

PARECER Nº , DE 2023

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei nº 2.903, de 2023 (PL nº 490/2007, na Câmara dos Deputados), do Deputado Homero Pereira, que *regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973.*

Relator: Senador **MARCOS ROGÉRIO**

I – RELATÓRIO

Vem à análise desta Comissão, após receber parecer favorável da Comissão de Agricultura e Reforma Agrária, o Projeto de Lei (PL) nº 2.903, de 2023, conhecido como “Marco Temporal das Terras Indígenas”. A proposição, de autoria originalmente do Deputado Homero Pereira, foi aprovada pela Câmara dos Deputados na forma de substitutivo, o qual busca em linhas gerais positivar no ordenamento legal brasileiro os critérios e as condicionantes para a gestão e demarcação das terras indígenas, tal como definidos pelo Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 231 da Constituição Federal (CF), no famoso caso “Raposa Serra do Sol” (Petição – Pet nº 3.388/RR).

O art. 1º do PL delimita seu âmbito de incidência: regulamentar o art. 231 da CF, em relação aos aspectos de reconhecimento, demarcação, uso e gestão de terras indígenas. Por outro lado, o art. 2º enuncia os princípios que regem a iniciativa que se quer aprovar – os quais, logicamente, não se podem distanciar daqueles previstos no art. 231 da CF, com especial destaque para a declaração de imprescritibilidade (não são perdidos com a passagem do tempo),

inalienabilidade (não podem ser transferidos) e indisponibilidade (não podem ser renunciados) dos direitos indígenas (art. 2º, V). Também se reconhece a liberdade das populações indígenas, inclusive em termos de atividade econômica (art. 2º, III), além da igualdade material (art. 2º, IV). A partir do art. 3º, regulamenta-se o reconhecimento e a demarcação das terras indígenas. Esse dispositivo classifica essas terras em três categorias: as terras indígenas “em sentido estrito”, isto é, aquelas protegidas pelo art. 231, § 1º, da CF, e que constituem propriedade da União, sob posse permanente das comunidades indígenas; as áreas reservadas, destinadas pela União complementarmente àquelas obrigatoriamente protegidas; e as áreas adquiridas, isto é, as que forem havidas pelas comunidades indígenas por mecanismos do direito comum (civil). Logicamente, essa distinção implica diferença de tratamento jurídico e de grau de regulação entre a gestão de cada espécie de terra.

O art. 4º estabelece, no *caput*, a tese do chamado “marco temporal”, isto é, considera como terras tradicionalmente ocupadas apenas aquelas que assim se encontravam na data de promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), considerando, ademais, que são somente terras tradicionalmente ocupadas aquelas que simultaneamente atendam aos requisitos de habitação, utilização, imprescindibilidade e necessidade. O § 1º exige que sejam adotados critérios objetivos na análise. Já os §§ 2º a 4º estabelecem que, cessada a ocupação da terra antes de 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, não se pode enquadrar a terra como tradicionalmente ocupada, exceto o caso de esbulho renitente, definido como “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” (§ 3º). Os demais parágrafos do art. 4º dispõem sobre a publicidade e acessibilidade do procedimento de demarcação, além da documentação e registro das provas da ocupação tradicional indígena.

Um ponto importante diz respeito ao art. 5º, que prevê a participação dos Municípios, Estados e entidades da sociedade civil (art. 7º) no processo de demarcação.

O art. 9º estabelece que “Antes de concluído o procedimento demarcatório e de indenizadas as benfeitorias de boa-fé (...) não haverá qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exerçam posse sobre a área, garantida a sua permanência na área objeto de demarcação” (art. 9º, *caput*). o § 1º afirma que se consideram de boa-fé “as benfeitorias realizadas pelos ocupantes até que seja concluído o procedimento demarcatório”. Nesse

mesmo campo temático, o art. 11 prevê que aqueles que possuam justo título de proprietários ou possuidores emitido pelo Estado em área de terra indígena têm direito a indenização, por erro do Estado.

De outro lado, os arts. 13, 14 e 15 dispõem, respectivamente, que não pode haver ampliação de terras indígenas já demarcadas; que as regras do PL se aplicam aos processos administrativos de demarcação ainda não concluídos, que precisam ser adequados à nova Lei; e que é nula a demarcação que não atenda ao que dispõe a nova Lei.

O art. 16 trata das terras indígenas reservadas, isto é, aquelas que não são tradicionalmente ocupadas pelos índios, mas destinadas pela União para auxiliar no mister de preservar as comunidades indígenas. Dispõe-se que essas áreas podem ser compostas por terras devolutas discriminadas para essa finalidade específica, áreas de propriedade ordinária da União destinadas a esse fim ou áreas que a União expropriar (daí a alteração que o art. 31 do PL promove na Lei de Desapropriação por interesse social, Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962). O § 4º permite a retomada das terras pela União, ou sua destinação à reforma agrária, no caso de “alteração dos traços culturais da comunidade indígena ou de outros fatores ocasionados pelo decurso do tempo, seja verificado que a área indígena reservada não é essencial para o cumprimento da finalidade” (art. 16, § 4º).

Quanto ao art. 18, trata das terras indígenas adquiridas, ou seja, sobre as quais as comunidades indígenas passem a ter a posse ou propriedade na forma da lei civil, e que são regidas pela legislação “comum”.

Os arts. 19 a 28 do PL tratam da gestão das terras indígenas, que cabe, em regra, às próprias comunidades indígenas, segundo seus usos e costumes (art. 19). O art. 21 dispensa a consulta às populações indígenas para atuação da Polícia Federal e das Forças Armadas em relação à necessidade de proteger a soberania nacional. Aqui, repete-se *ipsis litteris* a condicionante “f” do Caso Raposa Serra do Sol. Na mesma toada vão os arts. 22 (replica a condicionante “g”) e 23 (replica as condicionantes “h”, “i” e “j”). Já o art. 24 trata do sensível tema do acesso de não índios às terras indígenas, o que é admitido nos casos de: a) particulares autorizados pela comunidade indígena; b) agentes públicos justificadamente a serviço de um ente federativo; c) responsáveis pela manutenção de obras e equipamentos públicos; d) pesquisadores autorizados pela Funai e pela comunidade indígena; e e) pessoas em trânsito, caso haja estradas ou outros meios públicos de passagem. Veda-se, em qualquer situação, a “cobrança de tarifas ou quantias de qualquer

natureza por parte das comunidades indígenas”, assim como pela utilização de estradas e outros equipamentos públicos (art. 25).

Por outro lado, o art. 26 permite o exercício de atividades econômicas em terras indígenas, desde que pela própria comunidade, admitidas a cooperação e a contratação de terceiros não indígenas; e o art. 27 permite o turismo em terras indígenas – algo defendido pela doutrina –, vedada a “caça, pesca, extrativismo ou coleta de frutos, salvo se relacionada ao turismo organizado pelos próprios indígenas, respeitada a legislação específica” (parágrafo único).

Ainda na parte relativa à gestão de terras indígenas, o art. 28 impõe cautelas adequadas no contato com povos isolados: sempre intermediado pela Funai, de natureza excepcional, vedada a comunicação de entidades particulares, salvo se contratadas pelo Estado.

O art. 30 do PL altera a legislação ambiental, a fim de permitir o cultivo de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) nas terras indígenas que não se enquadrarem como unidades de conservação ambiental.

Também se faz alteração no Estatuto do Índio (art. 32 do PL), no mesmo sentido do art. 4º.

Finalmente, o art. 33 estabelece a cláusula de vigência imediata.

No âmbito da CRA, foram apresentadas as seguintes emendas:

- Emenda nº 1, da Senadora Eliziane Gama, para suprimir o art. 30 (autoriza o cultivo de OGMs em terras indígenas);

- Emenda nº 2, da Senadora Eliziane Gama, que visa a suprimir os dispositivos que tratam do marco temporal em si (arts. 4º, 32 e 33);

- Emenda nº 3, da Senadora Eliziane Gama, a fim de excluir os incisos I e II do § 4º do art. 16, os quais permitem a retomada pela União de terras indígenas reservadas, se houver descaracterização da ocupação como tradicionalmente indígena;

- Emenda nº 4, da Senadora Eliziane Gama, para suprimir o art. 13 do PL, o qual veda a ampliação de terras indígenas já demarcadas;

- Emenda nº 5, da Senadora Eliziane Gama, com o fito de suprimir os §§ 1º e 2º do art. 28, que tratam das condições para excepcional contato com povos indígenas isolados;

- Emenda nº 6, da Senadora Eliziane Gama, que pretende excluir os dispositivos do art. 26 os quais permitem a celebração de contratos com não índios para atividades agrossilvipastoris;

- Emenda nº 7, da Senadora Eliziane Gama, para suprimir o art. 20, que permite excepcionalmente a realização de atividades militares ou de policiamento nas terras indígenas;

- Emenda nº 8, do Senador Beto Faro, para modificar o art. 28, excluindo a possibilidade de contato excepcional com povos isolados para intermediar ação estatal de utilidade pública, restringindo tal contato aos casos de prestação de auxílio médico;

- Emenda nº 9, do Senador Beto Faro, cuja finalidade é incluir novos parágrafos no art. 11 (o qual trata da indenização para os ocupantes com justo título), esclarecendo que a indenização corre desatrelada do processo administrativo de demarcação, em face do ente público que gerou a legítima expectativa de ocupação legítima, devendo ser indenizada em títulos da dívida agrária (TDA);

- Emenda nº 10, do Senador Beto Faro, com finalidade semelhante à Emenda nº 2.

Todas essas emendas foram rejeitadas pela CRA, que aprovou relatório da Senadora Soraya Thronicke, integralmente favorável ao PL.

II – ANÁLISE

Cabe à CCJ pronunciar-se sobre a constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa da proposição (RISF, art. 101, I), bem como sobre o seu mérito (art. 101, II, *m*).

Inicialmente, ressalte-se que o legislador não é constitucionalmente obrigado a adotar os mesmos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, já que o efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º) não é oponível às atividades legislativas em sentido estrito. Apesar disso, e não obstante

inexista, numa democracia, “última palavra” sobre tema algum, é relevante reconhecer que o PL em análise praticamente apenas positiva, explícita em lei o entendimento adotado pelo STF nos paradigmáticos julgamentos do caso Raposa Serra do Sol (Pet nº 3.388/RR e seus embargos de declaração). Esse elemento é relevante para excluir qualquer alegação de que o chamado Marco Temporal seria inconstitucional, ou estaria em desacordo com o art. 231 da CF, já que a própria Corte Suprema encampou tal interpretação (ainda que possa, eventualmente, alterar sua jurisprudência). Ou, nas palavras do Relator dos embargos de declaração na Pet nº 3.388/RR:

“(...) tendo a Corte enunciado a sua compreensão acerca da matéria, a partir da interpretação do sistema constitucional, é apenas natural que esse pronunciamento sirva de diretriz relevante para as autoridades estatais – não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões. (...) Isto é: **embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões**” (original sem grifos)

Na verdade, como registrou o Ministro Gilmar Mendes em votos proferidos após esse julgado, várias das “condicionantes” ficadas pelo tribunal nem sequer aplicavam-se à Raposa Serra do Sol, o que evidenciaria ter a Corte tratado de fixar standards interpretativos que – embora não oficialmente dotados de efeitos vinculantes – devem ser levados em conta na análise de casos futuros.

Nesse sentido, portanto, a adoção da tese do chamado Marco Temporal é constitucionalmente compatível com o art. 231 da CF, tanto por positivar o entendimento do STF sobre o tema, quanto por uma interpretação histórica e sistemática do texto constitucional.

Com efeito, há discussão, contudo, sobre o momento de verificação dessa ocupação tradicional: se apenas quando da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988 (tese do **marco temporal**, baseada na teoria do **fato indígena** e adotada no PL); ou se a qualquer momento, antes ou depois da entrada em vigor da Constituição (tese do **indigenato**). De toda forma, a proteção não abrange os aldeamentos extintos, que um dia foram terras indígenas. Justamente por isso foi editada a Súmula nº 650 do STF, deixando clara a “impossibilidade de se reconhecer, como bens da União, os imóveis

urbanos usucapiendos que, num passado longínquo, integraram áreas de antigos aldeamentos indígenas” (Proposta de Súmula Vinculante nº 32).

De forma extremamente didática, o Relator original da Pet nº 3.388/RR, Ministro Ayres Britto, explicou que:

“– o marco temporal da ocupação.

Aqui, é preciso ver que **a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”**. Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e **não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena**. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro**.

Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, **o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine**. Exclusivo uso e fruição (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às “riquezas do solo, dos rios e dos lagos” existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que “os recursos minerais, inclusive os do subsolo”, já fazem parte de uma outra categoria de “bens da União” (inciso IX do art. 20 da CF).

Durante a Constituinte, a tese chegou a ser prevista explicitamente no art. 108 do Anteprojeto da Comissão de Ordem Social (Fase “H”): “A União demarcará as terras ocupadas pelos índios, ainda não demarcadas, devendo o processo estar concluído no prazo de 5 (cinco) anos, contados da promulgação desta Constituição”. Chegava-se mesmo a estipular a porcentagem de terras demarcadas a cada ano (25% do total), o que obviamente pressupõe que exista

um total de terras indígenas ocupadas naquele momento (promulgação da CF). O primeiro dispositivo citado foi mantido no Anteprojeto da Comissão de Sistematização (Fase “I”) (art. 498) e praticamente em todas as fases seguintes, resultando no atual art. 67 do ADCT, o qual dispõe: **“A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”**. Se “concluirá” é porque foram consideradas as ocupações até a data em que o art. 67 do ADCT entrou em vigor:

“a partir da análise de todo o processo de debates na constituinte, e com base no texto positivado, parece claro que não se previu a demarcação de terras indígenas como um processo constantemente renovado no tempo, mas como algo sujeito a conclusão, a término, a termo.

(...) quando dos debates na Constituinte, não havia expectativa de ampliação das terras indígenas, mas de demarcação daquelas já ocupadas naquele momento, o que parece ser reforçado pelo texto do art. 67 do ADCT e também pelo art. 68 do ADCT (este, tratando das terras dos quilombolas).” (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **“Marco Temporal” das terras indígenas e a discussão de aspectos jurídicos do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, Texto para Discussão nº 318, 2023, p. 17).

Vale lembrar, a propósito, que o próprio PL excepciona da questão do marco temporal as terras que só não estavam ocupadas em 1988 por conta de renitente esbulho praticado contra comunidades indígenas, de maneira que cai por terra a ilegítima acusação de que se estaria buscando aqui legitimar ou acobertar qualquer tipo de violência contra a população indígena.

Estabelecida a constitucionalidade da chamada tese do Marco Temporal, vale analisar também a compatibilidade formal e material com a Constituição de outros dispositivos que geraram ou podem gerar discussão.

Assim, o próprio art. 4º – que define como terras indígenas aquelas que preencham simultaneamente os requisitos constitucionais de habitação permanente, utilização para atividades produtivas, imprescindibilidade para a preservação dos recursos e necessidade para a reprodução física e cultural – é compatível com a doutrina de José Afonso da Silva (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 856).

No mesmo sentido, o art. 5º do PL é constitucional ao assegurar a participação dos entes federativos no processo de demarcação (condicionante

“t” definida pelo STF na Petição nº 3.388/RR). Embora as terras indígenas sejam de propriedade da União, sua demarcação pode afetar decisivamente o território de Estados e até a sede de Municípios; logo, a participação desses entes no processo decorre até mesmo do princípio constitucional implícito da conduta amistosa federativa. O STF, aliás, já reconheceu essa possibilidade – assim como a necessidade de resguardar a ampla defesa e o contraditório no processo de demarcação – o que é também assegurado no art. 6º do PL.

Da mesma forma, o art. 9º, que assegura proteção aos ocupantes de boa-fé, vem a concretizar o princípio constitucional da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput* e inciso XXXVI). Não se pode tolerar os verdadeiros atos de terrorismo psicológico a que muitas vezes estão submetidas famílias de fazendeiros que ocupam terras há décadas, e que se veem ameaçadas por processos de demarcação que, a partir de seu início, já tolhem inclusive a subsistência desses núcleos familiares. Nesse sentido, anda bem o *caput* do art. 9º do PL, ao vedar qualquer limitação ao uso e gozo das posse da terra até a conclusão do processo demarcatório, assegurada ainda a indenização pelas benfeitorias de boa-fé, tudo nos termos do art. 231, § 6º, da CF.

Por outro lado, o art. 13, que veda a ampliação de terras indígenas já demarcadas, apenas repete a condicionante “r” fixada pelo STF no julgamento da Pet nº 3.388/RR. Afinal, se a demarcação tem caráter declaratório, conforme reconhecido de forma unânime pela doutrina, não faz sentido ampliar a demarcação depois de efetivada. Ou, nas palavras de Robério Nunes dos Anjos Filho, “a função da demarcação é de natureza prática, tornando claros os limites da terra indígena tradicional, possuindo índole meramente declaratória” (ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Comentários aos arts. 231 e 232**. In: AGRA, Walber de Moura et al (orgs.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2412).

Quanto aos dispositivos que tratam da gestão das terras tradicionalmente ocupadas (arts. 19 a 24), verifica-se que eles apenas positivam as condicionantes “e” a “n” adotadas pelo STF na Pet nº 3.388/RR – além de estabelecerem uma razoável ponderação entre a necessidade de preservação da terra e da cultura indígenas, de um lado, e questões de segurança nacional, liberdade de locomoção e prestação de serviços públicos, de outra parte.

Em relação ao art. 26, que trata da cooperação com não indígenas, vale lembrar que a exploração econômica das terras indígenas por não índios (respeitada a vontade e a autonomia das comunidades indígenas) deriva da própria autonomia que é conferida a essas comunidades; da Convenção nº 169

da OIT; e do próprio julgado do STF na Pet nº 3388/RR, quando se reconhece a necessidade de um “Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios”.

Finalmente, quanto ao art. 27, que permite o turismo em terras indígenas, trata-se de algo defendido pela doutrina (ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Op. Cit.**, p. 2414).

Em relação à juridicidade, é inegável o caráter inovador da legislação aqui tratada, assim como sua generalidade e abstração. Quanto à regimentalidade, foram seguidas todas as normas do RISF atinentes ao tema, inclusive com respeito absoluto à competência desta CCJ para pronunciar-se sobre o mérito da proposição, por tratar de bens da União (art. 101, II, *m*). Finalmente, quanto à técnica legislativa, a proposição segue fielmente os ditames da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Com relação ao mérito, aliás, nosso voto só pode ser favorável à proposição. Com sua aprovação, finalmente o Congresso Nacional trará segurança e paz às populações indígenas e não indígenas, especialmente do campo. Não se pode aceitar que, trinta e cinco anos após a entrada em vigor da Constituição, ainda haja celeuma sobre a qualificação de determinada terra como indígena, gerando riscos à subsistência e à incolumidade física de famílias inteiras.

O PL nº 2.903, de 2023, equilibra bem – e qualquer um que o analisar de forma despida de preconceitos e ideologia o verificará – a necessidade de proteção das terras indígenas com a modernização de sua gestão pelas próprias comunidades, com justiça para aqueles que eventualmente as ocuparam de boa-fé ou por erro do próprio estado.

Vale lembrar, a propósito, que o Brasil foi inclusive condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso “Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil” (Sentença de 5 de fevereiro de 2018), justamente por omissão em adotar regras para resolver, de uma vez por todas, o conflito entre indígenas e não indígenas, inclusive em relação a questões de desocupação das terras. O PL, ao estabelecer a justa indenização aos ocupantes de boa-fé, equilibra bem os temas em jogo, oferecendo uma porta de saída para esse conflito há tanto tempo desenhado.

Nesse sentido, reiteramos nossa manifestação, quanto ao mérito, convergente ao Parecer aprovado na CRA, integralmente favorável à matéria. Aliás, conforme analisado por aquela Comissão ao rejeitar as dez emendas lá apresentadas, trata-se de propostas que viriam a esvaziar a proposição, inclusive retirando-lhe a essência (a tese do marco temporal), no que poderiam até mesmo ser consideradas antirregimentais, já que o inciso II do art. 230 do RISF veda emendas “em sentido contrário à proposição”.

III – VOTO

Ante o exposto, votamos pela **constitucionalidade, regimentalidade, juridicidade e boa técnica legislativa** do PL nº 2.903, de 2023, e, no **mérito**, por sua **aprovação**.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator