

Textos para Discussão 318

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa

“MARCO TEMPORAL” DAS TERRAS INDÍGENAS E A DISCUSSÃO DE ASPECTOS JURÍDICOS DO PROJETO DE LEI nº 2.903, DE 2023

João Trindade Cavalcante Filho

SENADO
FEDERAL



“MARCO TEMPORAL” DAS TERRAS INDÍGENAS E A DISCUSSÃO DE ASPECTOS JURÍDICOS DO PROJETO DE LEI Nº 2.903, DE 2023

João Trindade Cavalcante Filho¹

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal (área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Processo Legislativo). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Constitucional dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora–Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Gustavo A. Sabóia Vieira– Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor–Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenação

Brunella Poltronieri Miguez – Revisão

João Cândido de Oliveira – Editoração

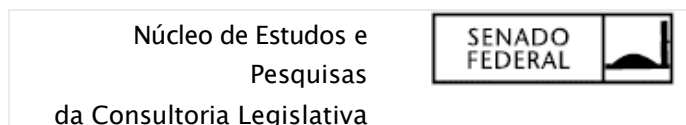
CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Modena Lacerda

Pedro Duarte Blanco

Denis Murahovschi

Foto da Capa: Lia de Paula/Agência Senado



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico–acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983–0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

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: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho 2023 (Texto para Discussão nº 318). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 27 jun. 2023.

“MARCO TEMPORAL” DAS TERRAS INDÍGENAS E A DISCUSSÃO DE ASPECTOS JURÍDICOS DO PROJETO DE LEI Nº 2.903, DE 2023

RESUMO

Foi aprovado na Câmara dos Deputados e tramita no Senado Federal o PL nº 2.903, de 2023, que, ao regulamentar o art. 231 da Constituição, positiva a tese do chamado “marco temporal” das terras indígenas, segundo a qual só poderiam ser consideradas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios aquelas que assim se enquadravam quando da promulgação da Constituição, ressalvada a situação de renitente esbulho. Além da polêmica acerca do “marco temporal” em si – de resto discutido também no Judiciário e no Executivo –, há outros aspectos da proposição que merecem também análise técnico-jurídica, para tentar qualificar o debate a partir de um ponto de vista constitucional, convencional e legal sobre o tão intrincado assunto.

PALAVRAS-CHAVE: terras indígenas. Marco temporal. PL nº 2.093, de 2023.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO “MARCO TEMPORAL”	2
2.1.	PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DO STF X PL Nº 2.903, DE 2023	2
2.2.	ANÁLISE DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	5
2.3.	NULIDADE ABSOLUTA DOS ATOS DE OCUPAÇÃO OU TITULAÇÃO PRIVADA DE TERRAS INDÍGENAS	10
2.4.	MOMENTO DE VERIFICAÇÃO DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL: A CONTROVÉRSIA SOBRE O “MARCO TEMPORAL”	11
2.4.1.	ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO MARCO TEMPORAL	13
2.4.2.	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À TESE DO MARCO TEMPORAL	18
2.4.3.	CONSIDERAÇÕES PARCIAIS SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL	21
2.5.	OUTRAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES SOBRE O REGIME JURÍDICO DAS TERRAS INDÍGENAS.....	23
2.5.1.	USUFRUTO EXCLUSIVO DAS RIQUEZAS DO SOLO E QUESTÕES CONEXAS.....	23
2.5.2.	MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS	23
2.5.3.	GARIMPO EM TERRAS INDÍGENAS	24
2.5.4.	USO E TRÂNSITO POR PARTE DE NÃO ÍNDIOS	25
3	DISCUSSÃO SOBRE A (IN)CONVENCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL.....	26
4	COMENTÁRIOS AOS PRINCIPAIS DISPOSITIVOS DO PL	30
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	40

1 INTRODUÇÃO¹

O Projeto de Lei (PL) nº 2.903, de 2023 (PL nº 490, de 2007, originalmente) “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 nº 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”. Trata-se da proposição que se tornou conhecida pela fixação do chamado “marco temporal” das terras indígenas, como adiante explicado.

Diante da complexidade do tema, este Texto para Discussão é dividido em cinco partes: esta **introdução**, em que se contextualiza a tramitação do PL até aqui e seus principais pontos de controvérsia; **análise da constitucionalidade do marco temporal**, com discussão de argumentos favoráveis e contrários, inclusive levando em conta os debates durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF); discussão sobre a **convencionalidade da tese do marco temporal**, especialmente à luz da Convenção nº 168 da Organização Internacional do Trabalho (OIT); **comentários sobre os principais dispositivos do PL**; e **considerações finais**.

De autoria do ex-Deputado Homero Pereira, a **redação original** do PL nº 490, de 2007, pretendia alterar o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), para prever que a demarcação de terras indígenas deve ser feita pelo Congresso Nacional, por meio de lei – e não mais pelo Poder Executivo, mediante decreto presidencial que homologa a demarcação realizada pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI)². Todavia, a matéria foi aprovada pela Câmara dos Deputados na forma de **substitutivo**, que praticamente constitui

¹ Agradecemos as pacientes lições e observações do Dr. Luciano Mariz Maia, Subprocurador-Geral da República e professor da Universidade Federal da Paraíba, que, embora discorde de diversas posições aqui apresentadas, foi sempre interlocutor educado e compreensivo na interpretação de tema tão polêmico. Agradeço também ao colega Consultor Legislativo Fernando Antonio Gadelha da Trindade, pela revisão do texto que deu origem a este trabalho.

² Essa redação original, aliás, parecia-nos flagrantemente inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da independência e harmonia entre os Poderes (CF, art. 2º), ao atribuir ao Legislativo a gestão de um bem público federal (CF, art. 20, XI), cuja demarcação inclui-se na reserva de administração (CF, art. 231, *caput*, e jurisprudência do STF); além de inconveniente, por violação ao art. 14 da Convenção nº 169 da OIT.

uma nova proposição, cuja finalidade é instituir um marco legal sobre as terras indígenas, regulamentando o art. 231, § 1º, da Constituição Federal (CF).

Encaminhado ao Senado Federal, para atuação como Casa revisora (CF, art. 65), o PL foi distribuído à apreciação, sucessivamente, das Comissões de Agricultura e Reforma Agrária (CRA) e de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). No âmbito da CRA, foi designada relatora a Senadora Soraya Thronicke, e até o momento não foi apresentado relatório.

Neste Texto para Discussão, busca-se analisar não os aspectos sobre o **mérito** da proposição, mas especificamente os aspectos **jurídicos** (constitucionais, convencionais e legais) que lhe são pertinentes. Registre-se, a propósito, que as opiniões aqui lançadas representam apenas a visão jurídica do Consultor que subscreve o trabalho, não constituindo posição oficial do Senado Federal ou da Consultoria Legislativa.

2 DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO “MARCO TEMPORAL”

2.1. PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DO STF X PL Nº 2.903, DE 2023

Para que se possa contextualizar adequadamente o debate principal acerca do PL – especialmente quanto à discussão sobre a constitucionalidade ou não do chamado “marco temporal” – faz-se necessário, primeiro, conhecer o teor do texto constitucional e o que diz a **atual** jurisprudência do STF sobre o assunto.

Com efeito, embora o legislador não esteja vinculado a seguir eventual entendimento da Corte Suprema³ (podendo arriscar-se a ter a lei declarada inconstitucional, ou ainda a provocar a mudança de entendimento do tribunal), logicamente cabe conhecer a posição do Guardião da Constituição sobre a interpretação mais adequada do art. 231 da CF. Vale ressaltar, entretanto, que, numa democracia, não há última palavra, já que todos os temas podem ser revisitados⁴, tanto é assim, que já é há muito estudado o fenômeno do *efeito*

³ CF, art. 102, § 2º.

⁴ “(...) Não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas.” MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Universidade de São Paulo [tese de doutorado], 2008, p. 15.

backlash (ou *efeito revanche*), por meio do qual setores da sociedade (re)voltam-se contra decisões judiciais, inclusive buscando meios de superá-las⁵.

Trata-se de ponto bastante sensível, porque alguns setores da doutrina têm argumentado que o Congresso Nacional estaria, por meio do PL ora em análise, transformando em regra geral algo que o STF julgou num caso particular:

“O STF também disse que a tese se aplicava àquele caso, não a qualquer caso futuro. (...)”

O drama: em desobediência ao STF, e sob sua complacência, a tese se espalhou para novos casos de demarcação desde então. (...)

Nesse meio tempo, a Câmara correu, afrontou a autoridade do STF e aprovou projeto de lei que define o marco temporal como critério de demarcação.”⁶

Na verdade, o STF, ao julgar o caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Petição – Pet nº 3.388/RR), e especialmente os embargos de declaração (Pet nº 3.388/RR-ED), não obstante tenha resolvido o **caso concreto** daquela demarcação – sem efeito vinculante, portanto – terminou por “abstrativizar” o tema, inclusive com a fixação de condicionantes para orientar a demarcação **futura** de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Ou, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, relator do acórdão dos embargos:

“(...) 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**”.⁷

⁵ FONTELES, Samuel Sales. **Efeito Backlash**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 23.

⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Tribunal sonegador de direitos**. In: Folha de S. Paulo, 31.5.2023, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2023/05/tribunal-sonegador-de-direitos.shtml>>. Acesso em: 7 jun.2023.

⁷ STF, Pleno, Embargos de Declaração (ED) na Petição nº 3.388/RR, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe de 23.10.2013.

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 dotados de efeitos vinculantes – devem ser levados em conta na análise de casos futuros⁸.

Registre-se que a Corte, no momento de elaboração deste estudo, analisa Recurso Extraordinário (RE) em que se busca definir a **tese** sobre a constitucionalidade ou não do chamado marco temporal⁹. Por se tratar de julgamento em curso (atualmente, com placar de 2 a 1 pela não adoção do marco temporal), não será esse caso objeto direto de análise no presente Texto para Discussão.

Quanto ao PL, como se verá mais adiante, em muitos pontos **positiva** as condicionantes fixadas pelo STF na citada Pet nº 3.388/RR – o que pode, reitere-se, ser (re)discutido, mas foi determinado pela Corte visando justamente à demarcação futura de terras indígenas. Por outro lado, há dispositivos do PL que podem ter a constitucionalidade atacada, mesmo à luz do entendimento atual da Corte¹⁰.

⁸ Cf. voto proferido no Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 29.087/DF, adiante citado e comentado.

⁹ “O Recurso Extraordinário 1.017.365 foi interposto pela Funai com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição da República. A área objeto da lide foi reconhecida como de tradicional ocupação indígena por meio de Portaria nº 1.128/2003, do Ministério da Justiça, que declarou a Terra Indígena Ibirama-Laklãnõ de posse permanente dos grupos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani. A Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – Fatma (atual Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA) sustentou ser possuidora do imóvel matriculado sob o nº 12.266 no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Itaiópolis/SC, que integraria a Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, Unidade de Conservação Integral. Na peça inicial, a Fundação afirmou que, em 13 de janeiro de 2009, a área teria sido invadida por aproximadamente 100 (cem) indígenas da etnia Xokleng, que abriram picadas e montaram barracas no local. A Funai sustentou que, ante a existência de portaria ministerial declaratória de ocupação indígena sobre a área objeto do conflito possessório, seria nulo e desprovido de eficácia jurídica o título de propriedade apresentado pela Fatma/IMA. Ademais, seriam inoponíveis aos indígenas os dispositivos da legislação processual civil reguladores das ações possessórias, dada a natureza originária do direito dos índios sobre a terra. O Plenário do STF, provocado pelo Ministro Relator, Edson Fachin, em 22 de fevereiro de 2019 reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras dispostas no art. 231 do texto constitucional, erigindo o recurso como paradigma do tema 1.031” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 6ª CCR. Nota Técnica nº 1/20).

¹⁰ Valem aqui as observações do Ministro Gilmar Mendes: “Não é o problema do marco temporal! Eu diria até que o problema do marco temporal – 88 – é até pouco relevante. A questão hoje é da sustentabilidade.” (STF, Pleno, ACO 366/MT).

2.2. ANÁLISE DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Voltando ao texto constitucional, na parte que mais importa, dispõe este que:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º 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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 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.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada 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.

§ 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.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.”

Como se percebe, o texto da Constituição de 1988 foi o primeiro a abandonar o vocábulo “silvícolas” (substituído por “índios”¹¹) e a prever um verdadeiro plexo de normas sobre os direitos indígenas – o que passa por, mas não se limita às terras indígenas.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – é dizer, aquelas ocupadas pelo modo tradicional indígena¹² – são propriedade da União (CF, art. 20, XI) e integram, portanto, o patrimônio público federal (apesar de a Constituição reconhecer aos índios os direitos originários de posse permanente das terras e usufruto exclusivo das riquezas do solo). Tem-se aqui um verdadeiro desdobramento: a **União é proprietária** das terras, mas não as pode utilizar ao seu bel prazer, pois a **posse permanente (e originária) é das comunidades indígenas**; diz a doutrina que a União permanece como nua-proprietária¹³, cabendo-lhe a tarefa de demarcar as terras com a finalidade de as proteger. Em outras palavras: “o objetivo da atribuição à União da propriedade desses bens é fornecer uma solução jurídica para obrigar o ente estatal a uma proteção diferenciada sobre as terras indígenas”¹⁴.

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios “as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais

¹¹ Como o texto constitucional adota o termo “índios”, optou-se por aqui reproduzi-lo, mesmo que se conheça a oposição de alguns setores à adoção desse vocábulo – o que talvez seja preocupação mais importada do Inglês (em que “índio” e “indiano” são homônimos: *indian*) do que pertinente ao Português brasileiro. O PL nº 2.903, de 2023, evitou usar a expressão “índios”.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 856. No mesmo sentido, já havíamos escrito em 2007 que “o advérbio tradicionalmente na locução ‘terras tradicionalmente ocupadas pelos índios’ é modal, e não de tempo. Refere-se, assim, ao modo tradicional de ocupação, segundo os usos, costumes e tradições indígenas, e não ao tempo da ocupação” (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Usufruto exclusivo das terras indígenas. Natureza jurídica, alcance e objeto*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1640, 28 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10804>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

¹³ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. 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. 2413.

¹⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Op. Cit.**

necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural” (art. 231, § 1º). Há discussão, contudo, sobre se é necessário estarem presentes todos os quatro requisitos (habitação permanente, atividade produtiva, imprescindibilidade à preservação e necessidade para a reprodução física e intelectual) – posição de José Afonso da Silva, adotada no PL – ou se qualquer desses requisitos é condição suficiente para o enquadramento na proteção do art. 231¹⁵.

De qualquer forma,

não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles [dos índios], da cultura deles.¹⁶

Por outro lado, a demarcação de terras indígenas (art. 231, *caput*, da CF) constitui ato eminentemente administrativo de gestão patrimonial, tanto assim que atribuído pela legislação em vigor ao Presidente da República – que, mediante decreto, confirma a delimitação geográfico-antropológica realizada pela Funai^{17 e 18}.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 856.

¹⁶ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Op. Cit.**, p. 2409. No mesmo sentido: “Numa interpretação literal, vê-se que a norma constitucional utilizou o artigo ‘as’, referindo-se às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, todas as vezes que elencou alguma condição. Assim, são terras indígenas as por eles habitadas em caráter permanente ou as utilizadas para as suas atividades produtivas ou as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar ou, ainda, as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Também numa interpretação sistemática com o art. 231, *caput*, pode-se verificar que uma região indispensável à reprodução física e cultural dos índios, ainda que não ocupada permanentemente por eles, é, para efeitos constitucionais, terra indígena.” (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Op. Cit.**).

¹⁷ Sobre o tema, cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Op. Cit.**, p. 2412.

¹⁸ O texto atual do art. 19 do Estatuto do Índio é claro a respeito da natureza jurídica eminentemente administrativa do ato demarcatório:

“**Art. 19.** As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras. (...)”

Essa natureza administrativa do ato de demarcação decorre da própria Constituição, como reconhecido em diversos julgados do STF:

Somente à União, por **atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo**, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. **As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da CF.**¹⁹

No mesmo sentido:

Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (*caput* do art. 231 da CF). **Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa.** A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira.²⁰

Apesar de tudo isso, exige-se, no processo administrativo de demarcação, em obediência ao princípio federativo, a oitiva e a participação de Estados e Municípios afetados:

Trata-se de salvaguarda institucional que objetiva preservar o princípio da Federação, a significar que se impõe, quando for o caso, a necessária participação do Estado-membro ou do Município no procedimento administrativo de demarcação.²¹

¹⁹ STF, Pleno, Petição nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, DJe de 1º.7.2010 (sem grifos no original).

²⁰ STF, Pleno, Mandado de Segurança nº 25.483, Relator Ministro Ayres Britto, DJ de 14.9.2007 (original sem grifos).

²¹ STF, 2ª Turma, RMS nº 29.087/DF.

Isso se faz por aplicação do princípio da conduta amistosa federativa²², e também pelo fato de que, muitas vezes, a demarcação de terras indígenas atinge vastas áreas do ente federativo. No caso da Raposa Serra do Sol, por exemplo, a demarcação contínua chegava a incluir a sede de Municípios; Roraima, por outro lado, tem mais de 40% do território tradicionalmente ocupado pelos índios.

Por outro lado, a demarcação tem natureza de ato declaratório, e não constitutivo. A posse permanente das comunidades indígenas é **originária**, nos termos da Constituição, logo é **reconhecida** como preexistente ao próprio texto constitucional. O ato de demarcação tem por finalidade **reconhecer** o direito originário daquela comunidade à posse de determinado território, cabendo à União proteger essa porção de terra. 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”²³.

Da mesma forma, o STF decidiu, no Caso Raposa Serra do Sol, que:

“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 orna 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)”²⁴.

²² “a Constituição pede ao estado-total [Federação] e aos estados-membros não só correção exterior no cumprimento de seus deveres jurídico-estatais, mas também a procura constante e a produção de uma conduta boa, amistosa federativa; (...) a não observância desses deveres e restrições por um ato da federação ou de um estado deixa esse ato tornar-se inconstitucional” (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, pp. 212-213).

²³ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Op. Cit.**, p. 2412.

²⁴ STF, Pleno, Pet nº 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto.

2.3. NULIDADE ABSOLUTA DOS ATOS DE OCUPAÇÃO OU TITULAÇÃO PRIVADA DE TERRAS INDÍGENAS

Disso decorre que qualquer ato que atribua propriedade, posse ou outro direito real a não índios em relação às terras por tradicionalmente ocupadas é nulo de pleno direito (art. 231, § 6º), **sendo para tanto irrelevante que já se tenha feito ou não a demarcação** (que, lembre-se, tem caráter meramente declaratório). Nesse sentido, já decidiu o STF que:

“A eventual existência de registro imobiliário em nome de particular, a despeito do que dispunha o art. 859 do CC/1916 ou do que prescreve o art. 1.245 e parágrafos do vigente Código Civil, não torna oponível à União Federal esse título de domínio privado, pois a Constituição da República pré-excluiu do comércio jurídico as terras indígenas *res extra commercium*, proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando ineficazes, ainda, as pactuações negociais que sobre elas incidam, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica, inclusive aquelas que provocam, por efeito de expressa recusa constitucional, a própria denegação do direito à indenização ou do acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º)”²⁵.

Anteriormente (1994), na Ação Cível Originária nº 323/MG (Caso Krenak), a Corte já tivera a oportunidade de registrar a nulidade absoluta de atos de concessão por Estado da Federação de títulos “reconhecendo” propriedade privada em terras indígenas. No voto do Ministro Néri da Silveira, aliás, ficou registrado que “se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não as descaracterizou como terras indígenas”²⁶.

²⁵ STF, 2ª Turma, ED no Agravo Regimental (AgR) no RMS nº 29.193, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 19.2.2015.

²⁶ STF, Pleno, ACO nº 323/MG, Relator Ministro Francisco Rezek, j. 14.10.1993.

No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari advertia, ainda sob a égide da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969:

“(...) ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.”²⁷

Ressalte-se que, não obstante a inexistência de indenização possa parecer excessiva, decorre de decisão do Poder Constituinte Originário – o qual, conforme a doutrina e a jurisprudência do STF, é juridicamente ilimitado²⁸. Diga-se de passagem, a ressalva relativa à nulidade de qualquer ocupação de não índios em terras indígenas em si não é nova, remontando aos §§ 1º e 2º do art. 198 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969²⁹.

2.4. MOMENTO DE VERIFICAÇÃO DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL: A CONTROVÉRSIA SOBRE O “MARCO TEMPORAL”

Quanto ao termo inicial da ocupação indígena, não se exige que a posse de determinada área seja imemorial. Tal adjetivação chegou a constar do texto da Constituinte, mas foi excluído durante os debates em Plenário. O que se demanda é que a ocupação se dê pelo **modo tradicional indígena**:

“Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são Direitos das Pessoas**. São Paulo: Brasiliense, 1984, pp. 54-55.

²⁸ STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 815/MT, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 10.05.1996. No mesmo sentido: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Op. Cit.**, p. 2424.

²⁹ “**Art. 198.**
§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.
§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”

palavra ‘tradicionalmente’ não é posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional.”³⁰

Na Constituinte, até a votação do Projeto em Plenário se fazia remissão às terras de “ocupação imemorial” dos índios, mas esse termo foi substituído por “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, no final do Primeiro Turno em Plenário (Fase “T”), por meio da Emenda nº 281-1, do constituinte Jarbas Passarinho – contra, aliás, a vontade do chamado Centrão, que desejava submeter a demarcação das terras indígenas ao crivo do Senado Federal.

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**); ou se a qualquer momento, antes ou depois da entrada em vigor da Constituição (tese do **indigenato**). Em qualquer das duas vertentes, a proteção constitucional não abrange os aldeamentos **extintos**, que um dia foram terras indígenas – sob pena de todo o Brasil ser assim qualificado –, nos termos do que reconhece a Súmula nº 650 do STF³¹, editada para deixar clara a “impossibilidade de se reconhecer, como bens da União, os imóveis urbanos usucapiendos que, num passado longínquo, integraram áreas de antigos aldeamentos indígenas”³².

A questão controvertida, porém, diz respeito a saber se pode uma terra que não era ocupada pelo modo tradicional indígena em 1988 assim se tornar após ocupação nova (tese da inconstitucionalidade do marco temporal), ou se só podem ser consideradas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios aquelas que assim o eram em 5.10.1988 (tese do marco temporal).

³⁰ STF, RE nº 219.983, Relator Ministro Nelson Jobim, j. 9.12.1998.

³¹ “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.”

³² STF, Pleno, Proposta de Edição de Súmula Vinculante nº 92, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 29.9.2015.

2.4.1. Argumentos favoráveis ao marco temporal

Num dos julgamentos mais importantes de sua história, o caso “Raposa Serra do Sol” (Pet nº 3.388/RR), **o STF explicitamente adotou a tese do marco temporal, in verbis:**

– 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. 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).³³

³³ STF, Pleno, Pet nº 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, pp. 295-296.

Ficou consignado, aliás, que, “se a posse foi verificada em 05 de outubro, não pode ser ampliada, porque naquela época não havia outra.”³⁴

Essa tese do marco temporal, aliás, embora nunca tivesse sido objeto de específica decisão pela Corte antes, não era exatamente nova. Já em 1961, Victor Nunes Leal afirmava que:

“se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. **Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar**”³⁵.

Existem também, no entanto, julgados posteriores ao Caso Raposa Serra do Sol em que se discutiu a temática pelo STF.

Assim, por exemplo, no julgamento da Ação Cível Originária nº 312/BA (Caso “Pataxó Hã Hã Hã”, 2012), restou decidido pelo Pleno da Corte que: *a*) a baixa demográfica em região tradicionalmente ocupada pelos índios, mas derivada de esbulho praticado por forasteiros e atos de violência, não descaracteriza o caráter de bem público da União; *b*) admite-se a ampliação de terra indígena já demarcada, mas isso demanda “comprovação de que o espaço geográfico objeto de eventual ampliação constituía terra tradicionalmente ocupada pelos índios **quando da promulgação da Constituição de 1988**”³⁶.

Mais tarde, em 2014, a 2ª Turma do Tribunal, por 3 votos a 2, decidiu que:

“DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES.

³⁴ STF, Pleno, Pet nº 3.388/RR, voto do Ministro Cezar Peluso, p. 482.

³⁵ STF, Pleno, RE nº 44.585, Relator Ministro Victor Nunes Leal, DJ de 11.10.1961.

³⁶ STF, Pleno, ACO nº 312/BA, redator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJe de 21.03.2013 (original sem grifos).

1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJ e 24.9.2009).

3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol).

4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário.

5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.”³⁷

Durante a Constituinte, essa tese chegou a ser prevista 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”.

Ora, o termo “concluirá” traduz uma ideia de finitude, de término. Sabe-se que a interpretação gramatical é apenas um ponto de partida do

³⁷ STF, 2ª Turma, Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 29.087, redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJe de 14.10.2014.

processo hermenêutico, e que a análise do contexto histórico da constituinte não determina por completo a interpretação do dispositivo aqui e agora. Porém, é inegável que, 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. A grande questão é que a União jamais concluiu essa demarcação, de modo que se agigantou a dívida histórica da sociedade brasileira com a proteção das comunidades indígenas em relação às terras que tradicionalmente ocupavam em 5.10.1988, bem como em relação às terras que não estavam ocupadas nessa data por causa de renitente esbulho; mas não é óbvio inferir do texto constitucional uma obrigação de demarcar terras que venham a ser ocupadas após a entrada em vigor da CF.

Na mesma linha de interpretação, o art. 13 do Anteprojeto da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias (Fase “C”), ao mesmo tempo em que atestava o caráter declaratório da demarcação, também parecia limitá-la àquelas terras ocupadas quando da promulgação da vindoura constituição, *in verbis*:

Art. 13. A União dará início à imediata demarcação das terras RECONHECIDAS ocupadas pelos índios, **devendo o processo estar concluído no prazo máximo de 4 (quatro) anos.**

§ 1º Caberá ao Serviço Geográfico do Exército implementar a medida prevista no *caput*, devendo, a cada ano, concluir, pelo menos, a demarcação de 25% (vinte e cinco por cento) das terras RECONHECIDAS ocupadas pelos índios.

§ 2º As terras **ocupadas** pelos índios, e atualmente não RECONHECIDAS, terão, quando de seu RECONHECIMENTO, sua demarcação **concluída no prazo máximo de 1 (um) ano.**

Em sentido contrário, há quem sustente que o art. 67 do ADCT é na verdade, uma regra de garantia, que apenas repete (constitucionalizando a disposição) o prazo quinquenal para a conclusão das demarcações trazido pelo Estatuto do Índio, de 1973. Nesse contexto, registra-se que “o descumprimento e a omissão da União permanecem, tendo em vista que, segundo dados da

Fundação Nacional do Índio, em janeiro de 2009, 249 das 643 terras indígenas reconhecidas pela Funai, ainda não tiveram seu processo demarcatório concluído”³⁸.

Aliás, percebe-se que, em sentido bastante semelhante (e topologicamente próximo), o art. 68 do ADCT, ao tratar da propriedade dos quilombolas, dispõe que “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos **que estejam ocupando suas terras** é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos” (grifou-se). Mais uma vez, parece adotar-se o critério da atualidade da ocupação na data da promulgação da Constituição. Em sentido contrário, porém, Daniel Sarmento refuta essa tese, por entender que a garantia da reprodução dos modos de viver dos quilombolas justifica uma interpretação ampliativa do dispositivo³⁹. Esse argumento parece relativamente frágil, pois “reprodução” não pode necessariamente ser equiparada a “ampliação territorial”. Também aqui o recurso aos debates na ANC é relevante: o texto do que veio a se tornar o art. 68 do ADCT reconhecia, até a votação em primeiro turno no Plenário, “a propriedade definitiva das terras que **ocupam**” (art. 25 do ADCT, fase “R”), mas passou, na votação em segundo turno, a reconhecer as propriedades “que **estejam ocupando**”.

Nesse contexto, para os defensores da tese do marco temporal, ele traria mais segurança jurídica, por evitar que novas ocupações de terras, pós-1988, viessem a ser categorizadas como “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. De qualquer forma, aparentemente, 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).

³⁸ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Comentários ao art. 67 do ADCT. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Almedina/Saraiva, 2014, p. 2.241.

³⁹ SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 68 do ADCT. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Almedina/Saraiva, 2014, p. 2.248.

2.4.2. Argumentos contrários à tese do marco temporal

Por outro lado, diversas entidades de defesa dos direitos humanos e das populações indígenas têm alegado – desde o Caso Raposa Serra do Sol, e de forma intensificada mais recentemente – a inconstitucionalidade da tese do “marco temporal”, por restringir os direitos indígenas, sendo essa interpretação incompatível com o sistema emancipador adotado pela CF de 1988. Nesse sentido, a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (6ª CCR/MPF), especializada em temática de indígenas e minorias, emitiu Nota Técnica sustentando a inconstitucionalidade do PL ora em análise⁴⁰. Vale lembrar, para registro, que o MPF já havia (por meio do Procurador-Geral da República) se manifestado contra a tese fixada na Pet nº 3.388/RR, inclusive mediante a oposição de embargos de declaração contra aquele julgamento.

Alega-se, inclusive, a incidência do princípio da proibição do retrocesso, uma vez que a adoção da tese do marco temporal significaria restringir o grau de proteção à posse originária das terras indígenas. Sobre a proibição do retrocesso, registre-se que é considerado princípio implícito na CF, sendo bastante incerta a sua fonte normativa específica⁴¹. É bastante forte seu reconhecimento no Brasil, embora não haja unanimidade sobre o tema nos

⁴⁰ “A Constituição adotou vetores antropológicos e não cronológicos: usos, costumes e tradições de cada povo. (...) Neste sentido, a conclusão desta Nota Técnica é pela inconstitucionalidade da tese do marco temporal, pela expressa afronta ao art. 231 e seus parágrafos da Constituição da República e sua incompatibilidade com o conceito de posse tradicional adotado pelo Texto Maior”. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 6ª CCR. Nota Técnica nº 1/20, p. 7. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2020/NotaTcnican1.2020.6CCR.Marcotemporal.pdf>>. Acesso em: 10 jun.2023.

⁴¹ Há autores que a derivam a segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput* e inciso XXXVI); do objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I); do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*); da onipresente dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III); e até de outros princípios também implícitos (numa curiosa espécie de “implicitude de segundo grau”), como a máxima efetividade das normas constitucionais e o mínimo existencial. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que “(...) o princípio da proibição de retrocesso decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais; do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo essencial.” BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158. Na mesma linha, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais**: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. *In*: Bol. Fac. Direito U. Coimbra, ano 82, n. 239, 2006, p. 240.

poucos países que também o consideram, como Portugal e Alemanha⁴². De qualquer sorte, foi adotado pelo STF em diversos julgados⁴³.

Também se alega que concorre para a rejeição ao marco temporal o princípio constitucional da preservação ambiental (CF, art. 225), uma vez que o grau de preservação florestal em terras indígenas é significativamente maior que em terras agricultadas. Assim, a adoção de uma regra restritiva da ampliação de terras demarcadas poderia pôr em risco a preservação dos biomas especialmente protegidos (CF, art. 225, § 4^o), notadamente a Amazônia.

No âmbito da Organização das Nações Unidas, o *Special Rapporteur on the rights of Indigenous People*, José Francisco Calíz Tzay, manifestou grande preocupação com a aprovação do PL ora em análise, especialmente por sua possível aplicação às demarcações pendentes de análise:

“The ‘Temporal Framework’ limits the recognition of ancestral land of Indigenous Peoples only to lands they occupied on the day of promulgation of the constitution, the 5th of October of 1988. The doctrine of the “Temporal Framework” has reportedly been used to nullify administrative demarcation processes of indigenous lands, as in the case of the Guayaroka Community of the Guarani Kaiowa Indigenous Peoples. It has been challenged on numerous occasions by international bodies, Indigenous Peoples and human rights defenders as disregarding Indigenous Peoples’ right to lands from which they were violently expelled, particularly between 1945 and 1988 – a period of great political turbulence and widespread human rights violations in Brazil, including the dictatorship. The trial could determine the course of more than 300 pending indigenous land demarcation cases in the country.

⁴² A propósito: “a doutrina portuguesa – como a de outros países – acha-se fortemente dividida entre os Autores que a afirmam (GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, DAVID DUARTE, CRISTINA QUEIROZ), os que negam (MANUEL AFONSO VAZ, JORGE REIS NOVAIS, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO) e os que, apesar de a negar, acolhem um qualquer princípio de salvaguarda de um grau maior ou menor de concretização legislativa das normas de direitos sociais (JOÃO CAUPERS, VASCO PEREIRA DA SILVA, RUI MEDEIROS, VIEIRA DE ANDRADE, TIAGO DE FREITAS, PAULO OTERO). E no Brasil parece próximo deste último entendimento INGO SARLET”. MIRANDA, Jorge. **Os novos paradigmas do Estado social**. Conferência proferida em 28 de Setembro de 2011, em Belo Horizonte, no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado).

⁴³ Por exemplo, quando se considerou inconstitucional a distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro: STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe de 05.02.2018. Fala-se até mesmo em outras modalidades de manifestação da norma, tais como a “proibição do retrocesso ambiental” (ADI nº 4.717/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 14.02.2019) e a “proibição do retrocesso eleitoral” (Medida Cautelar na ADI nº 4.543/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 01.03.2012).

I call on the Supreme Federal Court to not apply the mentioned doctrine in the case and decide in line with existing international Indigenous Peoples' Rights standards. I am very concerned by the adoption on 30 May by the Brazilian Chamber of Deputies of Bill 490/07 that, if approved by the Senate, would legally apply the "Temporal Framework" doctrine. If the 'Marco Temporal' thesis is approved, all indigenous lands, regardless of their status and region, will be evaluated according to the thesis, putting all 1393 Indigenous Lands under direct threat. It is particularly worrying that Bill 490/07 explicitly indicates that its regulation would be applicable to all these pending cases, exacerbating the situation by further prolonging or potentially obstructing the demarcation process, and exposing Indigenous Peoples to conflicts, mining-related contamination, escalating violence and threats of their social and cultural rights.

The adoption of 'Marco Temporal' is contrary to international standards. I hope that the Supreme Federal Court's decision will be in line with applicable international human rights standards and that it will provide the greatest possible protection for the Indigenous Peoples of Brazil. The ruling needs to ensure historical reparations for Indigenous Peoples and to avoid perpetuating further injustice. I call upon the Brazilian Senate to reject the pending bill. I urge the Government of Brazil to take all measures to protect Indigenous Peoples, their cultures and traditions, in accordance with the Brazilian Federal Constitution and international human rights obligations."⁴⁴

Não obstante isso, é preciso ponderar que algumas questões colocadas parecem derivar de uma leitura apressada do texto do PL, que tem, contudo, alguns dispositivos que realmente podem ser considerados inconstitucionais (por afronta ao art. 231 da CF) ou inconventionais (por violação, entre outros atos, à Convenção nº 169 da OIT). Isso, no entanto, será analisado em tópico apartado.

⁴⁴ UNITED NATIONS. **Media Statement. Brazil:** UM expert concerned about legal doctrine threatening Indigenous People's rights.

2.4.3. Considerações parciais sobre a (in)constitucionalidade da tese do marco temporal

A tese do marco temporal é polêmica, mas é possível afirmar que vem sendo adotada reiteradamente pelo STF desde o Caso Raposa Serra do Sol. Por outro lado, como já registrado acima, isso não significa que o Congresso Nacional seja obrigado a adotá-la (assim como também nada impede que o legislador nela insista, mesmo após eventual decisão contrária do STF no RE pendente de julgamento). É preciso, entretanto, refutar interpretações catastrofistas, como as de que a positivação do marco temporal representaria o desmoronamento do art. 231 da CF ou de que seria “o perdão dos crimes cometidos contra os indígenas”⁴⁵. Ora, se é nesse sentido que o dispositivo constitucional vem sendo interpretado desde 2008, não parece ser absurdo adotar essa leitura na lei que busca regradar o tema.

Não se pode, porém, interpretar o “marco temporal” como uma exigência de que as terras estivessem efetivamente ocupadas em 5.10.1988 **a todo custo**. Nos casos em que ficar comprovado que a região era ocupada pelo modo tradicional indígena **ou** que só não o era em virtude de renitente esbulho, incide o direito **originário** das comunidades indígenas à posse permanente da área. Em outras palavras, tem que haver uma presunção de configuração da terra como indígena, até mesmo por aplicação do princípio da supremacia do interesse público (dado que tais terras são bens públicos): **se a terra era objeto de conflito entre índios e não índios quando da promulgação da CF, deve ser considerada terra indígena e assim demarcada (ato declaratório)**. Se era ocupada e após 1988 foi objeto de esbulho, com mais razão ainda. O “marco temporal” só pode ser considerado compatível com a CF caso se o interprete nesse sentido, não como um “salvo-conduto” para legalizar a ocupação das terras por não índios após 1988.

⁴⁵ “O marco temporal significa dizer que todos os crimes praticados pelo Estado contra os povos indígenas por ação e omissão, não foram crimes; Significa dizer que todas as invasões nos territórios indígenas foram legais; significa dizer que os indígenas foram merecedores da violência, afinal a sociedade brasileira estava fazendo um ‘bem’ a eles, integrando-os ao mundo ‘civilizado’, ou seja, práticas etnocidas” (BRIGHENTHI, Clovis Antonio. Marco temporal e a consagração da violência contra os povos indígenas: uma disputa de memórias. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2023/06/marco-temporal-e-a-consagracao-da-violencia-contra-os-povos-indigenas-uma-disputa-de-memorias/>>. Acesso em: 13 jun.2023). A bem da verdade, nenhum dos pontos citados consta do PL em análise.

Por outro lado, o “marco temporal”, dependendo de como for interpretado, pode proteger as terras, porque não se precisa provar a atualidade da ocupação no momento da demarcação, mas que estavam ocupadas na promulgação. Em outras palavras, a adoção do marco temporal pode ser uma faca de dois gumes: ao mesmo tempo em que pode deixar de proteger terras que não estavam ocupadas em 1988, também pode ser lido como uma automática deslegitimação de qualquer ocupação em terras reconhecidamente indígenas (ainda que não demarcadas) após 5 de outubro de 1988.

De outra parte, é preciso anotar que, depois do Caso Raposa Serra do Sol, praticamente não houve mais demarcação. Difícil, porém, dizer o quanto isso decorreu da aplicação da tese do marco temporal, ou de questões políticas outras (vale lembrar que o ex-Presidente Jair Bolsonaro explicitamente afirmou que não assinaria qualquer demarcação de terras indígenas⁴⁶, praticamente ignorando o teor do mandamento contido no art. 231 da CF).

É preciso ter extremo cuidado ao enfrentar a espinhosa questão de definir um limite temporal para o reconhecimento das terras indígenas. Se se recua demais no tempo, até mesmo áreas como Copacabana e o Aeroporto de Cumbica (Guarulhos) seriam reconhecidos como terras indígenas; se se avança demais, corre-se o risco de legitimar o escamoteamento gradativo e “não violento” das comunidades indígenas por atividades de garimpo, extração ilegal de madeira, etc.; se não se fixa marco algum, o risco é se cair num casuísmo, em detrimento da segurança jurídica.

Outras questões, aliás, passam ao largo da tese do marco temporal propriamente dita. A temática da indenização pelas benfeitorias de boa-fé, por exemplo, pode ser um dos pontos mais sensíveis da legislação, por ter a potencialidade de até mesmo estimular a invasão de terras indígenas por não índios, como adiante se comentará.

⁴⁶ “Enquanto eu for presidente não tem demarcação de terra indígena”. AGÊNCIA BRASIL. **Bolsonaro diz que não fará demarcação de terras indígenas**. 16.8.2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-08/bolsonaro-diz-que-nao-fara-demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em: 13 jun.2023.

2.5. OUTRAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES SOBRE O REGIME JURÍDICO DAS TERRAS INDÍGENAS

2.5.1. Usufruto exclusivo das riquezas do solo e questões conexas

Nos termos constitucionais, “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (art. 231, § 2º). Os usufrutuários, isto é, os titulares do direito de usufruto exclusivo das riquezas do solo são as comunidades que de forma tradicional ocupam essas porções territoriais. Trata-se de um direito coletivo, e não individual de cada indígena⁴⁷.

Segundo o texto aprovado na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias da ANC, o usufruto abrangia as riquezas do **solo e do subsolo**. Todavia, já em Plenário, essa referência ao subsolo foi extirpada, na linha de reconhecer que são propriedade da União “os recursos minerais, inclusive do subsolo” (CF, art. 20, IX).

De toda forma, para excepcionar – em caso de relevante interesse coletivo – a exclusividade desse usufruto das riquezas do solo pelas comunidades indígenas, exige-se lei complementar (art. 231, § 6º).

2.5.2. Mineração em terras indígenas

A possibilidade de mineração em terras indígenas foi amplamente discutida na Constituinte, em especial durante os trabalhos da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Os representantes das comunidades indígenas posicionaram-se contra essa possibilidade, mas ela acabou sendo permitida, em virtude do fato de os recursos do subsolo serem atribuídos à União.

No texto promulgado, permitiu-se a mineração em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, desde que assegurada a participação das comunidades indígenas no resultado da lavra, e mediante autorização prévia do Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo (CF, art. 231, § 3º, c/c

⁴⁷ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Op. Cit.**

art. 49, XVI). O mesmo regime jurídico foi aplicado ao aproveitamento de recursos hídricos, sempre assegurada, em ambas as situações, serem ouvidas as comunidades afetadas.

No julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” (Pet nº 3.388/RR), o STF reafirmou que o critério de ser ouvida a comunidade não significa que elas possam poder de veto sobre a atividade minerária ou de aproveitamento de recursos hídricos⁴⁸. Com efeito, é nesse sentido que deve ser interpretada a cláusula “ouvidas as comunidades afetadas”, até mesmo por pertencerem à União os recursos minerais. Essa interpretação parece atender também ao número 2 do art. 15 da Convenção nº 169 da OIT⁴⁹.

2.5.3. Garimpo em terras indígenas

No texto aprovado na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, permitia-se expressamente a “cata, faiscação e garimpagem em suas terras” (Anteprojeto da Comissão de Sistematização, Fase “I”, art. 11, § 3º). Ao longo da tramitação em Plenário, contudo, essa previsão foi suprimida.

No julgamento da Pet 3.388/RR, ficou decidido que “o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira”.

De toda forma, restou vedada toda e qualquer forma de garimpo por não índios, tanto que o art. 231, § 7º, define não se aplicarem às terras indígenas as regras sobre lavra garimpeira (por estranhos à comunidade indígena, entenda-se).

⁴⁸ Importante perceber, aqui, a alteração que foi feita em relação ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão (“Fase A”), o qual dispunha que “Exigir-se-á a **autorização das populações indígenas envolvidas** e a aprovação do Congresso Nacional, caso a caso, para o início de pesquisa, lavra ou exploração de minérios nas terras por elas” (art. 11, § 3º, grifamos). Esse texto foi mantido no Anteprojeto da Subcomissão (art. 11, § 6º); no Anteprojeto da Comissão de Ordem Social (art. 103, § 1º, Fase “H”);

⁴⁹ “Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.”

2.5.4. Uso e trânsito por parte de não índios

O usufruto exclusivo das riquezas, assim como a posse permanente da terra, não impedem, *ipso facto*, a entrada de não índios nas terras indígenas, desde que verificada alguma exceção constitucionalmente assegurada. Com efeito,

“A posse permanente indígena não impede o trânsito de pessoas estranhas à comunidade e a interrelação delas com os índios, inclusive no plano econômico e comercial, desde que tais situações sejam desejadas e permitidas pelos índios”⁵⁰.

Essa tese foi adotada pelo STF no Caso Raposa Serra do Sol, *in verbis*:

A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.⁵¹

No Embargos de Declaração, restou confirmado que:

“O objetivo da Constituição é resguardar aos índios um espaço exclusivo onde possam manter e viver as suas tradições – o que, na grande maioria dos casos, não exige a interdição absoluta de qualquer contato com pessoas de fora da terra indígena. Por isso mesmo, a presença de não-índios nas áreas demarcadas não é proibida sempre e em todos os casos.

(...)

No entanto, nem por isso se deve supor – incidindo no equívoco oposto – que a Constituição tenha o papel de proteger os índios contra suas próprias escolhas, transformando o direito de preservarem sua cultura em um dever de isolamento

⁵⁰ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Op. Cit.**, p. 2414.

⁵¹ STF, Pleno, Pet nº 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto.

incondicional. Nessa matéria, o maior erro é imaginar que caberia a alguém, senão aos próprios índios, decidir sobre o seu presente e o seu futuro – o que ocorre tanto pela imposição de valores externos quanto pela proibição de contato com outros modos de vida. Por certo, a ideia não é assimilar ou aculturar os índios, mas tampouco se pode impedir que eles mesmos decidam entrar em contato com outros grupos humanos e ideias.”⁵².

3 DISCUSSÃO SOBRE A (IN)CONVENCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL

Em complementação ao texto constitucional, o art. 14 da Convenção nº 169 da OIT, tratado com hierarquia suprallegal, apesar de infraconstitucional (CF, art. 5º, § 2º)⁵³, dispõe que:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Ainda em relação à tese central do marco temporal, resta saber se o PL atende ao requisito de “adotar medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam” (art. 14, 2). De toda forma, é importante que, mesmo se adotado algum corte cronológico, não sejam deixadas de fora as chamadas terras de perambulação (“terras que não estejam

⁵² STF, Pleno, Pet nº 3.388/RR-ED, Relator Ministro Roberto Barroso.

⁵³ Cf. STF, Pleno, Recurso Extraordinário (RE) nº 349703, Redator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJe de 05.06.2009.

exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência”), até porque, reiterese, a ideia de posse tradicional indígena não segue os mesmos paradigmas da posse “comum”, seguindo ideias como ancestralidade e acesso, por exemplo.

Vale lembrar que o Brasil já foi condenado, no plano da jurisdição internacional, por não assegurar de forma efetiva que os índios Xucuru exercessem a posse das terras indígenas já demarcadas. Nesse contexto, além de assegurar juridicamente a posse das terras, é preciso adotar medidas que efetivem esse direito, como a desintrusão de não índios e a proteção (até mesmo no sentido físico) dos membros da comunidade, como já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado; 2) a posse tradicional confere aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) **os membros dos povos indígenas que, por causas alheias a sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre elas, apesar da falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé;** 4) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; 5) **os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros de boa-fé, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade;** 6) o Estado deve garantir a propriedade efetiva dos povos indígenas e abster-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que ajam com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território; 7) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas de controlar efetivamente seu território, e dele ser proprietários, sem nenhum tipo de interferência externa de terceiros; e 8) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas ao controle e uso de seu território e recursos naturais.

(...) em atenção ao princípio de segurança jurídica, é necessário materializar os direitos territoriais dos povos indígenas mediante a adoção de medidas legislativas e administrativas para criar um mecanismo efetivo de

delimitação, demarcação e titulação, que reconheça esses direitos na prática (Cf. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua, par. 164; e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, par. 133). **Um reconhecimento meramente abstrato ou jurídico das terras, territórios ou recursos indígenas carece de sentido caso não se estabeleça, delimite e demarque fisicamente a propriedade. Ao mesmo tempo, essa demarcação e titulação deve se traduzir no efetivo uso e gozo pacífico da propriedade coletiva.**

(...)

A desintrusão não só implica a retirada de terceiros de boa-fé ou de pessoas que ocupem ilegalmente os territórios demarcados e titulados, mas a garantia de sua posse pacífica, e que os bens titulados careçam de vícios ocultos, isto é, que sejam livres de obrigações ou gravames em benefício de terceiras pessoas.

(...)

Também é importante destacar que a titulação de um território indígena no Brasil reveste caráter declaratório, e não constitutivo, do direito. Esse ato facilita a proteção do território e, por conseguinte, constitui etapa importante de garantia do direito à propriedade coletiva. Nas palavras do perito proposto pelo Estado, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, “quando uma terra é ocupada por um povo indígena, o Poder Público tem a obrigação de protegê-la, fazer respeitar seus bens e demarcá-la [...] Isso quer dizer que a terra não necessita estar demarcada para ser protegida, mas que ela deve ser demarcada como obrigação do Estado brasileiro. A demarcação é direito e garantia do próprio povo que a ocupa tradicionalmente”. **A demarcação, portanto, seria um ato de proteção, e não de criação do direito de propriedade coletiva no Brasil, o qual é considerado originário dos povos indígenas e tribais.**

(...) não basta que a norma consagre processos destinados à titulação, delimitação, demarcação e desintrusão de territórios indígenas ou ancestrais, mas que esses processos tenham efetividade prática.⁵⁴

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil.** Sentença de 5 de fevereiro de 2018 (original sem grifos).

Nessa seara, faz-se indispensável atentar ao que dispõe a Convenção nº 169 da OIT, *in verbis*:

Artigo 17

(...)

3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes.

Artigo 18

A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.

O mesmo normativo dispõe detalhadamente sobre o acesso de não índios às terras indígenas, em disposição que (reitere-se) também deve ser abarcada pelo PL:

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

(...)

Finalmente, acerca do sempre polêmico tema da mineração em terras indígenas, aplica-se o já citado artigo 15 da Convenção, que dispõe:

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Todos esses mandamentos devem ser levados em conta pelo legislador brasileiro, quando da elaboração da lei ordinária que regulamenta o art. 231 da CF, sob pena de a legislação elaborada em desacordo com esses normativos ser inválida, por inconvenção⁵⁵.

4 COMENTÁRIOS AOS PRINCIPAIS DISPOSITIVOS DO PL

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 lei – 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

⁵⁵ Sobre o controle de convencionalidade, cf. STF, 2ª Turma, Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 860979-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 6.5.2015.

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 é um dos pontos mais polêmicos da proposição, pois 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)⁵⁶. A discussão sobre a constitucionalidade desse dispositivo já foi trazida anteriormente neste trabalho. Há, porém, outros pontos de atenção: o art. 4º traz uma leitura restritiva das terras indígenas, considerando que são somente terras tradicionalmente ocupadas aquelas que **simultaneamente** atendam aos requisitos de habitação, utilização, imprescindibilidade e necessidade. Esse é o ponto de vista de José Afonso da Silva, mas que aparentemente é minoritário na doutrina.

Por outro lado, os parágrafos do art. 4º podem representar algumas soluções polêmicas. 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 de forma bastante restritiva 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)⁵⁷. Ocorre que essa definição parte de um pressuposto da posse civilista, e não da posse coletiva e tradicional dos índios.

⁵⁶ Também se faz alteração no Estatuto do Índio (art. 32 do PL), no mesmo sentido do art. 4º, modificação essa que, inclusive, parece dispensável, ainda que se considere constitucional a tese do marco temporal.

⁵⁷ Na verdade, é justo dizer que esse dispositivo praticamente repete o que decidido pelo STF: “renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória” (ARE 803.462 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 9-12-2014, 2ª T, DJE de 12-2-2015). Todavia, esse julgado da 2ª Turma dificilmente pode ser considerado como representativo da jurisprudência da Corte, para essa finalidade.

Na verdade, qualquer ato de irrisignação da comunidade indígena já deveria servir para considerar o bem litigioso. Não se pode esquecer, ainda, os casos de retirada forçada das comunidades indígenas, por conta de obras públicas ou privadas (algo muito comum nas décadas de 70 e 80 do século passado), ou mesmo de migração forçada por circunstâncias de fato como invasão de garimpeiros, destruição do meio ambiente, etc. Consideramos que os §§ 2º a 4º precisariam de emendas para não serem considerados inconstitucionais e inconventionais, ainda que se defenda a validade do marco temporal.

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. Nesse aspecto, o 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.

Talvez o ponto mais problemático da proposição seja o art. 9º (apesar de o art. 4º – o “marco temporal” em sentido estrito – ter atraído mais atenção midiática). Nele se 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*). Ora, uma norma desse tipo praticamente impede que os indígenas exerçam sua posse – **originária**, nos termos da CF – até concluído o processo demarcatório. Perceba-se que o dispositivo nem sequer limita a proteção do *caput* aos possuidores de boa-fé: todo aquele que estiver em terra indígena ainda não demarcada não pode ser incomodado, até ser concluído o processo de

demarcação: essa disposição, além de obviamente estimular a invasão de terras indígenas ainda não demarcadas, vai em sentido contrário a toda a doutrina e jurisprudência, ao próprio texto da CF e aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por simplesmente transformar um ato declaratório (demarcação) em ato constitutivo.

Mais ainda: o § 1º afirma que se consideram de boa-fé “as benfeitorias realizadas pelos ocupantes até que seja concluído o procedimento demarcatório”. Mais uma vez, a disposição terminaria por estimular – e até legitimar – a invasão de terras indígenas ainda não demarcadas, sendo que, repita-se, a demarcação tem natureza declaratória, e não constitutiva. O dispositivo, aliás, vai em sentido contrário a toda a lógica do sistema jurídico, que considera má-fé a ocupação de bem cuja litigiosidade se conhece: ora, se já iniciado o processo demarcatório (ainda que longe de ser concluído, portanto), ou mesmo antes disso, se é conhecida a ocupação pelo modo tradicional indígena, não se pode jamais considerar de boa-fé qualquer ato de assenhoramento de terra nessa região.

Aliás, a CF é clara ao prever a indenização pelas benfeitorias de boa-fé como exceção, não como regra (art. 231, § 6º). Não à toa, na Pet nº 3.388/RR restou decidido que “as ocupações e domínios **anteriores à demarcação**, como consignado pelo Ministro Menezes Direito em seu voto-vista, **não prevalecem sobre o direito do índio à demarcação de suas terras**, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal”⁵⁸.

Dito de outra forma, o art. 9º do PL pode ser considerado inconstitucional, por ampliar em demasia o conceito de benfeitoria de boa-fé. Ora, as benfeitorias realizadas após a instauração do processo de demarcação – ao qual o PL confere ampla publicidade e acessibilidade (art. 4º, §§ 5º e 6º) – não podem ser consideradas de boa-fé, ou pelo menos, não se pode ter a presunção de boa-fé nesses casos. Melhor seria que a redação do § 1º do art. 6º fosse alterada para “consideram-se de boa-fé as benfeitorias realizadas pelos ocupantes até que seja iniciado o procedimento demarcatório, desde que se prove não haver conhecimento da ocupação indígena tradicional na área”.

⁵⁸ STF, Pleno, Pet nº 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto.

Ainda em relação ao art. 9º, o *caput* pode ter a constitucionalidade questionada, em face do art. 231, § 6º, da CF, o qual considera nulos quaisquer atos de atribuição de propriedade particular em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Quem ocupa terra tradicionalmente ocupada não pode ter a boa-fé presumida, nem pode ter mais proteção do que a própria comunidade indígena. Vale lembrar que o próprio PL trata das terras tradicionalmente ocupadas como aquelas sobre as quais não há conflito possessório pós-1988: permitir que os ocupantes não indígenas nessas áreas tenham presunção de boa-fé das benfeitorias e não possam sofrer qualquer limitação na posse vai em sentido contrário ao que dispõe o art. 231 da CF.

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. Ocorre que essa regra, embora justificável, parece estar em confronto com o citado § 6º do art. 231 da CF, que dispõe serem “**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, (...) **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” (grifamos). Ora, o art. 11 contraria esse dispositivo constitucional, prevendo justamente a indenização que a CF nega poder existir. Pode-se até considerar injusta essa disposição, mas foi a decisão do poder constituinte originário, juridicamente ilimitado, e que apenas repete norma que remonta a 1969. Demais disso, não se pode esquecer que, antes de 1988, muitos Estados da Federação chegaram a emitir títulos de posse ou propriedade incidentes sobre terras indígenas de forma fraudulenta ou temerária, como nos casos julgados pelo STF em relação a Minas Gerais e a Mato Grosso. Não se pode nominar tais situações como “justo título” ou “erro do Estado”.

Parece-nos que a única forma de compatibilizar o art. 11 do PL com o art. 231, § 6º, da CF, seria prever que, em relação aos atos de titulação praticados **após a promulgação da Constituição** e incidentes sobre terra

indígena poderia haver indenização **se comprovada pelo ocupante a boa-fé**. Ainda assim, seria uma interpretação constitucional bastante ousada.

A polêmica ronda também os arts. 13, 14 e 15 do PL, os quais 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. 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; porém, em julgado de 2012, já citado, a Corte admitiu a ampliação de terra indígena já demarcada, desde que haja “comprovação de que o espaço geográfico objeto de eventual ampliação constituía terra tradicionalmente ocupada pelos índios **quando da promulgação da Constituição de 1988**”⁵⁹. Poderia haver emenda nesse sentido para aperfeiçoar a redação do dispositivo (partindo-se do pressuposto de se considerar constitucional o marco temporal em si).

O art. 15, por si só, não seria problemático, uma vez que atos administrativos que não sigam a lei são ilegais e, portanto, nulos. Porém, a interpretação conjunta do dispositivo com o art. 14 pode levar à interpretação de que a nulidade poderia ser aplicada a processos de demarcação findos (interpretação que parece exagerada) ou pelos menos àqueles em andamento, mesmo que em fase final (aqui, sim, um risco real). Como o art. 15 é, em si, dispensável, poderia ser suprimido do PL.

Já o art. 14 precisa realmente ser reformulado. Sua aplicação literal viria a simplesmente invalidar todos os processos administrativos de demarcação em curso, ainda que há décadas, sob o pretexto de os adaptar às disposições da nova Lei. Ocorre que essa disposição, além de inconstitucional e inconveniente por agravar a situação já caótica de omissão federal em demarcar as terras indígenas, ainda viola o princípio constitucional da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput* e XXXVI), uma vez que, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça,

⁵⁹ STF, Pleno, ACO nº 312/BA, redator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJe de 21.03.2013 (original sem grifos).

a lei processual nova tem aplicação imediata aos processos em desenvolvimento, resguardando-se, contudo, a eficácia dos atos processuais já realizados na forma da legislação anterior, bem como as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.⁶⁰

Nesse sentido, a redação do art. 14 precisaria ser alterada para “Aplica-se o disposto nesta Lei aos atos praticados a partir de sua vigência, ainda que em processos de demarcação iniciados anteriormente”.

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). Embora seja bastante sensível a temática, tal norma poderia ter a constitucionalidade questionada se incidisse sobre as terras tradicionalmente ocupadas; como se aplica às terras reservadas, parece-nos não haver aqui problemas de validade.

Quanto ao art. 18, que 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”, o que parece bastante lógico.

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). Há um ponto de atenção no art. 20, parágrafo único, que dispensa até

⁶⁰ STJ, 3ª Turma, Recurso Especial (REsp) nº 1.666.321/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 13.11.2017.

mesmo a consulta às comunidades indígenas 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 dispositivo praticamente repete a condicionante “e” fixada pelo STF no caso Raposa Serra do Sol⁶¹. Porém, parece-nos formalmente inconstitucional, pois ao menos algumas dessas previsões exigiriam lei complementar (art. 231, § 6º), e não ordinária. Além disso, a dispensa da consulta às comunidades é inconveniente, por afronta ao art. 6º da Convenção nº 169 da OIT. Por fim, o texto também é materialmente inconstitucional, na parte relativa à exploração de recursos hídricos e à mineração (ainda que de natureza estratégica), pois o art. 231, § 3º, prevê que tais explorações “só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, **ouvidas as comunidades afetadas**”. Não se trata de exigir concordância das comunidades⁶², mas de ouvi-las no processo, algo que não pode ser alijado pela legislação infraconstitucional.

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, além de se repetir *ipsis litteris* a condicionante “f” do Caso Raposa Serra do Sol⁶³, faz-se uma ponderação necessária entre o art. 231 e a necessidade de resguardo da segurança pública e da soberania nacional, de modo que o dispositivo nos parece compatível com a CF. Na mesma toada vão

⁶¹ “o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; 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 igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI)”.

⁶² “a relevância da consulta às comunidades indígenas “não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade” (Pet nº 3.388/RR, trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes). “Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios” (Pet nº 3388-ED)

⁶³ “a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI”.

os arts. 22 (replica a condicionante “g”⁶⁴) e 23 (replica as condicionantes “h”, “i” e “j”⁶⁵).

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). Nos termos do que já se comentou, o acesso de não índios nas hipóteses tratadas no PL parece adequado e proporcional, amoldando-se, ainda, às condicionantes “l”, “m” e “n” fixadas no caso Raposa Serra do Sol⁶⁶.

O art. 26 também pode ser objeto de dúvidas quanto à sua constitucionalidade. Explica-se. O dispositivo permite o exercício de atividades econômicas em terras indígenas, desde que pela própria comunidade, **admitidas a cooperação e a contratação de terceiros não indígenas** (*caput*). Nesse aspecto, a norma é adequada – até porque a exploração econômica das terras indígenas por não índios (respeitada a vontade e a

⁶⁴ “o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação”.

⁶⁵ “o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade”.

⁶⁶ “admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação”.

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”. Válida também a cautela do § 1º, que proíbe o arrendamento ou assemelhados.

A questão mais delicada reside no § 2º, que permite “a celebração de contratos que visem à cooperação entre indígenas e não indígenas para a realização de atividades econômicas, inclusive agrossilvipastoris”, desde que os frutos sejam destinados a toda a comunidade, a posse da comunidade seja mantida (ainda que haja atuação conjunta de não índios) e que os contratos sejam pela comunidade aprovados, além de registrados na Funai. A questão é que o citado parágrafo pode ser lido como uma forma de “flexibilizar” a posse permanente das comunidades indígenas – o que é vedado, ainda que haja anuência delas, pois as terras indígenas “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (CF, art. 231, § 4º). Sobre as atividades agrossilvipastoris, aparentemente sua autorização – se contar com a colaboração de não indígenas – contraria a condicionante “p” do caso Raposa Serra do Sol, a qual veda “a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade **agropecuária** ou extrativista” (grifamos). Na mesma toada, o art. 27 permite o turismo em terras indígenas – algo defendido pela doutrina⁶⁷ –, vedada a “caça, pesca, extrativismo ou coleta de frutos, salvo se relacionada ao turismo organizado pelos próprios indígenas, respeitada a legislação específica” (parágrafo único), o que traz uma ressalva não prevista na citada condicionante “p” (porém bastante justificável, diga-se de passagem).

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.

⁶⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Op. Cit.**, p. 2414, que cita inclusive o exemplo da “Terra Indígena de Coroa Vermelha, na Bahia, ponto turístico visitado por muitas pessoas e onde há um centro comercial indígena”.

Nas disposições transitórias e finais, um dispositivo que tem passado despercebido dos comentários é o art. 30, que altera a lei dos organismos geneticamente modificados (OGM), permitindo sua utilização em terras indígenas não qualificadas como unidades de conservação ambiental. Não temos condições de opinar sobre o mérito dessa alteração, contudo, podendo para tanto ser ouvida a área técnica competente da Consultoria Legislativa.

Por fim, quanto à cláusula de vigência (imediata) – art. 33 –, consideramos que deveria ser estipulado um prazo de *vacatio legis*, pois a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, dispõe ser “reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão”, o que definitivamente não é o caso. Na verdade, “a definição de um prazo adequado de *vacatio legis* é mesmo medida de conformidade legística e de segurança jurídica, permitindo à sociedade conhecer a lei e a ela se adaptar”⁶⁸. Mereceria emenda o art. 33 para estipular um prazo de vacância da lei compatível com sua importância e complexidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo de todo o exposto até aqui, pode-se afirmar que:

- a) o Legislativo não está obrigado a seguir a jurisprudência do STF sobre o tema das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, mas, embora o caso Raposa Serra do Sol não tenha efeito vinculante, suas condicionantes devem ser levadas em consideração na feitura da legislação (para serem positivadas ou não), sendo certo que a Corte está neste momento rediscutindo a questão do chamado “marco temporal”;
- b) à luz do texto constitucional, dos debates da Constituinte e da jurisprudência do STF, a tese do marco temporal – que limita as terras indígenas àquelas ocupadas quando da promulgação da CF – possui defensores e detratores, mas é a posição atual da Corte Suprema, confirmada em julgados de 2012 e de 2014, e o PL

⁶⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Processo Legislativo Constitucional. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 180. No mesmo sentido: FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de Direito Legislativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 172.

nº 2.903, de 2023, a positiva (sendo objeto de discussão, portanto, quanto à constitucionalidade);

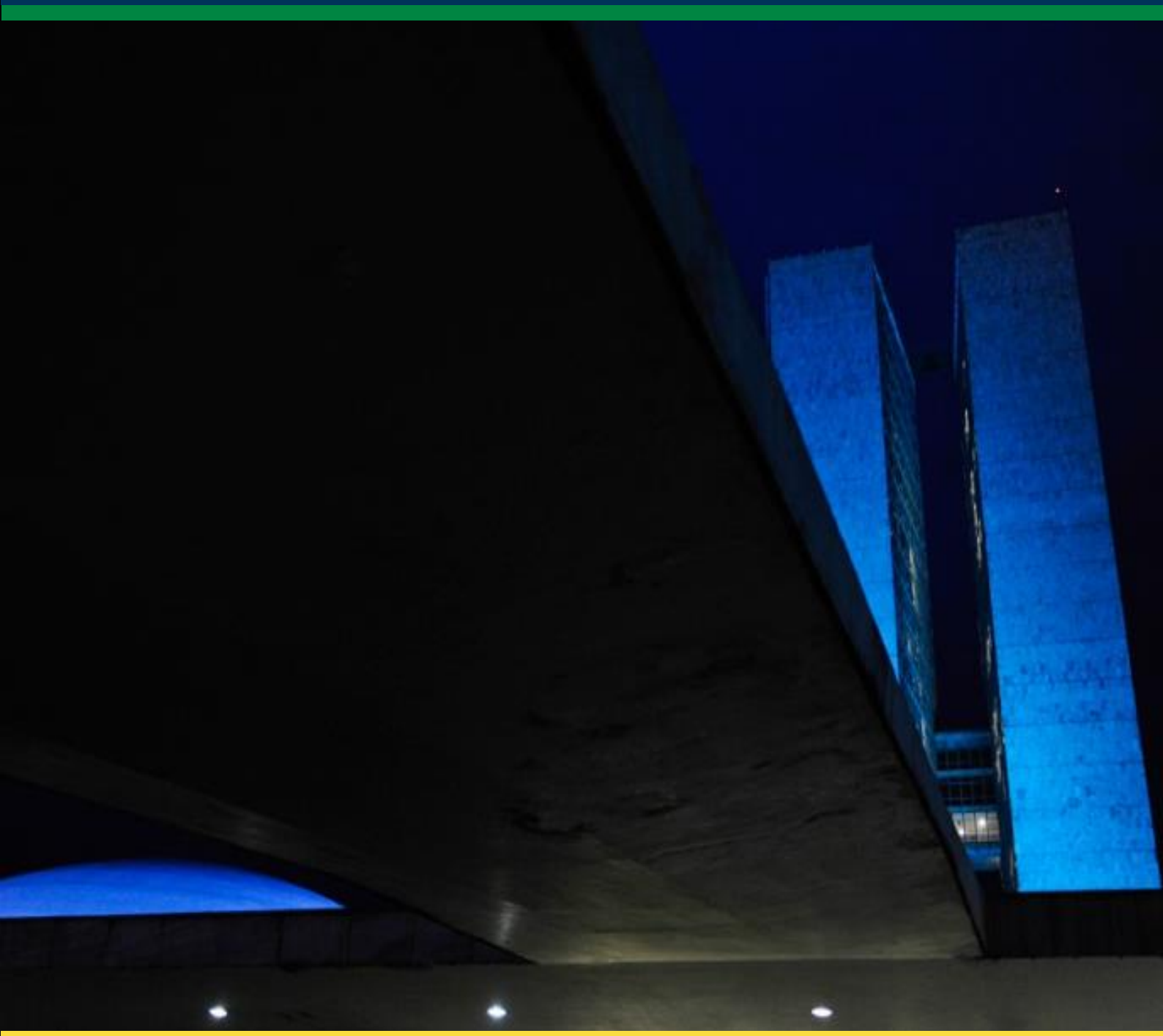
- c) os debates na Constituinte e a evolução dos dispositivos que originaram os arts. 231 da CF e 67 e 68 do ADCT dão a entender que a intenção do constituinte originário era mesmo que fossem demarcadas as terras que estavam ocupadas em 1988 – e, embora esse elemento não vincule a interpretação da norma constitucional na atualidade, deve ser levado em consideração;
- d) a lei ordinária deve respeitar os ditames dos tratados internacionais de hierarquia supralegal, em especial, no caso, a Convenção nº 169 da OIT, ainda mais porque o Brasil foi condenado, em 2018, justamente por não efetivar a propriedade coletiva das terras indígenas do povo Xucuru (*Caso Xucuru vs. Brasil*);
- e) adotando-se (ou não) a tese do marco temporal, há outras questões até mais polêmicas no PL sob análise, que, por um lado, frequentemente positiva as condicionantes fixadas pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, mas, em outros aspectos, vai além, de forma cuja constitucionalidade pode ser questionada;
- f) os pontos mais polêmicos do PL (além da tese do marco temporal em si, prevista no art. 4º, *caput*) são:
 - art. 4º (§§ 2º a 4º), que afastam a caracterização de terra indígena das áreas não ocupadas em 5 de outubro de 1988, excetuando apenas os casos de esbulho renitente, ignorando outras formas de retirada forçada de indígenas de suas terras;
 - art. 9º, que pode estimular invasões de terras indígenas, por considerar de boa-fé toda e qualquer benfeitoria realizada até a **conclusão** do processo de demarcação (o qual muitas vezes dura décadas), e aparentemente inverte a regra e a exceção trazidas pelo § 6º do art. 231 da CF;
 - art. 11, que prevê a indenização de qualquer proprietário ou possuidor em terra indígena que possua justo título, mesmo em face do art. 231, § 6º, da CF, que estipula serem nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessa espécie de terra, sem direito a indenização;
 - art. 14, que determina a aplicação das novas regras aos processos de demarcação em andamento, mesmo que em estágio avançado,

o que pode levar a questionamentos quanto à segurança jurídica e à proteção do ato jurídico perfeito, além de ampliar a dívida da União com o processo de demarcação das terras indígenas;

- art. 20, que trata de algumas matérias que se pode considerar necessitarem de lei complementar, além de poder ser interpretado no sentido de dispensar a consulta às comunidades indígenas para a exploração de recursos hídricos ou de riquezas minerais, o que violaria o art. 231, § 3º, da CF, e o art. 6º da Convenção nº 169 da OIT;
- art. 26, cujo § 2º permite a realização de atividades agrossilvipastoris pelas comunidades em conjunto com não índios, algo vedado pelo STF na condicionante “p” do caso Raposa Serra do Sol;
- art. 30, que permite a utilização de OGM em terras indígenas que não forem qualificadas como unidades de conservação;
- art. 33, que prevê a vigência imediata da norma, sem qualquer período de adaptação ou de *vacatio legis*.

Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.



Núcleo de Estudos
e Pesquisas

Consultoria
Legislativa

SENADO
FEDERAL



ISSN 1983-0645