



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MIN. EDSON FACHIN RELATOR DO AÇÃO ORIGINÁRIA Nº 1.100

A UNIÃO, representada pelos seus advogados infra-assinados^[1], nos autos da Ação Cível Originária, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao despacho publicado em 22/02/2024, manifestar-se sobre o controle incidental de constitucionalidade na via difusa de dispositivos da Lei nº 14.701/2023, conforme as razões a seguir aduzidas.

1. RELATÓRIO

Trata-se de incidente de controle de constitucionalidade na via difusa de dispositivos da Lei nº 14.701/2023, instaurado pelo Povo Indígena Xokleng, da Terra Indígena Ibirama-La Klaño (e-DOC. nº 860), que questiona o tratamento dado pela lei, em síntese, aos seguintes temas: **(i)** marco temporal/renitente esbulho; **(ii)** vedação ao reestudo de terras já demarcadas

(redimensionamento/reestudo dos limites de terras indígenas); e **(iii)** a flexibilização do usufruto exclusivo e a permissão da exploração econômica de terras indígenas por terceiros.

O Povo Indígena Xokleng, da Terra Indígena Ibirama-La Klaño, destaca que as matérias reguladas pela Lei nº 14.701/2023 já foram julgadas por essa Suprema Corte no RE nº 1.017.365 (Tema nº 1.031 de Repercussão Geral) - que cuida do mesmo território tratado nesta ACO nº 1.100 -, sendo possível ao Ministro Relator julgar o mérito do presente controle incidental de constitucionalidade sem submeter o caso ao Plenário ou ao órgão especial da Corte, diante da autorização contida no art. 949, parágrafo único, do CPC.

Os pedidos foram formulados nos seguintes termos:

- b) Diante da previsão do art. 949, parágrafo único do CPC, que firma, “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”, requer que monocraticamente no mérito sejam declarados inconstitucionais os Arts. 4º, I, II, III, IV e §1º, §2º, §3º e §4º; Art. 6º; Art. 13; Art. 14; Art. 15; Art. 20; Art. 23; Art. 26, §1º e §2º, I, II, III, IV; e Art. 27, todos da Lei nº 14.701/23, para depois, e imediatamente, ser submetido ao referendo do Plenário da Corte;
- c) Se assim por bem não entender Sua Excelência, que após deferida a medida liminar pleiteada, que possa submeter à Corte Especial o julgamento do presente incidente de constitucionalidade e declarar inconstitucionais os Arts. 4º, I, II, III, IV e §1º, §2º, §3º e §4º; Art. 6º; Art. 13; Art. 14; Art. 15; Art. 20; Art. 23; Art. 26, §1º e §2º, I, II, III, IV; e Art. 27, todos da Lei nº 14.701/23;
- d) Ainda no mérito, que possa esta Suprema Corte declarar inconstitucional os artigos acima transcritos e, nos termos do que decidido nos Temas 881 e 885, aplicar eficácia vinculante e efeito erga omnes à decisão colegiada, notificando o Senado Federal para que possa dar publicidade ao que decidido.
- e) Alternativamente, a partir do caso concreto, em esta Corte não entendendo pela aplicação dos efeitos pretendidos no item anterior, argumentando por argumentar, que possa declarar inconstitucional os dispositivos da Lei 14.701/2023 acima transcritos, aplicando-se efeitos inter partes.

Em breve síntese, os requerentes argumentam que os direitos territoriais indígenas e a garantia fundamental à organização social própria (culturas, crenças, tradições, línguas, usos e costumes) são, a um só tempo, direitos individuais e coletivos sobrepostos. As normas constitucionais que os estabelecem qualificar-se-iam como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CRFB), tal como já reconheceu o STF no Tema 1031. Assim, incidiria no caso a “proibição do retrocesso”, de modo que o constituinte reformador, o legislador ordinário ou a interpretação judicial não poderiam reduzir os direitos fundamentais indígenas. A Lei 14.701/2023, ao condicioná-los ao marco temporal, que seria baseado na posse civilista, física e não tradicional, violaria a imutabilidade da cláusula pétrea e a “proibição do retrocesso”.

O Povo Indígena requerente argui a inconstitucionalidade do art. 20 da Lei 14.701/2023, por violar o direito ao usufruo exclusivo (art. 231, § 2º, da CRFB). Além disso, aponta que o art. 20 da lei impugnada violaria também o § 3º do art. 231 da CRFB e a Convenção 169 da OIT, por afrontar o direito de consulta livre, prévia, informada e de boa-fé, e com direito de veto, dos povos e por flexibilizar o usufruto exclusivo das comunidades indígenas.

Finalmente, quanto ao redimensionamento, argumenta que essa Suprema Corte, ao julgar o Tema nº 1031 de Repercussão Geral, declarou as terras indígenas como *res extra commercium*, em respeito à natureza pública e afetada à manutenção do bem-estar indígena, razão pela qual elas são inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (art. 231, § 4º, da CRFB), tendo sido adotado o Indigenato pela Constituição.

Para fundamentar o *periculum in mora*, a comunidade indígena cita o caso do Povo Indígena Myky, cujo procedimento demarcatório teria sido rejeitado pelo Ministério da Justiça no final de 2022, ao fundamento de que seria vedada a ampliação de terras já demarcadas.

Regularmente intimada, a União apresenta sua manifestação.

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, INCISOS I A IV, E §§ 1º A 4º, DA LEI (MARCO TEMPORAL)

O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e atribui à União o dever de demarcação e proteção. O ato demarcatório tem natureza declaratória, e não constitutiva, de modo a precisar a real extensão dos direitos territoriais indígenas e a conferir eficácia ao art. 231 da Constituição. Nesse sentido, o art. 25 da Lei 6.001/1973 já dispunha antes do advento da Constituição de 1988 que "*o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas (...) independerá de sua demarcação*".

Essa Suprema Corte assentou como declaratória a natureza do ato demarcatório ao julgar o caso Raposa Serra do Sol (PET 3.388). Confiram-se os termos da ementa do julgado:

(...) 12. 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 torna 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. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). (...)

(Pet 3388, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19-03-2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049)

Tal entendimento foi mantido por esse Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 1.017.365 (Tema nº 1031 de Repercussão Geral). Eis a ementa do julgamento de mérito do citado paradigma de repercussão geral:

(...) 5. **O texto constitucional reconhece a existência dos direitos territoriais originários dos indígenas, que lhe preexistem, logo, o procedimento administrativo demarcatório não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver da comunidade.** (...)

(RE 1017365, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 27-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 14-02-2024 PUBLIC 15-02-2024)

Portanto, conforme já reconhecido por essa Suprema Corte, não é a demarcação pressuposto ao reconhecimento dos direitos dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sendo a ação do Estado apenas no sentido de promover a identificação das terras da União reservada aos povos indígenas, de maneira a melhor resguardar seus direitos.

Eventual legislação infraconstitucional a respeito dos direitos constitucionais indígenas **não** pode contradizer os preceitos contidos no art. 231 da Constituição e nos seus parágrafos. O § 2º e o *caput* do art. 4º da lei impugnada acrescentam a necessidade de a ocupação tradicional das terras indígenas ter ocorrido na data da promulgação da Constituição, adotando expressamente a tese do "marco temporal". Ao fazê-lo, a lei insere condições não previstas no art. 231 da Constituição para que os povos indígenas possam acessar e usufruir de seus direitos constitucionais. Confirmam-se os termos da Lei 14.701/2023:

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

- I - habitadas por eles em caráter permanente;
- II - utilizadas para suas atividades produtivas;
- III - imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;
- IV - necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

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

§ 2º A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado.

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

§ 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo.

Considerando a natureza declaratória do ato demarcatório de terras indígenas, considerando que a inalienabilidade e a indisponibilidade dessas terras e a imprescritibilidade dos direitos sobre elas, e considerando, enfim, que a Constituição estabelece que *"são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"* (art. 231), seria contraditório que um direito reconhecido pela Constituição como **originário** fosse interpretado como condicionado a um marco temporal. Não é possível inferir que o Poder Constituinte Originário de 1988, que ampliou a proteção aos direitos indígenas em relação às Constituições anteriores, teria desejado fixar uma limitação temporal restritiva dos direitos territoriais indígenas.

O art. 4º, § 3º, da Lei 14.701/2023 estabelece como condição para que os povos indígenas possam acessar seus direitos territoriais originários a comprovação da presença da comunidade indígena na data da promulgação da Constituição ou comprovação da ocorrência de esbulho renitente - ou seja, de um *"efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada"*.

Essas condicionantes impostas pela lei impugnada, além de não estarem presentes no art. 231 de Constituição, são fundamentadas na expectativa a respeito do comportamento adotado por não-índios para a proteção da posse civilista de terras, afrontando justamente o objetivo constitucional de reconhecer, valorizar e proteger a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições próprias dos povos indígenas; no caso, especialmente as maneiras particulares dos povos indígenas de resistir e sobreviver às violências históricas sofridas.

Deve-se acrescentar ainda a dificuldade material imposta pela Lei 14.701/2023 aos povos indígenas de obter uma comprovação de que ocupavam as suas terras na data da promulgação da Constituição, diante da dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas geográficas. Nesse sentido, a exigência dessa prova material de ocupação de área indígena à data da promulgação da Constituição só seria instituída formalmente no ordenamento brasileiro com a publicação da Lei 14.701/2023, ou seja, de repente passaria a ser exigida dos povos indígenas uma prova descomedidamente difícil, senão impossível (*"probatio diabolica"*), de fatos ocorridos há 35 anos para que eles pudessem ter reconhecidos os seus direitos originários.

Destaque-se, ainda, que esse Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema nº 1.031 de Repercussão Geral (RE 1.017.365), rejeitou expressamente a tese do "marco temporal", encampada pela lei ora impugnada. Confirmam-se seus termos:

(...) 8. As terras de ocupação tradicional indígena foram objeto de tutela legal desde a colônia e pelas Constituições desde a Lei Magna de 1934, razão pela qual **não se justifica normativamente que a Constituição de 1988 constitua termo para verificação dos direitos originários dos índios, pois ausente fratura protetiva em relação à tutela de seus direitos territoriais, a autorizar a apropriação particular dessas áreas.**

9. **A proteção constitucional aos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.** (...)

(RE 1017365, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 27-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 14-02-2024 PUBLIC 15-02-2024)

A Lei nº 14.701/2023, portanto, ao adotar a tese do marco temporal, reduz o alcance do art. 231 da Constituição e contraria frontalmente o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre essa questão constitucional no paradigma de repercussão geral supracitado.

A União pugna, assim, pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 4º, *caput*, incisos I a IV, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei 14.701/2023.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DA LEI: DO CONTRADITÓRIO NO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO

O art. 6º da Lei 14.701/2023 estabelece que aos interessados na demarcação seriam assegurados, em todas as suas fases, inclusive nos estudos preliminares, o contraditório e a ampla defesa, e que seria obrigatória a sua intimação desde o início do procedimento e permitida a indicação de peritos auxiliares.

O procedimento demarcatório de terras indígenas é regido pela Lei 6.001/1973 e pelo Decreto 1.775/1996. O art. 2º do citado decreto prevê as diferentes etapas desse procedimento. Após a nomeação do antropólogo que realizará os estudos de identificação, é designado grupo técnico especializado multidisciplinar, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

Assim, o procedimento demarcatório inicia-se com a formação de um grupo de trabalho responsável por elaborar um relatório circunstanciado para identificar se o pleito de determinado povo

indígena encontra respaldo a partir dos elementos previstos na Constituição e qual seria a delimitação de eventual terra considerada tradicional. É apenas ao longo desse processo, após os relatórios antropológicos, que seria possível identificar quem seriam os eventuais terceiros interessados nas terras que viessem a ser consideradas ancestrais para determinados povos indígenas.

Daí decorre a impossibilidade fática de cumprimento da previsão do art. 6º da Lei 14.701/2023, que obriga a intimação dos interessados desde o início do procedimento (inclusive na fase de estudos preliminares). Sua consequência seria a geração de obstáculos ao fluxo do procedimento demarcatório, retardando-o ou paralisando-o completamente, uma vez que os terceiros interessados (não-indígenas) só seriam identificados ao longo do processo.

O Decreto 1.775/1996 prevê a participação **obrigatória** do grupo indígena envolvido em todas as fases do procedimento (art. 2º, § 3º, do Decreto 1.775/1996). Não o faz, todavia, em relação a terceiros interessados (não-indígenas), a quem foi **facultada** a manifestação em até 90 dias após a publicação do relatório circunstanciado resultante dos trabalhos de identificação e delimitação (art. 2º, § 8º, do Decreto 1.775/1996).

Portanto, no procedimento de demarcação de terras indígenas estabelecido no Decreto 1.775/1996, o contraditório e a ampla defesa de terceiros interessados estão regularmente previstos e são diferidos. Repise-se: o citado Decreto **não** prevê a participação obrigatória de terceiros interessados (nem mesmo de eventuais detentores de títulos de domínio ou possessórios) para integrar o processo administrativo em sua fase inicial.

Esse Supremo Tribunal Federal já julgou constitucional o procedimento demarcatório previsto no Decreto 1.775/1996 em diversas oportunidades, tendo reconhecido que "***o contraditório, no procedimento de demarcação de terras indígenas, é regido pelo Decreto nº 1.775/1996, o qual não prevê a participação do interessado em todas as perícias ou vistorias a serem realizadas. Tal disposição legal, inclusive, não entra em confronto com a Constituição Federal, já que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa serão efetivamente respeitados ao ser concedida ao interessado a oportunidade de contestar os respectivos resultados***" (RMS 34.563, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgamento em 25/05/2018).

No mesmo sentido: **MS 34.250**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 05/10/2020; **RMS 27.255**, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 24/11/2015; **MS 31.100**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 13/08/2014; **RMS 26.212**, Rel. Min.

Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 03/05/2011; **MS 24045**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 28/04/2005.

O art. 14 da Lei 14.701/2023 determina que os processos administrativos de demarcação não concluídos devem ser adequados à legislação nova. Assim, o art. 6º deveria ser aplicado aos processos demarcatórios em andamento - e, infere-se da lei, independentemente da fase em que se encontram -, de modo que, combinado com o art. 14, o art. 6º da lei em questão poderia provocar a multiplicação de demandas pelo retrocesso de procedimentos demarcatórios para as suas fases mais preliminares - ainda que esses processos demarcatórios tenham observado regularmente o disposto no Decreto nº 1.775/1996 e a Lei 6.001/1973.

Por sua vez, o art. 15 estabelece como nula a demarcação que desatenda aos preceitos da Lei 14.701/2023. Combinado com o art. 6º, esses dispositivos da lei impugnada poderiam motivar pedidos de nulidades de todos os processos de demarcação de terras que observaram fielmente o procedimento do Decreto nº 1.775/1996, já declarado como constitucional por essa Suprema Corte, e a Lei nº 6.001/1973.

Nesse quadro legal, sobressaem os impactos que o art. 6º da Lei 14.701/2023 provoca no direito constitucional à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição), imprescindível à efetividade dos direitos fundamentais, no caso, dos direitos territoriais indígenas.

Nesse contexto, a União pugna pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei 14.701/2023.

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 13 DA LEI. DA POSSIBILIDADE DE REDIMENSIONAMENTO (REESTUDO) DE TERRA DEMARCADA EM PROCEDIMENTO VICIADO

O art. 13 da Lei 14.701/2023 dispõe que seria vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas.

A Constituição estabeleceu que os direitos territoriais indígenas são **originários**. Nesse passo, o reconhecimento estatal da tradicionalidade da ocupação permanente do território demarcado, mediante procedimento administrativo, não é ato constitutivo de posse, mas possui **natureza declaratória**.

Uma vez comprovado o direito originário sobre a terra tradicionalmente ocupada, compete à União demarcá-la, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. A regularização fundiária das terras indígenas é precedida por devido processo administrativo, por intermédio do qual são realizados diversos estudos de natureza etno-histórica, antropológica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, necessários à comprovação de que a área a ser demarcada constitui terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas.

Eventual desatendimento, pela demarcação, aos parâmetros da Constituição não podem representar obstáculos insuperáveis à efetivação de um direito originário e reconhecido por procedimento de natureza declaratória. Nesse sentido, a Constituição reconhece expressamente o caráter imprescritível dos direitos territoriais indígenas em seu art. 231, § 4º, da Constituição: "*As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis*".

Portanto, o art. 13 da Lei 14.701/2023 viola o art. 231, § 4º, da Constituição. Ocorre novamente a criação, por lei, de limites a direitos fundamentais indígenas onde a Constituição não estabeleceu.

Esse Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito do RE 1.017.365 (Tema 1031), conforme tese definida em 27/09/2024, definiu que o redimensionamento (reestudo de área já demarcada) é possível desde que a demarcação anterior não tenha observado os elementos do art. 231 da Constituição. Estabeleceu que o pedido de revisão do procedimento demarcatório deve ser feito em até 5 anos da demarcação anterior e depende de comprovação de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena. Desse prazo de 5 anos, ressalvam-se as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão do julgamento do RE 1.017.365. Confirmam-se os termos da Tese VIII do Tema nº 1.031 de Repercussão:

VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento;

(RE 1017365, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 27-09-2023)

Portanto, a União pugna pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 14.701/2023.

5. DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 14 E 15 DA LEI. *TEMPUS REGIT ACTUM*. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DA LEI PARA ALCANÇAR ATOS JURÍDICOS PERFEITOS

O art. 14 da Lei 14.701/2023 estabelece que os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos deveriam ser adequados ao disposto na lei. Por sua vez, o art. 15 estabelece que seria nula a demarcação que não atendesse aos preceitos estabelecidos na Lei 14.701/2023.

Os atos administrativos se regem pela eficiência e o processo administrativo é conduzido em sequência de atos voltada ao cumprimento do dever estatal, do que decorre a existência de preclusão de suas fases. Nesse passo, etapas já finalizadas não são reabertas por ocasião da edição de nova legislação, não sofrendo ainda de nulidade os atos já praticados em conformidade com a lei vigente a seu tempo.

De fato, no ordenamento jurídico nacional, a regra é que os atos e negócios jurídicos devem observar a lei vigente ao tempo em que são praticados, conforme o brocardo latino *tempus regit actum*. Entretanto, ao estabelecer que os processos não concluídos sejam adequados à Lei 14.701/2023 e ao tornar nula a demarcação que não atenda aos preceitos da mesma lei, os seus dispositivos alcançariam atos administrativos perfeitos e fatos jurídicos já constituídos sob a vigência de normativo anterior.

O processo administrativo é composto por uma sequência de atos voltados ao cumprimento dos deveres estatais, havendo preclusão em suas fases. Nesse passo, as etapas já finalizadas de processos administrativos não são reabertas em cada oportunidade em que uma lei nova é editada, tampouco seriam nulos os atos já praticados em conformidade com a lei anterior nem os subsequentes que deles decorressem. Confiram-se, a esse respeito, os termos de Caio Mário da Silva Pereira^[2]:

Quando uma lei entra em vigor, revogando ou modificando outra, sua aplicação é para o presente e para o futuro. **Não seria compreensível que o legislador, instituindo uma qualquer normativa, criando um novo instituto, ou alterando a disciplina da conduta social, fizesse-o com os olhos voltados para o tempo pretérito, e pretendesse ordenar o comportamento para o decorrido.** (...) A lei velha, até o momento em que se extingue a sua eficácia, regulava todas as ações humanas, e sob o seu império tiveram nascimento direitos subjetivos individuais, criaram-se situações legais, constituíram-se posições jurídicas, regulou-se, em suma, pelos seus preceitos a vida civil. Instituída uma nova norma, por ela passaram a ter origem os direitos, dela surgiram outras situações e, numa palavra, a vida social entrou a pautar-se pelos seus ditames.

A alteração legislativa não deve alcançar fatos jurídicos já constituídos sob a vigência de lei anterior, mesmo em seus efeitos pendentes, pois que corresponderia, não à aplicação imediata, mas à aplicação retroativa da norma, o que é vedado, como regra, pela Constituição. De fato, em seu art. 5º,

XXXVI, a CRFB dispõe que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*". No âmbito infraconstitucional, a vedação à retroatividade da lei também está prevista no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O citado dispositivo constitucional protege a segurança jurídica relacionada a todos os agentes sociais afetados pela efetivação dos direitos territoriais indígenas. Os artigos 14 e 15 da Lei 14.701/2023, assim, ameaçam a segurança jurídica.

A Constituição considerou todos os distintos graus de retroatividade (máximo, médio e mínimo), ordenando, ainda, a incidência da proibição da retroação sobre qualquer espécie de lei infraconstitucional (dispositiva ou de ordem pública). Foi o que esclareceu esse Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 493. Vide trecho da ementa do julgado, na parte de interesse à presente manifestação:

Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F. (...)

(ADI 493, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25-06-1992, DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724)

Evidente, portanto, que os dispositivos em questão geram insegurança jurídica e afrontam o art. 5º, XXXVI, da Constituição. A União pugna, assim, pela declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 14 e 15 da Lei nº 14.701/2023.

6. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART 20 DA LEI

O parágrafo único do art. 20 dispensa a necessidade de consulta às comunidades indígenas e ao órgão indigenista federal para a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico.

O § 6º do art. 231 da Constituição dispõe que a matéria tratada no parágrafo único do art. 20 da Lei 14.701/2023 depende de relevante interesse público da União e de **regulamentação por lei complementar**:

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das

riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, **segundo o que dispuser lei complementar**, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Portanto, há nítido vício de inconstitucionalidade formal no parágrafo único do art. 20 da Lei 14.701/2023.

Por sua vez, o art. 231, § 3º, da Constituição estabelece como imprescindível a autorização do Congresso Nacional e a consulta às comunidades indígenas afetadas para que possam ser aproveitados os recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas. Confirmam-se seus termos:

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas **só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas**, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Sobre esse ponto, cumpre mencionar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que, ainda que ostente caráter de *soft law*, serve de parâmetro internacional para a proteção dos direitos fundamentais dos indígenas:

Artigo 30

1. Não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público pertinente ou livremente decididas com os povos indígenas interessados, ou por estes solicitadas.
2. Os Estados realizarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, por meio de procedimentos apropriados e, em particular, por intermédio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares.

Assim, há nítidos vícios de inconstitucionalidade formal e material no parágrafo único do art. 20 da Lei 14.701/2023, motivo pelo qual a União requer a declaração incidental da inconstitucionalidade do dispositivo.

7. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 23 E DE SEUS §§ 1º E 2º

O art. 23 trata da hipótese de superposição de áreas indígena e de proteção ambiental, submetendo o usufruto exclusivo dos indígenas ao órgão federal gestor das áreas protegidas. O § 1º atribui ao órgão federal a administração das áreas de unidade de conservação superpostas a terras indígenas, com a oitiva e a participação das comunidades indígenas. Por sua vez, o § 2º estabelece a possibilidade de trânsito de visitantes e pesquisadores não-indígenas na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo órgão federal gestor. Confirmam-se os seus termos:

Art. 23. O usufruto dos indígenas em terras indígenas superpostas a unidades de conservação fica sob a responsabilidade do órgão federal gestor das áreas protegidas, observada a compatibilidade do respectivo regime de proteção.

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

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

Desse modo, o art. 23 da lei estabelece restrições aos direitos indígenas para a hipótese de sobreposição com unidades de conservação do meio ambiente. Todavia, essas restrições aos direitos constitucionais indígenas, decorrentes da proteção ao meio ambiente, **não** estão estabelecidas na Constituição. O dispositivo coloca o usufruto dos indígenas sob tutela do órgão federal gestor da unidade de conservação, o que é incompatível com o art. 231, § 2º, da Constituição.

Nesse sentido, o usufruto indígena, desde que exercido conforme seus usos, costumes e tradições, não é conflitante com qualquer modelo protetivo ambiental. Trata-se de regimes protetivos constitucionais que naturalmente se compatibilizam: o das unidades de conservação e o das áreas protegidas, como é o caso da terra indígena, sendo inconstitucional, portanto, exigir que o usufruto observe o regime de proteção, porque, em tal caso, está por submeter aquele a este.

A respeito da compatibilidade entre as terras indígenas e a proteção do meio ambiente, ao julgar o caso Raposa Serra do Sol, esse Supremo Tribunal Federal assentou (PET 3.388):

(...) 15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. (...)

(Pet 3388, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19-03-2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049)

Posteriormente, ao julgar o Tema nº 1031 de Repercussão Geral, essa Suprema Corte reiterou a possibilidade de sobreposição de terras indígenas e unidades de conservação:

Tese XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígena.

(RE 1017365, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 27-09-2023)

O § 2º do art. 23 impõe um dever de aceitação ao trânsito de visitantes e pesquisadores não indígenas na área afetada à unidade de conservação, tornando impositivo aos indígenas a admissão de

visitas em terras de ocupação tradicional, o que também viola o art. 231 da Constituição.

Finalmente, a União pugna pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 23 e seus §§ 1º e 2º, da Lei 14.701/2023.

8. DA POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO INCIDENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NESTA ACO 1.100

Conforme apontado pelo Povo Indígena Xokleng, da Terra Indígena Ibirama-La Klaño, o art. 949, parágrafo único, do CPC autoriza o Ministro Relator deste feito a julgar monocraticamente o mérito do presente incidente de controle de constitucionalidade, considerando que houve o julgamento, pelo Plenário do STF, do mérito do RE 1.017.365 (Tema nº 1.031 de Repercussão Geral).

Cumprе acrescentar apenas que, na hipótese de julgamento por órgão fracionário do mérito do incidente de controle de constitucionalidade na via difusa, a decisão deverá guardar observância com o entendimento fixado pelo Plenário dessa Suprema Corte sobre a questão constitucional. É o que explicam o Ministro Gilmar Mendes e o Procurador-Geral da República, Paulo Gonet (p. 1872)^[3]:

"O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, fixada a orientação do Pleno ou do órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, em um caso qualquer, poderá o órgão fracionário decidir como de direito, devendo guardar observância da decisão adotada sobre a questão constitucional. Em outros termos, um novo procedimento na forma do art. 97 da Constituição somente seria necessário no caso de mudança de orientação por parte do próprio Tribunal."

Portanto, considerando que já houve o pronunciamento de mérito pelo Plenário do STF, no **RE 1.017.365-RG**, sobre as questões constitucionais levantadas no presente incidente de controle difuso de constitucionalidade, é possível que o Ministro Relator julgue monocraticamente o mérito deste incidente, devendo a decisão observar o julgamento por essa Suprema Corte do Tema nº 1031 de Repercussão Geral.

9. DO PEDIDO

Diante do exposto, a União pugna pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 4º, *caput*, incisos I a IV, e seus §§ 1º, 2º, 3º e 4º; do art. 6º; do art. 13; do art. 14; do art. 15; do parágrafo único do art. 20; do art. 23 e seus §§ 1º e 2º; todos os dispositivos da Lei 14.701/2023, conforme os termos acima expostos.

Brasília, 8 de março de 2024.

JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS

Advogado-Geral da União

ISADORA MARIA B. R. CARTAXO DE ARRUDA

Secretária-Geral de Contencioso

MURILO NOGUEIRA VANNUCCI

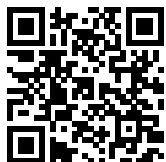
Diretor-Substituto do Departamento de Assuntos Federativos

FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA

Advogada da União

Notas

- ^{1.} [^](#) Art. 4º, III, da Lei Complementar nº 73/1993 e Portaria de Delegação nº 17, de 8 de setembro de 2022 (Suplemento A do BSE nº 36, de 08 de setembro de 2022), e Portaria de Subdelegação nº 16, de 11 de outubro de 2022 (Suplemento A do BSE nº 41, de 13 de outubro de 2022).
 - ^{2.} [^](#) PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. I. Atual.** Maria Celina Bodin de Moraes. 30ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 127.
 - ^{3.} [^](#) MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1872.
-



Documento assinado eletronicamente por JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1430014960 e chave de acesso afb7c9ff no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-03-2024 19:15. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por ISADORA MARIA BELEM ROCHA CARTAXO DE ARRUDA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1430014960 e chave de acesso afb7c9ff no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ISADORA MARIA BELEM ROCHA CARTAXO DE ARRUDA. Data e Hora: 08-03-2024 19:13. Número de Série: 40609810756322201762937238380. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
