



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador Alessandro Vieira

VOTO EM SEPARADO

Perante a COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei nº 2.903, de 2023 (PL nº 490/2007), 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 **ALESSANDRO VIEIRA**

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei nº 2.903, de 2023, (PL nº 490, de 2007, na Casa de origem), dispõe sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas, sendo conhecido como “projeto do marco temporal”, por estabelecer que somente sejam reconhecidas como terras indígenas aquelas efetivamente ocupadas pelos povos originários no dia 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal vigente.

O texto original da proposição foi apresentado pelo Deputado Homero Pereira sob a justificativa de buscar um equilíbrio que considerava ser mais justo entre os direitos dos indígenas e outros interesses, como exploração de recursos naturais e defesa nacional.

Em 30 maio de 2023, a Câmara dos Deputados aprovou a matéria na forma de substitutivo que abrandou alguns de seus aspectos mais polêmicos

**SENADO FEDERAL**

Gabinete do Senador Alessandro Vieira

– como era o caso da homologação da demarcação pelo Legislativo –, mas ainda contém pontos bastante controversos, tais como o marco temporal, a possibilidade de anulação das demarcações que não tenham usado esse critério, a autorização para que não-indígenas participem de atividades produtivas nas terras protegidas e a promoção do contato com grupos isolados.

A proposição chegou ao Senado Federal no dia 1º de junho de 2023, autuada como PL nº 2.903, de 2023. Foi despachada à Comissão de Agricultura e Reforma Agrária (CRA), onde foi aprovado o relatório da Senadora Soraya Thronicke, favorável à matéria. Seguiu, então, para análise não terminativa por esta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), na qual o Senador Marcos Rogério apresentou relatório pela aprovação, ao qual foi dado vista coletiva em 20 de setembro de 2023.

Neste colegiado, foram apresentadas 39 emendas até o dia 20 de setembro. Outras 10 haviam sido apresentadas perante a CRA, que as rejeitou.

II – ANÁLISE

O art. 101, inciso I, do Regimento Interno do Senado Federal estabelece a competência da CCJ para examinar matérias legislativas sob a perspectiva de sua constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade. Já o inciso II do mesmo artigo prevê que este colegiado examine o mérito de matérias de competência da União, com a expressa ressalva das atribuições das demais comissões.

A começar pela regimentalidade, é pertinente mencionar que a proposição não foi encaminhada à Comissão de Assuntos Sociais (CAS) e à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), que têm competência para examinar matérias pertinentes aos povos indígenas e à garantia e promoção dos direitos humanos, conforme disposto nos arts. 100, inciso I, e 102-E, inciso III, do Regimento Interno do Senado Federal, respectivamente. Note-se, ainda, que a Comissão de Meio Ambiente (CMA) não foi ouvida, apesar da relevância das terras indígenas para a preservação da



SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador Alessandro Vieira

biodiversidade brasileira e do conhecimento tradicional a ela associado, que é um patrimônio economicamente relevante e legalmente reconhecido de nosso país, além de ser fundamental para o enfrentamento da crise climática que ameaça não só nossa agricultura, como também nossa sobrevivência.

Registre-se que os Requerimentos nºs 549, 563 e 744, de 2023, pedem encaminhamento da proposição à CDH; os Requerimentos nºs 561 e 564, de 2023, pedem que seja analisada pela CAS; e os Requerimentos nºs 548, 554, 562 e 566, de 2023, solicitam encaminhamento à CMA. Reconhecendo a pertinência da análise especializada sobre o mérito, sugerimos o encaminhamento da proposição à Presidência do Senado Federal com orientação, fundamentada no 133, inciso V, alínea *d*, do Regimento Interno, no sentido de que seja remetida, também, a esses colegiados, para que se manifestem.

Feita essa ressalva à regimentalidade, passamos a examinar o PL nº 2.903, de 2023, eminentemente sob os prismas da constitucionalidade e da juridicidade, limitando-nos, quanto aos demais aspectos de mérito, ao que entendemos ser diretamente relacionado ao que dispõe nossa Constituição Federal.

O tema principal da proposição é o marco temporal. Para transformar essa tese em lei, o art. 4º do PL nº 2.903, de 2023, repete alguns dos requisitos previstos no art. 231 da Constituição para o reconhecimento de terras indígenas, mas acrescenta a eles a exigência de que elas fossem ocupadas por esses povos na data de promulgação da Constituição, ou seja, 5 de outubro de 1988. Os §§ 2º e 3º desse art. 4º determinam que a ausência física de indígenas na área por eles pretendida descaracteriza a ocupação tradicional, salvo na hipótese de renitente esbulho, comprovado por fatos ou por controvérsia judicializada que comprovem o conflito possessório.

Ainda com relação ao marco temporal, o art. 32 da proposição prevê que o poder público atue para garantir a posse permanente dos povos e



SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador Alessandro Vieira

comunidades indígenas somente sobre as terras por eles ocupadas em 5 de outubro de 1988.

Nitidamente, esses dispositivos pretendem limitar, por lei ordinária, o sentido e a amplitude do que determina a Constituição, o que já seria uma aberração jurídica. Mas é necessário que nos detenhamos apenas um pouco sobre o tema do marco temporal para evidenciar a sua inconstitucionalidade.

A primeira premissa do marco temporal é a de que a Constituição criou direitos em favor dos indígenas, anulando justos títulos preexistentes sobre suas terras. Há, aqui, uma nítida inversão. Os direitos dos indígenas são originários, isto é, precediam qualquer titulação sobre suas terras. Os títulos dados sobre o que já pertencia a outrem não são anulados, mas sim nulos, de pleno direito.

Historicamente, esses direitos já eram reconhecidos, como direito natural, em cartas e alvarás régios, desde o Século XVI. Nessa longa linha, o Diretório dos Índios, de 1755, reconhecia os povos originários como “primários e naturais senhores” de suas terras, proibindo que fosse perturbada a sua posse, inclusive a título de contrato, sob pena de expulsão dos esbulhadores, que perderiam a terra e as lavouras.

A precedência cronológica, lógica e jurídica dos direitos dos indígenas foi reconhecida no art. 129 da Constituição de 1934, no art. 154 da Constituição de 1937, no art. 216 da Constituição de 1946 e no art. 186 da Constituição de 1967.

Mais longe ainda foi o art. 198 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que acrescentou a esses direitos o caráter inalienável e declarou nulos e extintos os atos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas por indígenas, acrescentando que isso não dava aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União.



SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador Alessandro Vieira

Registre-se que não se falava em posse imemorial, ou tradicional, bastando que os indígenas habitassem o local.

Com exemplar lucidez, a Constituição de 1988 foi, tecnicamente, mais precisa ao tratar desse tema. Reconheceu, e não criou, os direitos dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, declarando nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras.

O art. 231 reconhece direitos originários, ou seja, prévios a qualquer titulação. Sua abrangência é limitada às terras tradicionalmente ocupadas, segundo os critérios definidos no § 1º do art. 231: que sejam habitadas pelos indígenas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O art. 231 estabelece, objetivamente, uma ordem de precedência jurídica, critérios para identificação das terras indígenas conforme o modo de ocupação, mas não o tempo, e deveres da União na sua proteção. Nada, portanto, autoriza a presunção de que ele admite, e muito menos estabelece, de modo tácito, qualquer marco temporal. Vale observar que há marcos temporais expressamente previstos no inciso I do art. 20, no § 3º do art. 239 e nos arts. 240 e 242 da Constituição. Dezenas de outros dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e de emendas fazem o mesmo. Entre todos esses dispositivos, que tratam de condições “atuais”, ou “existentes na data de promulgação desta Constituição”, ou que remetem “à data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte” e a outras datas claramente definidas, absolutamente nenhum faz referência aos indígenas e às suas terras.

Quanto à possibilidade de que a conjugação do verbo “ocupam”, no tempo presente, possa ser entendida como marco temporal, preocupa-nos sua consequência lógica: todos os demais direitos previstos da mesma forma – à vida, à liberdade, à igualdade etc. – somente seriam válidos para quem os



SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador Alessandro Vieira

detivesse em 5 de outubro de 1988, e não antes, ou depois. Seria o auge do casuísmo aplicar essa pérola hermenêutica somente sobre os direitos de uma das minorias mais vulneráveis de nosso país.

Note-se, ainda, que a Constituição não trata de posse imemorial, que remete a tudo que, algum dia, tenha sido ocupado pelos indígenas. Essa ideia foi cogitada, mas abandonada, pelos constituintes. Não há, portanto, que se temer a alarmista “tese de Copacabana”, segundo a qual os indígenas poderiam retomar qualquer parte do Brasil, até porque o Supremo Tribunal já excluiu, na Súmula nº 650, de 2003, qualquer hipótese de reivindicação sobre aldeamentos extintos, ocupados apenas em passado remoto.

Quanto ao caso Raposa Serra do Sol, frequentemente mencionado como comprovação da constitucionalidade do marco temporal, cabe mencionar que se trata de um precedente jurisprudencial relevante, mas não de uma súmula, ou de uma tese amplamente generalizável. O próprio Supremo Tribunal Federal rejeitou pedido de súmula nesse sentido e esclareceu, em embargos de declaração na PET 3.388/RR, que a decisão naquele processo “não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar”.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu atribuir repercussão geral ao julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, no qual o marco temporal foi arguido. Por 9 votos a 2, o marco temporal foi rejeitado. A redação final do acórdão ainda será discutida neste mesmo dia, para que sejam fixados os termos de enunciados secundários propostos pelos ministros, mas a tese principal já foi declarada incompatível com a Constituição.

Nesse julgamento, o Relator, Ministro Fachin, salientou que a posse da terra é condição indispensável para a reprodução física e cultural dos povos indígenas, de modo que se trata de garantia fundamental. Acrescentamos à reflexão do Ministro a sua consequência lógica para o processo legislativo, de que, por força do disposto no art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição, não



SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador Alessandro Vieira

será admitida emenda – e, muito menos, projeto de lei ordinária – tendente a abolir direitos e garantias fundamentais. Seria, dessa forma, inútil qualquer tentativa de legalizar o marco temporal, sobretudo no âmbito da CCJ.

Aos que defendem essa tese como sustentáculo da segurança jurídica, podemos afirmar que ela ampliaria a insegurança jurídica, ao dar sobrevida a pretensões declaradas nulas e extintas pelo § 6º do art. 231, pois erodir a força do texto constitucional lança dúvidas sobre todo o ordenamento. Se centenas de terras já regularizadas, homologadas, demarcadas, declaradas ou sob estudo forem submetidas ao crivo do marco temporal, passarão a ser novamente contestadas, com previsível aumento da violência fundiária e racista, ceifando vidas e eliminando culturas. Não é por outra razão que lideranças indígenas apelidam essa tese de “genocídio legislado”.

Finalmente, com relação à exigência de que o renitente esbulho seja comprovado mediante existência de ação judicial ou pretensão possessória na data de promulgação da Constituição, temos as seguintes considerações: seria insensato exigir controvérsia judicializada, já que os indígenas eram considerados civilmente incapazes e não detinham capacidade postulatória até que o art. 232 da Constituição expressamente reconheceu esse direito em seu favor; além disso, não seria razoável exigir registro de conflito possessório, dada a desproporção de forças que costumamos ver entre os indígenas e os invasores de suas terras, sobretudo quando tinham, ou têm, o apoio de órgãos de segurança pública ou nacional.

Registre-se, ainda, que a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) determina, no seu art. 6º, que os povos interessados sejam consultados sempre que forem previstas medidas administrativas ou legislativas que possam afetá-los diretamente. O mesmo artigo prevê que as consultas sejam realizadas em boa-fé, com o objetivo de chegar a um acordo e obter o consentimento acerca das propostas. A falta de diálogo com os povos diretamente interessados, exigido pela Convenção nº 169 da OIT, mostra que a proposição tem um caráter fortemente unilateral, impositivo e antidemocrático, não havendo registro de qualquer ato que reflita a



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador Alessandro Vieira

busca de consenso, sobretudo após a sua aprovação em regime de urgência, pela Câmara dos Deputados, ao cabo de 16 anos de tramitação, durante os quais foram emitidos pareceres contrários em comissões temáticas.

Passemos, agora, aos demais dispositivos do PL nº 2.903, de 2023.

O art. 5º, que prevê a participação obrigatória de estados e municípios na demarcação, bem como de todas as comunidades diretamente interessadas, não inova sobre o modelo atual. A legislação e os regulamentos vigentes já dispõem sobre essa participação, de modo mais detido e amplo, tornando injurídica a proposição, nesse aspecto.

O *caput* do art. 9º garante que ocupantes não-indígenas permaneçam na área até a conclusão do processo demarcatório, invertendo a lógica do § 6º do art. 231 da Constituição, que declara nulos e extintos quaisquer atos e títulos incidentes sobre terras indígenas. É, portanto, inconstitucional. Quanto ao mérito, estimula a perpetuação de conflitos fundiários, contribuindo para o aumento da violência e agravando a insegurança jurídica.

O art. 11 prevê que o Estado indenize os detentores de títulos de propriedade ou de posse constituídos em boa-fé, cuja concessão pelo poder público possa ser documentalmentemente comprovada. Considerando o direito originário dos indígenas, a concessão desses títulos constitui erro do Estado, que é civilmente responsável, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição. Vemos mérito nesse dispositivo, ancorado na responsabilidade civil do Estado, mas há necessidade de conformá-lo aos limites que têm sido discutidos no Supremo Tribunal Federal. Não se pode opor essa pretensão ao direito originário dos indígenas, de modo que ela deve ser discutida em processo separado ao de demarcação, movido contra o ente público responsável, e sem qualquer tipo de direito de retenção da terra, obviamente.

O art. 13 da proposição veda a ampliação de terras indígenas já demarcadas. Novamente, o Supremo Tribunal Federal acaba de reconhecer a possibilidade de revisão de área, desde que seja fundamentada em inobservância



SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador Alessandro Vieira

dos requisitos constitucionais, faltando definir, em acórdão, os prazos aplicáveis à decadência desse direito, tanto nos casos já decididos, quanto nos que ainda aguardam decisão.

O art. 14 impõe a aplicação do marco temporal aos processos demarcatórios que estejam em curso e o art. 15 declara nulas as demarcações em desacordo com os preceitos fixados na proposição. Ficam prejudicados pela rejeição do marco temporal.

O art. 16, § 4º, autoriza a União a retomar terra indígena reservada, dando-lhe outra destinação de interesse público ou social, inclusive reforma agrária, caso considere que essas terras não sejam mais necessárias para a subsistência digna e a preservação da cultura indígena, em razão de alterações dos traços culturais da comunidade. Materialmente, esse dispositivo parte de uma concepção integracionista não recepcionada pela Constituição de 1988.

O art. 20 declara que “o usufruto dos indígenas não se sobrepõe ao interesse da política de defesa e soberania nacional”, negando, dessa forma, possível situação de fato em que esses valores estejam sobrepostos, estando, ou não, em oposição. Cabe redação mais precisa, que assegure a atuação dos órgãos de segurança pública e de segurança nacional nas terras indígenas, sem violar os direitos constitucionais dos povos originários.

Não há, contudo, amparo constitucional à possibilidade de que a expansão da malha viária tenha precedência sobre os direitos constitucionais dos indígenas, independentemente de consulta, como prevê o parágrafo único desse artigo. Esse dispositivo contraria frontalmente o art. 6º da Convenção nº 169 da OIT, principal instrumento de direito internacional para a proteção dos povos e comunidades tradicionais, que prevê o direito desses povos à consulta livre, prévia e informada “mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, toda vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar-lhes diretamente.”



SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador Alessandro Vieira

Pode-se dizer o mesmo sobre os dispositivos seguintes da proposição. O art. 21 assegura a atuação das Forças Armadas em terras indígenas independentemente de consulta, em qualquer hipótese, sem prever imperiosa necessidade, ameaça iminente ou presente, risco à segurança, emergência ou qualquer circunstância extraordinária que justifique a limitação do usufruto e da posse exclusiva previstos na Constituição. Já o art. 22 estabelece, também de modo incondicionado, que o poder público pode instalar equipamentos públicos diversos nas terras indígenas.

O art. 23 subordina o usufruto dos indígenas sobre terras sobrepostas a unidades de conservação às decisões do órgão gestor ambiental, com “consultoria” do órgão indigenista. É possível dosar essa dupla afetação com razoabilidade, já que a incidência simultânea de mais de uma norma não é sinônimo de antinomia. Sugerimos, nesse caso, a gestão compartilhada para atender ao interesse ambiental e aos direitos da comunidade indígena.

Curiosamente, a prevalência da política ambiental que a proposição sugere contrasta, por exemplo, com o disposto no seu próprio art. 30, que elimina a proibição de cultivo de organismos geneticamente modificados em terras indígenas. Há risco de que cultivares transgênicos possam causar prejuízos à biodiversidade, considerada patrimônio genético do país nos termos da Lei nº 13.130, de 20 de maio de 2015, ou ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade, protegido pela mesma Lei.

O art. 26 prevê que indígenas e não-indígenas possam firmar contratos para explorar atividades econômicas e que esses instrumentos sejam meramente registrados na Funai, sem análise prévia pelo órgão indigenista e pelo Ministério Público Federal, o que fere a competência do órgão indigenista para exercer o controle das atividades de não-indígenas nas terras protegidas. Além disso, a hipótese de parceria aventada na proposição viola o usufruto exclusivo garantido pelo § 2º do art. 231 da Constituição Federal, além de incidir na nulidade prevista no § 6º do mesmo artigo, que exclui do mundo jurídico os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador Alessandro Vieira

Já o art. 28 permite que entidades particulares mantenham contato com indígenas isolados para intermediar ações estatais consideradas de utilidade pública, aumentando o risco de propagação de doenças e criando brecha legal para que a prestação de assistência aos indígenas possa servir como mero disfarce para atividades de caráter integracionista. Historicamente, o choque cultural e a disseminação de doenças destruíram incontáveis comunidades indígenas, de modo que seria absolutamente imprudente manter esse dispositivo sem, ao menos, adotar cautelas adicionais.

Por fim, reiteramos a importância da previsão de uma indenização ao ocupante detentor de justo título de boa-fé pelo ente público responsável pela titulação indevida e, subsidiariamente, pela União, a fim de que não haja prejudicados pelo erro do Estado.

Diante do exposto, pretendemos sanear a proposição, como sugerem as diversas emendas apresentadas. Acolhemos essas sugestões na forma de uma emenda substitutiva, a de número 33- CCJ, sem prejuízo da análise de mérito pelos colegiados que, no nosso entendimento, ainda podem e devem se manifestar, em atenção às respectivas competências fixadas no Regimento Interno.

III – VOTO

Em razão do que foi exposto, concluímos pela **aprovação** do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023, na forma da Emenda nº 33 – CCJ (substitutiva), ficando rejeitadas as demais emendas.

Sala da Comissão,

, Presidente



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador Alessandro Vieira

, Relator