

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, 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.*

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei (PL) nº 2.903, de 2023, tem o objetivo de regulamentar 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.

Nesse sentido, o art. 1º do PL dispõe aspectos de reconhecimento, demarcação, uso e gestão de terras indígenas. O art. 2º enuncia os princípios que regem a iniciativa.

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).

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 art. 5º prevê a participação dos Municípios, Estados e entidades da sociedade

civil, o art. 6º declara a aplicação da contraditório ao processo de demarcação e o art. 7º prevê a participação das associações das partes interessadas no processo de demarcação.

O art. 8º estabelece que o levantamento fundiário da área pretendida será acompanhado de relatório, e 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 art. 10 aplica aos antropólogos, peritos e outros profissionais especializados os motivos de suspeição e impedimento, conforme o Código de Processo Civil.

Por sua vez, o art. 11 prevê que aqueles que possuam título de proprietários ou possuidores emitido pelo Estado em área de terra indígena têm direito a indenização, por erro do Estado. O art. 12 autoriza a União a ingressar em imóvel de propriedade particular para levantamento de dados, mediante prévia comunicação escrita.

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 indígenas, 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 (o art. 31 do PL está alterando 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.”

Por seu turno, o art. 17 prevê a aplicação às terras indígenas reservadas do mesmo regime jurídico de uso e gozo adotado para terras indígenas tradicionalmente ocupadas e o 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 do uso e da gestão das terras indígenas, que cabem, 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. Já o art. 24 trata do sensível tema do acesso de não indígenas às terras indígenas.

O art. 25 veda a “cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas”, assim como pela utilização de estradas e outros equipamentos públicos.

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.

O art. 29 trata de isenção tributária do usufruto das riquezas naturais e das utilidades das terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas. O art. 30 do PL altera a legislação ambiental, a fim de permitir o cultivo de Organismos Geneticamente Modificados nas terras indígenas que não se enquadrarem como unidades de conservação ambiental.

A proposição também faz alteração no Estatuto do Índio, no seu art. 32, no mesmo sentido do art. 4º, acima relatado. Finalmente, o art. 33 estabelece a cláusula de vigência imediata da presente iniciativa.

Como dissentimos do Relatório apresentado pelo Senador Marcos Rogério, que conclui pela aprovação do nº 2.903, de 2023, e pela rejeição de todas as dezenas de emendas apresentadas, estamos trazendo à consideração desta Comissão o presente Voto em Separado, conforme previsto no art. 132, § 6º, I, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

II – ANÁLISE

Cabe a esta Comissão, na forma do art. 101, inciso I, do RISF, opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por despacho da Presidência. Além disso, como determina o art. 101, inciso II, alínea “m”, compete a este colegiado emitir parecer, quanto ao mérito, sobre a presente proposição.

Uma questão preliminar

Passando a analisar a matéria, preliminarmente cabe ponderar sobre a extemporaneidade da votação do presente projeto de lei no dia de hoje, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) deverá se debruçar sobre a tese que demarcará a posição do Tribunal exatamente sobre o objeto central da discussão que estamos tendo aqui.

Desse modo, **apelamos mais uma vez para o bom senso, a prudência, das Senhoras Senadoras e dos Senhores Senadores, para que alcancemos um entendimento sobre a matéria, não encerrando hoje a tramitação do PL nº 2.903, de 2023, nesta Comissão.**

É preciso aguardar os termos da tese que vai positivar e esclarecer a posição da nossa Corte Constitucional antes de votarmos a presente matéria. Não devemos contribuir para acirrar diferenças e divergências. Estamos no Parlamento. Há que parlamentar. Vamos fazer um esforço a mais para que no processo de reflexão que ora propomos encontremos uma solução adequada.

É esse o apelo que fazemos, como preliminar à discussão da matéria.

Passando à discussão, cabe registrar que o tema do chamado **marco temporal** das terras indígenas diz respeito ao tratamento dado pela Constituição Federal a essa espécie de terras. Vejamos, pois, como a CF trata a questão das terras indígenas.

As terras indígenas na Constituição de 1988

Primeiro, cabe destacar o art. 20, XI, da Lei Maior, que estabelece a **titularidade da União sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios**. Portanto, as terras indígenas são bens da União, embora destinadas à sua posse permanente (dos indígenas – art. 231, § 2º).

E o *caput* do art. 231, da Lei Maior, é claro e não deixa dúvidas ao reconhecer aos indígenas **os seus direitos originários** às terras que tradicionalmente ocupam.

Ademais, o § 1º do mesmo art. 231 define que **são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu**

bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Especialmente relevante para a discussão que aqui fazemos é o disposto no § 4º do art. 231 da CF, o qual consigna que **as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.** Cabe repetir: os direitos dos indígenas sobre as suas terras são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis, vale dizer, **não podem negociados, ter outra destinação ou serem perdidos com o passar do tempo.** São direitos permanentes.

Outrossim, o § 5º do mesmo art. 231 veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, **após deliberação do Congresso Nacional,** garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Também especialmente relevante para a discussão que ora aqui fazemos o que disposto no § 6º, também do art. 231 da Lei Maior, que declara **a nulidade e a extinção, dos atos (que não produzem efeitos jurídicos) 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,** ressalvado relevante interesse público **da União,** segundo o que dispuser lei complementar.

A inconstitucionalidade do PL nº 2.903, de 2023

Ocorre que o PL nº 2.903, de 2023, que ora analisamos, choca-se de frente, tanto com a Constituição vigente, como com toda a nossa história constitucional, ao pretender estabelecer o dia 5 de outubro de 1988 como marco temporal das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Com efeito, esse entendimento foi rejeitado por nossa Corte Constitucional no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365/SC, em regime de Repercussão Geral, estando prevista para hoje a deliberação do Tribunal sobre a positivação da tese que demarcará o seu entendimento sobre a matéria.

A propósito, cabe citar a seguinte ponderação do Ministro Edson Fachin, relator do referido RE no STF: **os direitos territoriais originários dos indígenas preexistem à promulgação da Constituição (de 1988). Logo, a demarcação não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver indígena.**

O relator pondera também que a Constituição vigente não representa um marco para a aquisição de direitos possessórios por parte das comunidades indígenas, e sim um *continuum*, uma sequência da proteção já assegurada pelas Cartas Constitucionais desde 1934, e que agora, num contexto de Estado Democrático de Direito, ganham os indígenas novas garantias e condições de efetividade para o exercício de seus direitos territoriais, mas que não tiveram início apenas em 5 de outubro de 1988.

Quanto à questão do chamado **renitente esbulho**, que requer que houvesse controvérsia possessória judicializada ou situação de conflito deflagrado, na data da promulgação da Constituição de 1988, para aceitar a ausência de comunidade indígena da posse de território reivindicado, o Ministro relator igualmente pondera com racionalidade que **quanto à controvérsia possessória judicializada, tal exigência não pode subsistir ao se levar em conta a realidade fática e jurídica da capacidade processual dos indígenas antes da Constituição de 1988, pois, desde o período colonial, estavam os indígenas brasileiros submetidos a regimes tutelares com a finalidade de aculturá-los e de promover sua assimilação progressiva ao novo território do colonizador branco e cristão e no período republicano até a CF de 1988, em contraste com as previsões constitucionais que lhes garantiam a posse de suas terras, eram os indígenas qualificados como relativamente incapazes pela legislação civil, necessitando de tutela para a prática de atos da vida civil, inclusive ingressar em juízo.**

E, no que diz respeito à situação de “conflito deflagrado” existente na data da promulgação da Constituição de 88, o Relator registra o que todos sabemos, **que os indígenas foram constantemente expulsos, assassinados e desintegrados de sua cultura e nesse cenário, resistir aos conflitos de forma reiterada, a persistir até a data da promulgação da Carta Magna, seria enfrentar a morte quase certa. E registra que o STF já decidiu que o abandono involuntário das terras tradicionais, perpetradas por meios violentos, não se presta a desconfigurar a tradicionalidade da ocupação, sendo preciso que esse abandono se revista de um caráter eminentemente voluntário por parte da comunidade, sem a configuração de qualquer forma de esbulho das terras por parte de terceiros, e sem a exigência de um conflito físico ou de uma demanda possessória ajuizada e em trâmite à data de 5 de outubro de 1988.**

Cabe, ainda, anotar que **não se desconsidera a complexidade da situação fundiária brasileira, menos ainda se desconhece a ampla gama de dificuldades dos produtores rurais de boa-fé. No entanto, a**

segurança jurídica não pode significar descumprir as normas constitucionais, em especial aquelas que asseguram direitos fundamentais.

Desse modo, **não há como aprovar o PL nº 2.903, de 2023, nos termos em que se encontra escrito, sem incorrer em inconstitucionalidade** e caber recordar que, infelizmente, as emendas que buscam corrigir os equívocos e erros do projeto receberam parecer pela rejeição do ilustre relator. Aliás, todas as 49 emendas apresentadas receberam parecer contrário.

Enfim, reconhecendo a complexidade do tema e a necessidade de uma solução que pacifique o País, devemos registrar o nosso entendimento de que **acolher acriticamente a tese do marco temporal, no sentido de que só têm direito à posse de suas terras os indígenas que as ocupavam em 5 de outubro de 1988, ou os que fossem parte em demanda judicial ou estivessem em conflito físico por tais terras é fazer interpretação equivocada da Lei Maior de 1988 e negar direitos dos indígenas às suas terras, desconhecendo que o direito constitucional brasileiro, desde pelo menos 1934, reconhece-lhes o direito à posse de suas terras tradicionalmente ocupadas.**

Essa a nossa análise e esse o nosso entendimento sobre o PL nº 2.903, de 2023.

III – VOTO

Em face do exposto, votamos pela inconstitucionalidade e injuridicidade do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023, e, portanto, conforme prevê o art. 101, § 1º, do RISF, pela sua rejeição e arquivamento.

Sala da Comissão,

Senador FABIANO CONTARATO

LÍDER DO PT