



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

PARECER N° , DE 2024

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 48, de 2023, do Senador Dr. Hiran e outros, que *altera o § 1º do art. 231 da Constituição Federal para definir marco temporal de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.*

Relator: Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

I – RELATÓRIO

Vem a esta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), para análise quanto à admissibilidade e ao mérito, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 48, de 2023. Tendo como primeiro signatário o Senador Dr. Hiran, a Proposta visa a alterar o § 1º do art. 231 da Constituição Federal (CF), a fim de estabelecer como marco temporal para o reconhecimento da ocupação tradicional indígena a data de promulgação da Constituição, ou seja, 5 de outubro de 1988.

Até o momento, não foram apresentadas emendas.

II – ANÁLISE

Diante da complexidade enorme do tema, tanto do ponto de vista jurídico, quanto político, econômico e social, peço licença aos membros deste Colegiado para fazer uma breve contextualização histórica sobre o quadro que levou os Senadores e as Senadoras a apresentarem esta PEC. Logo em seguida, passo a opinar sobre a admissibilidade e o mérito da proposição, nos termos do art. 354 e seguintes do nosso Regimento.



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

II.1. Contextualização histórica e jurídica do tema

Sem recuar tanto no tempo, a ponto de precisar analisar a legislação aplicável no período colonial, percebe-se que, embora já na Primeira República a questão das terras indígenas se coloque, foi apenas a Constituição de 1934 que tratou diretamente do tema, em seu famoso art. 129, o qual dispunha: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas **que nelas se achem permanentemente localizados**, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

A mesma dicção, praticamente, foi repetida no art. 154 da Constituição de 1937: “Será respeitada aos silvícolas **a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente**, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”

Também sem alterações de relevo, o art. 216 da Constituição de 1946 dispôs que: “Será respeitada aos silvícolas **a posse das terras onde se achem permanentemente localizados**, com a condição de não a transferirem.”

A Constituição de 1967 inovou parcialmente, ao prever o usufruto exclusivo das comunidades indígenas em relação aos recursos naturais, dispondo que “É assegurada aos silvícolas **a posse permanente das terras que habitam** e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (art. 186). Já a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, inovou mais substancialmente no tema, trazendo pela vez primeira a previsão da nulidade dos atos de ocupação não índia em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

“**Art. 198.** As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 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.”



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

Sempre, porém, como se vê, foi prevista uma norma de natureza declaratória, **reconhecendo** aos índios as terras que **naquele momento ocupavam**.

Durante a Constituinte de 1987-1988, houve sobre o tema das terras indígenas vários debates. Sempre, porém, a questão girou em torno da forma de exploração das terras indígenas e da obrigação da União de demarcar as terras que estavam ocupadas pelos índios. No art. 108 do Anteprojeto da Comissão de Ordem Social (Fase “H” da Constituinte), por exemplo, constava que: “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 (20% 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 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. De qualquer forma, porém, quando dos debates na Constituinte, não havia expectativa de ampliação das terras indígenas, mas de demarcação daquelas já ocupadas naquele momento, como se colhe do texto do art. 67 do ADCT.



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

Foi também por isso que, em 2008, o STF, ao julgar o rumoroso caso da Raposa/Serra do Sol (STF, Pleno, Petição nº 3388/RR) – uma ação popular de autoria do então Senador Mozarildo Cavalcanti – fixou a tese do marco temporal. Essa tese, aliás, não foi firmada à toa: derivou de uma composição entre o Ministro Relator do caso, Ayres Britto, e o Ministro Menezes Direito, a fim de, ao mesmo tempo em que se validava o novo critério (ampliativo) de demarcação das terras indígenas (modelo contínuo, em substituição ao chamado “modelo arquipélago”), também impedir que isso viesse a ampliar em demasia as terras indígenas. Foi nesse contexto que a Corte decidiu que:

“A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

Essa ideia do “marco temporal” foi questionada nos embargos de declaração opostos contra a decisão, e o Plenário do STF, dessa vez sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, validou esse critério.

Depois disso, sabem as senhoras e os senhores o desenrolar do tema. O STF pautou o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365, originário do meu Estado, Santa Catarina, e no qual se opunham a Fundação Nacional do Índio e o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA. O julgamento, contudo, aconteceu quando a Câmara dos Deputados já aprovara o PL nº 490, de 2007, na forma de Substitutivo que positivava a tese do marco temporal, e quando esta CCJ analisava o tema em sede do PL nº 2.903, de 2023. Veio então o STF a alterar sua jurisprudência, firmando a Tese nº 1.031 da Repercussão Geral da Corte – que, reconheça-se, com redação bastante confusa, refutou parcialmente (depois explicarei o porquê de usar esse adjunto adverbial do modo) a tese do marco temporal.

Aprovamos, nós, a CCJ, o relatório impecável do Senador Marcos Rogério, pela constitucionalidade do PL nº 2.903, na forma do Parecer nº 69, de 2023. A matéria foi à sanção presidencial, e o Presidente da República vetou quase a íntegra do Projeto, mas o veto foi rejeitado pelo



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

Congresso Nacional, originando a Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023, que se encontra em pleno vigor.

Em relação a ela, porém, foram ajuizadas diversas ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF. Até o momento, aguardam decisão da Corte os seguintes feitos:

- a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7.583 (de autoria do Partido dos Trabalhadores, do Partido Comunista do Brasil e do Partido Verde;
- b) ADI nº 7.586, de autoria do Partido Democrático Trabalhista;
- c) ADI nº 7.582, de autoria da Rede Sustentabilidade, do Partido Socialismo e Liberdade e da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil; e
- d) Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 87, de autoria do Partido Liberal, do Republicanos e do meu partido, Progressistas.

Todo esse contexto ajuda a explicar a iniciativa do Senador Dr. Hiran, encampada por outros Senadores, para tentar positivar na própria Constituição a tese do marco temporal, pondo fim, em nível constitucional, à controvérsia que tanta insegurança jurídica tem gerado.

II.2. Admissibilidade

Fiz questão de trazer essa longa, porém relevante, contextualização, porque só a partir dela se pode discutir tecnicamente a admissibilidade desta PEC.

Em primeiro lugar, registro que, ainda que estivéssemos a tratar de um projeto de lei ordinária, eventual decisão do STF em sentido contrário ao tema não seria impeditivo à aprovação da matéria (cito, apenas a título de exemplo, porque em verdade são centenas de casos, a ADI nº 5.105, de relatoria do Ministro Luiz Fux). Isso porque o legislador não está vinculado a seguir eventual entendimento da Corte Suprema, por interpretação que o próprio STF confere ao § 2º do art. 102 da CF. Aliás, numa democracia, não há última palavra, já que todos os temas podem ser revisitados, tanto assim,



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

que já é de há muito estudado o fenômeno do efeito *backlash* (ou efeito revanche), por meio do qual setores da sociedade (re)voltam-se contra decisões judiciais, inclusive buscando meios de superá-las (cf. FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 23).

Em se tratando de uma PEC, menos ainda estamos vinculados a qualquer entendimento do STF. Ao exercer essa prerrogativa de emendar a Constituição, o Congresso Nacional age como verdadeiro poder constituinte (chamado pela doutrina de “poder constituinte derivado reformador”), de modo que suas únicas limitações são as de ordem circunstancial (art. 60, § 1º), formal (art. 60, *caput* e §§ 2º, 3º e 5º) e o respeito às chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º).

Ora, o País não se encontra em estado de defesa nem de sítio, nem está em vigor uma intervenção federal, de modo que não incide qualquer das limitações circunstanciais citadas no art. 60, § 1º.

Quanto aos limites formais, a iniciativa foi exercida por 1/3 dos membros do Senado Federal (art. 60, I), e a PEC seguiu, até aqui, toda a tramitação constitucionalmente estabelecida.

Finalmente, em relação às cláusulas pétreas, a PEC em questão não afeta o núcleo essencial da forma federativa de Estado, nem do voto direto, secreto, universal e periódico, nem da separação de poderes, nem muito menos dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º). Vale lembrar, a propósito, que o próprio STF já registrou que tais limitações materiais ao poder de emenda devem sofrer leitura restritiva, só sendo ilícita uma reforma constitucional quando restringir o núcleo essencial dessas normas “superprotegidas” (cf. STF, Pleno, Agravo Regimental na ADI nº 2.024/DF). Além disso, ao efetivar a previsibilidade e a preservação das relações jurídicas, a PEC na verdade reforça um direito individual previsto no art. 5º, *caput* e inciso XXXVI, da Constituição Federal (a segurança jurídica, especialmente em seu aspecto do princípio da não surpresa). De mais a mais, apenas se está restaurando a interpretação que foi fixada pelo STF em 2008, e que vigorou até 2023, de modo que não se pode aqui falar, em absoluto, em tendência de abolir qualquer cláusula pétrea.

Dessa forma, a PEC sob análise deve ser admitida, pois que respeita todos os limites estabelecidos pelo constituinte originário ao



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

constituente derivado. Todo o resto é discussão de mérito, de política legislativa, sobre o que passo a me debruçar.

II.3. Mérito

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 reconhecidas 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.

Nesse sentido, é perfeitamente compreensível a iniciativa do Senador Dr. Hiran e de outros colegas de Senado, a fim de positivar na própria Constituição a tese de que uma terra só pode ser considerada como tradicionalmente ocupada pelos índios se já o estivesse em 5 de outubro de 1988. Dessa forma, não se está a impedir que novas demarcações sejam feitas, desde que se comprove que a ocupação da terra já ocorria pelo modo tradicional indígena em 5 de outubro de 1988.

Aliás, o próprio STF, ao fixar a tese no Tema nº 1.031 da Repercussão Geral, implicitamente admitiu a influência do momento da ocupação, para fins de indenização. Confira-se:

“IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho **contemporâneo à promulgação da Constituição Federal**, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88; V – **Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição**, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, **cabará a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do**



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF; VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, **ressalvados os casos judicializados e em andamento**” (grifei).

Como se nota, embora oficialmente tenha refutado a tese do marco temporal, na verdade o STF parcialmente a adota, ao reconhecer que os ocupantes de terras sobre as quais não havia ocupação indígena quando da promulgação da Constituição têm direito a indenização das benfeitorias e do valor da terra nua, além de direito de retenção (ou seja, direito de não serem retirados até o pagamento do valor incontroverso).

Por conta disso, penso que o caminho correto é mesmo o de aprovar na íntegra a PEC, a fim de pôr termo à balbúrdia interpretativa que o próprio STF criou, positivando de forma inequívoca o que na Constituição já está adotado, ou seja, que são terras indígenas as que estavam ocupadas em 5 de outubro de 1988.

Creio que, dessa forma, este Congresso Nacional cumpre inclusive seu papel de estabelecer um saudável diálogo institucional com o próprio STF, sem afrontas de uma parte a outra, mas com respeito às visões diferentes para se criar uma legislação constitucional que equilibre o respeito às comunidades indígenas e o direito fundamental dos ocupantes de boa-fé à segurança jurídica.

III – VOTO

Ante todo o exposto, voto pela aprovação da PEC nº 48, de 2023.

Sala da Comissão,



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **ESPERIDIÃO AMIN**

, Presidente

, Relator