

Marchionni e Melo: Da inconstitucionalidade ã inconstitucionalidade

No último dia 30 de maio, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 490, de 20 de março de 2007 (PL 490/07), que regulamenta o artigo 231 da Constituição, 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; nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, e nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

De autoria do ex-deputado Homero Pereira (PR-MT) e sob a relatoria do deputado Arthur de Oliveira Maia (União-BA), o projeto previa, originariamente, que a demarcação de terras indígenas, sob a competência da Funai (Fundação Nacional dos Povos Indígenas), deveria ser trasladada à competência do Congresso, sob o fundamento de que *"somente os legítimos representantes do povo brasileiro podem decidir sobre o destino de significativa parcela do território nacional, e examinar [...] os mais diversos conflitos de interesses gerados pelas demarcações das terras indígenas"* (BRASIL, 2007, p. 4).

Tal aprovação também incluiu a modificação do artigo 231 da Constituição (CF/88 ou apenas "Constituição") adotando um limite temporal, antes inexistente: são terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas aquelas que, *na data da promulgação da Constituição de 1988*, atendessem aos requisitos exigidos pela legislação.

Com isso, instituiu-se no plano legislativo a denominada tese do "marco temporal" de ocupação das terras indígenas, outrora suscitada pelo STF (Supremo Tribunal Federal) no emblemático julgamento da Pet. 3.388-4/RR, relativa à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, localizada no estado de Roraima (RR).

O processo principal se encerrou em 19 de março de 2009, quando se consagrou vitorioso o voto-vista do ministro Carlos Alberto Menezes Direito, fixando-se dezenove "condicionantes" (ou "salvaguardas") para a definição da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Segundo essa tese, o direito ao usufruto de uma terra indígena só deveria ser reconhecido em relação à área ocupada no momento da promulgação da Constituição, ou seja, 5 de outubro de 1988 [\[1\]](#). Assim, pode-se dizer que, nesta ocasião, a Corte Suprema brasileira interpretou a expressão "terra que tradicionalmente ocupam", consignada no artigo 231 da Constituição, como sendo *"terras que tradicionalmente ocupam na data de 5 de outubro de 1988"*. Essa interpretação, altamente restritiva em direitos fundamentais e questionada por diversas entidades, caiu "como uma luva" no discurso político de deputados da Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA) — a chamada "bancada ruralista".

No entanto, há de se convir que essa medida não encontra lugar apenas no Congresso. Antes, é respaldada por diversas decisões judiciais, que, contrariando o entendimento fixado no julgamento dos Embargos de Declaração à Pet. 3.388-4/RR, de 23 de outubro de 2013 [\[2\]](#), estenderam as condicionantes impostas naquela ocasião a diversas outras terras indígenas. Ademais, tal medida se fortaleceu com a publicação do Parecer nº 001/2017 da Advocacia Geral da União (AGU), que pretendia ampliar a aplicação das condicionantes fixadas no julgamento da Pet. 3.388-4/RR a todas as demarcações [\[3\]](#).

Por conseguinte, o procedimento de demarcação de terras indígenas quedou-se praticamente inerte durante os governos de Michel Temer (2016-2018) e Jair Bolsonaro (2019-2022), à revelia do que estabelece o texto constitucional, que fixou prazo certo para a demarcação das terras indígenas (artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88 [\[4\]](#)).

Em 30 de outubro de 2022 o presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi eleito com a promessa de criação de um Ministério dos Povos Indígenas, além do compromisso de demarcar todas as terras indígenas pendentes de reconhecimento e legalização no território nacional [\[5\]](#), fazendo cumprir o texto constitucional [\[6\]](#).

Reprodução



Reprodução

Não obstante, o imbricado jogo político parlamentar fez com que, na quarta-feira, 24 de maio de 2023, o presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira (PP-AL), pautasse a análise da atribuição de regime de urgência ao PL 409/07, o qual foi aprovado com 324 votos a favor, 134 votos contrários e uma abstenção [\[7\]](#). Ato contínuo, em 30 de maio de 2023, os deputados aprovaram o projeto, com um placar de 283 votos favoráveis, 155 votos contrários e uma abstenção.

São inúmeras as organizações que se manifestaram contrárias ao projeto, dentre elas, a ONU Direitos Humanos na América do Sul, que, através de seu chefe, Jan Jarab, alertou: "*aprovar o projeto conhecido como marco temporal seria um grave retrocesso para os direitos dos povos indígenas no Brasil, contrário as normas internacionais de direitos humanos*" [\[8\]](#).

A Organização já havia apresentado ao Congresso, em novembro de 2021, um [parecer](#) analisando aspectos do projeto de lei que são incompatíveis com as normas internacionais de direitos humanos. No documento, assinado pela Subprocuradora-Geral da República aposentada Deborah Duprat, ressalta-se que "*nenhum, absolutamente nenhum dos inúmeros documentos internacionais arrolados no capítulo anterior, estabelece uma data limite para a reivindicação de direitos territoriais indígenas*". E mais, a jurista ressalta a *inconveniência* do projeto de lei, uma vez que

A Corte IDH, como visto acima no caso *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, tem jurisprudência firmada no sentido de que não há uma vigência temporal para o direito à reivindicação das terras indígenas. Enquanto essas terras se mantiverem como a base material e espiritual da identidade dos povos indígenas, o direito à sua reivindicação permanece vigente [9].

No mesmo sentido, a Câmara de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais do Ministério Público Federal (6CCR/MPF), vinculada à Procuradoria-Geral da República (PGR), divulgou nota pública reafirmando a inconstitucionalidade do PL 490/07.

Os procuradores destacaram que o PL 490/2007 não foi submetido à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, à revelia do que determina a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, o projeto de lei, que busca modificar o regime de demarcação de terras indígenas através de lei ordinária, além de inconveniente, seria inconstitucional.

Nesse ínterim, espera-se que o a Corte Suprema brasileira, ao julgar o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1.017.365, relativo à Terra Indígena Ibirama/Laklaño e pautado pela presidência do tribunal, retome as bases constitucionais sobre a qual está assentada, declarando a inconstitucionalidade da tese do "marco temporal".

De igual modo, aspira-se que o Senado, à diferença da Câmara dos Deputados, observe adequadamente o rito legislativo, a constitucionalidade do projeto e as normativas internacionais de direitos humanos ao qual o Estado brasileiro está submetido — dentre elas, a Convenção nº 169 da OIT. Se não desta forma, estaremos por comprometer integralmente o compromisso ético e moral que todos nós, brasileiros, assumimos com a Constituição Cidadã, e fazendo com que, novamente, "o Brasil envergonhe o Brasil".

[1] Nas palavras do relator: "(...) 80. *Passemos, então, e conforme anunciado, a extrair do próprio corpo normativo da nossa Lei Maior o conteúdo positivo de cada processo demarcatório em concreto. Fazemo-lo, sob os seguintes marcos regulatórios: I – 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”. Disponível em: https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/Voto_Britto_Pet3388.pdf. Acesso em: 31 maio 2023.



[2] De acordo com a ementa do julgado, relatado pelo ministro Luís Roberto Barroso, "*a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar*". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/decisao-barroso-raposa-serra-sol.pdf>. Acesso em: 31 maio 2023.

[3] Atualmente, o Parecer encontra-se com efeitos suspensos, em decorrência da decisão do ministro relator, Edson Fachin, no caso da Terra Indígena Ibirama/Laklaño, ocupada pelos povos Xokleng Kaingang e Guarani (Recurso Extraordinário nº 1.017.365). O caso teve a repercussão geral reconhecida por tratar da definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena.

[4] Artigo 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de *cinco anos* a partir da promulgação da Constituição.

[5] FOLHA DE S. P. *Lula diz de pretende demarcar todas as terras indígenas até 2026*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/04/lula-diz-que-pretende-demarcar-todas-as-terras-indigenas-ate-2026.shtml>. Acesso: 31 maio 2023.

[6] Em abril de 2023, Lula promoveu a demarcação de seis terras indígenas, quais sejam: terra indígena Uneiuxi, em Santa Isabel do Rio Negro (AM) e Japurá (AM); terra indígena Tremembé da Barra Mundaú, em Itapipoca (CE); terra indígena Kariri-Xocó, em Porto Real do Colégio (AL) e São Brás (AL); terra indígena Avá-Canoeiro, em Minaçu (GO) e Colinas do Sul (GO); terra indígena Rio dos Índios, em Vicente Dutra (RS), e terra indígena Arara do Rio Amônia, em Marechal Thaumaturgo (AC). (Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/04/28/lula-demarca-terras-indigenas-em-seis-estados-veja-detalhes-das-areas.ghtml>. Acesso em: 31 maio 2023).

[7] ISA. *Arthur Lira quer votar projeto que inviabiliza demarcação de terras indígenas na terça (30)*. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/arthur-lira-quer-votar-projeto-que-inviabiliza-demarcacao-de-terras>. Acesso: 31 maio 2023.

[8] ACNUDH. Brasil: *Congresso Nacional arrisca enfraquecer direitos dos povos indígenas, alerta ONU Direitos Humanos*. Disponível em: https://acnudh.org/pt-br/brasil-congresso-nacional-arrisca-enfraquecer-direitos-dos-povos-indigenas-alerta-onu-direitos-humanos/?fbclid=IwAR17a8qInQLv_uw2SQwe7MvgH8HvVqmoLmxwf12QY0FSI7nrJbESmjBdO6c. Acesso: 31 maio 2023.

[9]



DUPRAT, Deborah. *Parecer*. p. 27. Disponível em: https://acnudh.org/load/2023/05/ACNUDH_analise-PL-490-1.pdf. Acesso: 31 maio 2023.