenas sob responsabilidade do MAPA, por meio da MP n. 886/2019, é motivo de grande insegurança jurídica aos povos indígenas. A aprovação da matéria iria condicionar a demarcação de terras aos interesses políticos e econômicos do setor ruralista que comanda o MAPA.

É certo que a rejeição das propostas apresentadas na MP n. 870 e n. 886/2019 não vai paralisar a intenção do chefe do Poder Executivo em consolidar seu projeto político para os povos indígenas, cuja percepção parece estar mais alinhada à visão integracionista do que com a CF/88.

Constatou-se ainda, que a insegurança jurídica causada aos povos indígenas está presente não apenas na edição das MP n. 870 e 886/2019, mas em diversas declarações do Presidente da República. Ao afirmar que não mais demarcará nenhum centímetro de terras indígenas e ainda irá rever aquelas já demarcadas para reduzir as extensões territoriais (RESENDE, 2018), ou mesmo ao posicionar-se, por exemplo, favorável à regulamentação da exploração mineral e da atividade agropecuária em terra indígena (EUSÉBIO, 2019).

Nessa direção, vai, inclusive, o recente Projeto de Lei n. 191/20, encaminhado à Presidência da Câmara dos Deputados, que pretende regulamentar o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição, para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas e instituir a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas (BRASIL, 2020).

Portanto, é necessário continuar acompanhando o desenrolar da política indígenista atual do governo federal, de maneira a não permitir retrocessos em relação a direitos fundamentais assegurados na CF/88 aos povos indígenas, como é o caso da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas.

Pode-se considerar a tentativa de desestruturar a Funai por meio da retirada de sua atribuição para exercer a função de demarcações de terras e repassá-la ao MAPA como uma causa de enorme insegurança jurídica aos povos indígenas, já que seus direitos originários as terras tradicionalmente ocupadas poderiam ser desqualificados e descontinuidos.

Não se identificou razoabilidade na decisão tomada pelo Poder Executivo a respeito do conteúdo alusivo à demarcação de terras indígenas, nem tampouco na decisão de transferir a supervisão ministerial do órgão. A razão apresentada para reestruturação de órgãos, a fim de oferecer mais economia e racionalidade na organização da administração pública federal em seus ministérios, não justificava as mudanças propostas para as atribuições da Funai.

Os povos indígenas tem se manifestado, expressando claramente sua opinião e visão de mundo. Exemplo disso são os Protocolos de Consulta elaborados por vários povos indígenas. Neles, os indígenas explicam um pouco de seu modo de viver e esclarecem a maneira como deve se dar o diálogo com os não-índios. Vários povos indígenas tem elaborado seus protocolos, publicados amplamente em diferentes meios, inclusive na internet, como é o caso do povo Wajãpi, do povo Juruna, do povo Krenac, do povo Mundurucu etc (GLASS, 2019). Outro exemplo são os Planos de Vida, que expressam o planejamento para o futuro, elegendo prioridades e objetivos daquela respectiva coletividade. Como exemplo, cita-se o Plano de Vida dos Povos e Organizações Indígenas do Oiapoque (APIO, 2009).

São documentos construídos coletivamente, com a participação da comunidade envolvida, em assembleias que podem durar vários dias. Alguns desses encontros podem ter, inclusive, participação e apoio de não-índios, mas, ainda assim, são a materialização do desejo daquela coletividade, daquele povo indígena.

Então, o direito de ser ouvido e de se manifestar, previsto no art. 6º da Convenção 169 da OIT, é efetivamente exercido pelos indígenas. Por que é tão difícil ouvir?

Um direito que é tão óbvio – o direito de se manifestar, opinar e ser ouvido acerca das medidas e ações que os afetem – é sistematicamente desconsiderado e, portanto, frágil. A explicação passa pela tutela estatal, que deixou suas marcas profundas em algumas pessoas, que ocupam cargos públicos de relevo, como o Chefe do Executivo. Todavia, a explicação vai para muito além da visão tuteladora dos indígenas e passa pelos conflitos de cosmovisão, inclusive acerca do que é valioso e deve ser preservado. Passa pela segurança jurídica e pela boa-fé. Ora, o direito à consulta foi reconhecido no plano legal tanto interno quanto internacional. Portanto, ao promulgar a CF/88 e ao ratificar a Convenção 169 da OIT, o Estado brasileiro assumiu um compromisso e gerou uma justa expectativa de que iria efetivamente cumprir tal compromisso e efetivamente cumprir a legislação

que ele mesmo aprovou.

Nesse cenário, a segurança jurídica que deveria permear as relações entre os povos indígenas e os agentes estatais fica fragilizada. Em seu lugar, cresce a insegurança jurídica para os indígenas, na medida em que seu direito constitucional à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas não é efetivado pela União e o direito de consulta não é respeitado em toda a sua extensão.

A reforçar tal insegurança jurídica, a postura do Chefe do Executivo, que dá declarações públicas contrárias a demarcação de terras e propõe a exploração das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas de maneiras incompatíveis com aquelas estabelecidas pelos próprios indígenas. Assim, a possibilidade de novas medidas contrárias aos interesses dos povos indígenas e em desacordo com a CF/88 e a Convenção 169 da OIT está no horizonte e só faz ampliar a insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

APIO – ASSOCIAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO OIAPOQUE. *Plano de vida dos povos e organizações indígenas do Oiapoque*. Oiapoque: APIO, 2009.

ÁVILA, H. *Teoria da segurança jurídica*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.057, de 23 de Dezembro de 1991*. Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co-dteor=1685910&filename=PL+2057/1991. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF, abr. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 3.388*. Brasília: DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClass e=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 26.212*. Brasília: DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 19 de maio 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=86108664&ext=.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 9.667, de 2 de Janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e altera o Decreto n. 6.464, de 27 de maio de 2008, que dispõe sobre a designação e atuação de adidos agrícolas junto a missões diplomáticas brasileiras no exterior. Brasília, DF, jan. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9667.htm. Acesso em: 18 maio 2019. [2019a].

BRASIL. *Decreto n. 9.673, de 02 de Janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Confiança do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, remaneja cargos em comissão, Funções Comissionadas do Poder Executivo e Funções Gratificadas, transforma cargos em comissão do grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE. Brasília, DF, jan. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9673.htm. Acesso em: 18 maio 2019. [2019b].

BRASIL. *Medida Provisória n. 870, de 01 de janeiro de 2019*. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF, jan. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/Mpv/mpv870.htm. Acesso em: 20 fev. 2019. [2019c].

BRASIL. *Medida Provisória n. 886, de 18 de Junho de 2019*. Altera a Lei n. 13.844, de junho de 2019, a Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991, a

Lei n. 12.897, de 18 de dezembro de 2013, a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, e a Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016, para dispor sobre a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF, jun. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv886.htm. Acesso em: 10 ago. 2019. [2019d].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 6.062/DF*. Processo n. 0016923-51.2019.1.00.0000. Relator: Min. Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stj.jus.br/noticias/ver>. Acesso em: 21 abr. 2019. [2019e].

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 191, de 06 de fevereiro 2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=2236765>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BARRETO, H. G. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2014.

BONAVIDES. P. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

COUTO E SILVA, A. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376/44830>. Acesso em: 7 out. 2019.

CUNHA, M. C. (org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

DORNELLES, E. N. P. *Indígenas no Brasil: (in)visibilidade social e jurídica*. Curitiba: Juruá, 2017.

DUPRAT, D. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília, DF: ESMPU, 2015.

ENTIDADES CRITICAM transferência da demarcação de terras indígenas e quilombolas para agricultura. *GI*, 2 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/01/02/entidades-criticam-transferencia-da-demarcacao-de-terras-indigenas-e-quilombolas-para-agricultura.ghtml>. Acesso em: 12 fev. 2020.

EUSÉBIO, M. Bolsonaro defende que índios explorem mineração e agropecuária em suas terras. *Capital News*, 21 abr. 2019. Disponível em: <https://www.capitalnews.com.br/colunistas/marco-eusebio/bolsonaro-defende-que-indios-explorem-mineracao-e-agropecuaria-em-suas-terras/328428>. Acesso em: 26 nov. 2019.

FERNANDES, E. *Direito à terra indígena: um estudo dos casos Raposa Serra do Sol e Mayagna Awas Tingni*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FIGUEIREDO, A. C.; LIMONGI, F. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Política indigenista*. Brasília, DF: Funai, 2016. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista>. Acesso em: 21 abr. 2019.

GLASS, V. (Org). *Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CESPEDIS, 2019. Disponível em: <http://direitosocioambiental.org/livros/>. Acesso em: 10 out. 2019.

GRUPIONI, L. D. B. Elaboraões indígenas do direito de consulta no Brasil. *Povos Indígenas no Brasil 2011/2016*, 2017. Disponível em: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/2017-PIB-Protocolos-de-consulta-Elaboraões-indígenas-do-direito-de-consulta-Luis-Grupioni.pdf>. Acesso em 12 out. 2019.

LOTFI, T. F.; BRITTO, T. M. C. A medida provisória 870/2019 e a demarcação de terras indígenas. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 13, p. 411-420, jan./abr. 2019.

LUCIANO, G. S. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MELO, L. M. S. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte. v. 25, p. 133-144, 2006. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/429/431>. Acesso em: 15 nov. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *TRF 1 ordena consulta prévia a indígenas afetados pela mineradora Belo Sun e mantém suspensão do*

licenciamento. Assessoria de Comunicação da Procuradoria Geral da República da 1ª Região. Brasília, DF, 6 dez. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/trf1-ordena-consulta-previa-a-indigenas-afetados-pela-mineradora-belo-sun-e-mantem-suspensao-do-licenciamento>. Acesso em: 13 nov. 2019.

OLIVEIRA, K. C. P. P. O Direito adquirido e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 213-228, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45449>. Acesso em: 16 nov. 2019.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 20 maio 2019.

PALMQUIST, H. *et al. Reminiscências tutelares: a MP n. 870/2019 e seu projeto inconstitucional para os povos indígenas*, 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/artigo-reminiscencias-tutelares-1.pdf. Acesso em: 4 maio 2019.

RESENDE, S. M. No que depender de mim, não tem mais demarcação de terra indígena', diz Bolsonaro a TV: Presidente eleito falou em entrevista ao Brasil Urgente da Band. *Jornal Folha de S.Paulo*, 11 nov. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/no-que-depender-de-mim-nao-tem-mais-demarcacao-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-a-tv.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2019.

ROCHA, C. L. A. Princípios constitucionais do processo administrativo na Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 34, n. 136, p. 5-28, out./dez. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/287>. Acesso em: 7 out. 2019.

ROCHA, C. L. A. R. (org.). *Constituição e segurança jurídica: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 261-265.

SARLET, I. W. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social do Direito Constitucional Brasileiro*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 21, mar./maio, 2010. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

SARMENTO, D. *A PEC 215 e as cláusulas pétreas*: nota técnica. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/23-a-pec-215-00-e-as-clausulas-petreas/daniel-sarmento-a-pec-215-00-e-as-clausulas-petreas.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SANTILLI, M. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000.

SILVA, J. A. Reforma Constitucional e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 121-132, jul. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47202/45410>. Acesso em: 7 out. 2019.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA FILHO, C. F. M. *Projeto pensando o direito*: estatuto dos povos indígenas. Curitiba: PUC-PR, 2009. Disponível em: http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/19Pensando_Direito.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.

SOUZA FILHO, C. F. M. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

VILLARES, L. F. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

WAGNER, D. F. *Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil*: um olhar sob a perspectiva da efetividade. In: *Direito Internacional dos Direitos Humanos II: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, Forianópolis: UFSC, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>. Acesso em: 23 jul. 2019.

WAGNER, D. F. *Identidades Étnicas em Juízo*: o caso Raposa Serra do Sol. Belo Horizonte: Initia Via, 2019.

YAMADA, E. M. *Protocolos autônomos de consulta e consentimento*: guia de orientações. São Paulo: RCA, 2019. Disponível em: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/2019-Guia-de-Protocolos-RCA-versão-web.pdf>. Acesso em 12 out. 2019.

Artigo recebido em: 27/02/2020.

Artigo aceito em: 01/06/2020.

Como citar este artigo (ABNT):

WAGNER, D. F.; FARIAS, A. S. F. A demarcação de terras indígenas e a segurança jurídica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 375-404, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1780>. Acesso em: dia mês. ano.