



**NOTA TÉCNICO-JURÍDICA SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º
48/2023**

1. A presente nota técnica versa sobre a **Proposta de Emenda à Constituição n.º 48/2023** pautada para votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, em sessão agendada para o dia 10/07/2024.

2. A proposta estabelece, em síntese, alteração no § 1º, do Art. 231, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que, se aprovada, passaria a vigorar com a seguinte redação:

“§ 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 a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, **sendo-lhes garantida a sua posse permanente, estabelecido o marco temporal em 05 de outubro de 1988.**”.

3. Passamos a análise dos principais pontos da proposta.

1. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMIR DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS:

4. A PEC n.º 48/2023 pretende alterar os pressupostos constitucionais para a demarcação de terras indígenas, ao exigir a presença física dos indígenas nessas áreas em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição da República. Tal hipótese não está prevista na Constituição ou foi definido pelo STF. Ao contrário: há inúmeros precedentes¹ que afirmam que o marco temporal e as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol são aplicáveis apenas para a demarcação daquela terra indígena específica². Segundo decisão do STF:

¹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AR n.º 2.686. Relator: Ministro Luiz Fux. Trecho do Voto do Ministro Luiz Edson Fachin. Julgamento Virtual de 26.03.2021 a 07.04.2021.

² Nesse sentido, vide: **MS n.º 31.901/MC DF**; **MS n.º 31.100/AgR DF**; **Rcl n.º 13.769/DF**; **Rcl n.º 14.473 AgR/RO**. **Rcl n.º 27.702 AgR/AM**; Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ACO n.º 312. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Trecho do voto do Ministro Roberto Barroso. DJe: 02.10.2017;



“Em primeiro lugar, o precedente firmado no julgamento da Pet nº 3.388, caso Raposa Serra do Sol, não se limitou a fixar dezenove salvaguardas para a tutela dos direitos indígenas, de aplicação compulsória, mas representou um avanço na hermenêutica do artigo 231 da Carta Magna, decidindo conflito possessório de modo favorável aos índios e estabelecendo uma natureza constitucional à posse indígena, distinta daquela tutelada pelo Direito Civil (...).

Assim, a pretensão de interpretar o julgado sem levar em consideração todo o contexto no qual fora prolatado, aplicando as referidas salvaguardas de forma automática, não parece coadunar-se com a melhor hermenêutica constitucional (...)”³.

5. **A alteração proposta não é possível tendo em vista que importa em supressão de direitos fundamentais erigidos à cláusula pétrea constitucional pelo Art. 60, § 4º, IV, da CRFB. Nesse horizonte, o STF já se pronunciou: “Como a cultura integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o patrimônio nacional dos brasileiros (CF/88, arts. 215 e 216), parece plenamente justificada a inclusão do direito dos índios à terra entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição.”**⁴.

6. No mesmo sentido, no Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.367, julgado pela sistemática da repercussão geral, o voto condutor do acórdão bem anotou: “Ao reconhecer aos indígenas ‘sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’, **o artigo 231 tutela aos povos indígenas direitos fundamentais, com as consequentes garantias inerentes à sua proteção, quais sejam, consistir em cláusulas pétreas, anteparo em face de maiorias eventuais, interpretação extensiva e vedação ao retrocesso**”⁵.

7. *No ponto, o acórdão ficou assim ementado: “DIREITOS INDÍGENAS POSITIVADOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS. DEMARCAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA MERAMENTE DECLARATÓRIA DO DIREITO ORIGINÁRIO DOS ÍNDIOS. POSSE INDÍGENA. HABITAT. DISTINÇÃO DA POSSE CIVIL. **MARCO TEMPORAL. INSUBSISTÊNCIA**”.*

³ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1.017.365. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão de 07 de maio de 2020.

⁴ Supremo Tribunal Federal. MS n.º 32.262 MC/DF. Decisão Monocrática: Ministro Roberto Barroso. DJe: 24.09.2013,

⁵ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE n.º 1.017.365. Relator: Ministro Edson Fachin. Publicação: 15.02.2024.



8. Mesmo após o julgamento, o Congresso Nacional vem pautando propostas como a que ora se analisa, em nítida tentativa de aniquilar não apenas direitos indígenas, mas a própria estrutura de *freios e contrapesos* entre os poderes da república, denotando ausência de atuação colaborativa do Senado Federal em prol dos direitos fundamentais.

9. Tal postura configura verdadeiro abalo à estrutura constitucional e à democracia, demonstrando que as majorias estão dispostas a retirar direitos fundamentais não apenas dos povos indígenas, mas também da população brasileira. Isso porque as Terras Indígenas são as áreas mais ambientalmente conservadas de todo o país e exercem papel imprescindível na regulação climática e no regime de chuvas.

10. **A tentativa de inviabilizar a demarcação desses territórios tem como consequência direta o aumento do desmatamento, da grilagem, da proteção dos biomas brasileiros, da agrobiodiversidade e afeta, diretamente, cadeias produtivas baseadas em uma economia de baixo carbono, que pretendem gerar renda e riquezas para o país por intermédio da proteção das florestas.**

11. **Logo, a PEC se ancora em explícito negacionismo climático e desdenha do consenso científico sobre a importância dessas áreas protegidas.**

Assim, adensa riscos climáticos para todo o país e sua população, como as recentes enxentes que atingiram o Rio Grande do Sul. **Defender as terras indígenas é defender a mitigação dos eventos climáticos adversos e proteger toda a população brasileira.**

12. A PEC, portanto, viola a separação dos poderes ao tentar, por vias transversas, elidir decisão do Supremo Tribunal Federal com efeito *erga omnes* e, ainda, sumprimir direitos e garantias fundamentais, portanto cláusula pétrea da Constituição, com vulneração ao Art. 60, § 4º, incisos III e IV da CRFB.



2. AUSÊNCIA DE CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA - VIOLAÇÃO AO DEVIDO

PROCESSO LEGISLATIVO:

13. O Artigo 5º, §2º, da CRFB dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Além disso, a Constituição da República determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (Artigo 5º, §1º, da CRFB), ou seja, não dependem de regulamentação via leis, decretos, regimentos internos ou outros atos normativos.

14. A fim de disciplinar a hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, e que foram ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, o Supremo Tribunal Federal (STF), no célebre julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP, estabeleceu que tais tratados têm estatura hierárquica de norma supralegal. É o caso da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais, promulgada por intermédio do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004⁶, isto é, antes da EC n.º 45/2004.

15. No rol dos direitos previstos da Convenção n.º 169, está a consulta e o consentimento livre, prévio e informado, direito garantido, também, em outros tratados internacionais⁷ ratificados pelo Brasil. Trata-se, portanto, de direito fundamental dos povos indígenas de serem consultados pelo Estado todas as vezes que medidas administrativas ou legislativas possam afetá-los diretamente. De acordo com o Artigo 6º, 1, a, da Convenção n.º 169 da OIT:

⁶ Atualmente a Convenção n.º 169 da OIT está prevista no Decreto n.º 10.088/2019, que “Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil”.

⁷ O Direito de consulta decorre tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e políticos (PIDCP), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), e a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Também tem previsão expressa na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) e na na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI).



“1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados**, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, **cada vez que sejam previstas medidas legislativas** ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;”.

16. A consulta, como se denota, deve ser realizada antes da aprovação de leis e atos normativos que afetem diretamente os povos indígenas, como é o caso da PEC, cujo teor é, indiscutivelmente, suscetível de afetar os povos interessados. **O direito de consulta, previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, incluiu, portanto, regra procedimental ao processo legislativo e deveria ser prévia à aprovação da PEC, pois seu objetivo é a participação qualificada dos indígenas, bem como a devida consideração às suas razões antes da tomada de qualquer decisão pelo Congresso Nacional. É o que está previsto no Artigo 6º, item 2, da Convenção 169 da OIT: “As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa-fé”.**

17. Conforme já definiu o Tribunal Constitucional do Peru, quando as medidas administrativas ou legislativas já foram implementadas, a consulta deixa de ter o atributo da boa-fé:

“Outro ponto característico é que a consulta é realizada antes da tomada de decisão. A ideia essencial da inclusão dos povos indígenas na discussão do projeto da medida administrativa ou legislativa é que eles possam apresentar suas perspectivas culturais, para que possam ser levadas em consideração. **A consulta é uma expectativa de poder, de influência na elaboração de medidas que terão impacto direto na situação jurídica dos povos indígenas. Deslocar esta consulta para um momento posterior à publicação da medida retira a expectativa da intervenção subjacente à consulta. Além disso, a consulta seria realizada por fato consumado, podendo assim revelar falta de boa-fé.** Em todo o caso, as condições dos fatos podem determinar algumas exceções, embora estas sejam sempre revistas sob um rigoroso exame de constitucionalidade pela suspeita que tais situações geram.⁸

18. **O Congresso Nacional, até o presente momento, não realizou a consulta livre, prévia e informada e poderá editar PEC com patente vício de inconstitucionalidade formal, pois afronta norma procedimental incluída no devido**

⁸ Tribunal Constitucional do Peru. Exp. n° 0022-2009-PI/TC. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/0022-2009-AI.html>.



processo legislativo pela Convenção n.º 169 da OIT, assim, em violação ao Art. 5º, § 2º, da Constituição da República, pela não observância da Convenção n.º 169 da OIT.

19. Não se trata, no ponto, de mera decisão *interna corporis* do Congresso Nacional, mas de desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao devido processo legislativo, suscetível de revisão por parte do Poder Judiciário. Essa circunstância ganha especial relevo quando se analisa decisão proferida pela Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia, segundo a qual “em cumprimento ao § 2º do art. 5º da Constituição da República, deve-se observar o sistema integrado de normas oriundas de convenções e tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil conjugados com as normas do direito interno”⁹.

20. Dessa forma, a PEC também está eivada de substantiva violação ao devido processo legislativo, logo seu trâmite tem sido deflagrado com vilipêndio à norma procedimental que importa em inconstitucionalidade formal.

3. MARCO TEMPORAL DE 5.10.1988 – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL:

21. No julgamento do RE n.º 1.017.365, com repercussão geral reconhecida e decisão vinculante, finalizado em 27 de setembro de 2023, o STF fixou a seguinte tese:

“III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição”.

22. De acordo com o escólio do eminente professor José Afonso da Silva, o primeiro reconhecimento constitucional acerca dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras tradicionais “se deu com a *Constituição de 1934*, cujo art. 129 os acolheu numa síntese expressiva essencial: ‘Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-

⁹ Supremo Tribunal Federal. RHC n.º 199.360. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Publicação: 13.04.2021.



las'. **As demais Constituições deram continuidade** a essa consagração formal até à Constituição de 1988 que acrescentou o reconhecimento de outros direitos, como se pode ver do ser art. 231. Mas, *no que tange aos direitos originários sobre as terras indígenas, a Constituição de 1988 não inovou, porque, no essencial, já constavam das Constituições anteriores, desde a de 1934.*"¹⁰

23. O eminente professor José Afonso da Silva, prossegue: **“a Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e,** assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão da Pet. 3.388.”¹¹

24. Portanto, **a Constituição Federal de 1988 não constitui qualquer marco temporal em relação ao reconhecimento do direito territorial dos indígenas,** uma vez que apenas deu continuidade aos textos constitucionais que, desde 1934, sempre lhes garantiu tal direito.

25. Ademais, prossegue José Afonso da Silva, “se são ‘reconhecidos... os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’, é porque **já existiam antes da promulgação da Constituição.** Se ela dissesse: ‘são conferidos, etc.’, então, sim, estaria fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos. Mas não foi isso que a Constituição estabeleceu.”¹²

26. Ainda sobre o tema, para investigar o espírito do constituinte originário, importa remontar o histórico de construção do texto constitucional. Conforme enfatiza Márcio Santilli, que participou dos debates constituintes, “a expressão ‘tradicionalmente’ resultou de um acordo político no âmbito da Assembleia Constituinte, a partir do embate entre os conceitos de ‘terras ocupadas’ e de ‘terras

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Parecer. Disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Parecer. Disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf.

¹² SILVA, José Afonso da. Parecer. Disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf.



permanentemente ocupadas'. O primeiro, proposto por organizações de apoio aos índios, ensejava aos adversários dos direitos destes a perspectiva de ocupações por índios de terras não indígenas. O segundo, proposto pelos adversários, pressupunha a intenção de só reconhecer direitos territoriais indígenas por critérios de antiguidade, prejudicando os índios que foram expulsos de suas terras imemoriais. **'Tradicionalmente', ou segundo a tradição indígena, introduziu critério antropológico como referência, em lugar do critério cronológico.'**¹³

27. José Afonso da Silva confirma tais observações, ao afirmar que o termo **"terras que tradicionalmente ocupam"**, contido no artigo 231 da Constituição Federal, não se reveste de um sentido temporal, **"mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições."**¹⁴

28. Nesse sentido, a adoção da tese do "marco temporal" como "linha de corte" aos direitos territoriais indígenas **viola o próprio texto da Constituição Federal de 1988**. Nas palavras do multicitado professor José Afonso da Silva, **"o objetivo do marco estabelecido não é a proteção dos direitos dos índios, ainda que essa proteção seja uma exigência da Constituição**, que até *determina competir à União demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens*. A Constituição o diz no *caput* do art. 231, mas o Supremo Tribunal Federal diz o contrário em última instância. Fica claro também que o objetivo enunciado é o de dar fim a disputas infundáveis sobre as terras **não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas**. Fica claro ainda, **segundo esse voto, que os conflitos entre índios e fazendeiros**

¹³ SANTILLI, Márcio. *Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil*. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria (Org.). **Demarcando Terras Indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999. p. 26.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 875.



devem ser resolvidos em detrimento dos direitos dos índios, sem se levar em conta as normas constitucionais que os protegem!”¹⁵

29. E arremata o referido autor: “deslocar esse marco para ela (a Constituição de 1988) é fazer um corte na continuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, **deixando ao desamparo milhares de índios e suas comunidades, o que, no fundo, é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas. Vale dizer: é contrariar o próprio sistema constitucional, que deu essa proteção continuamente.** Romper essa continuidade significa abrir brechas para a usurpação dos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, como provam decisões como a que foi prolatada no RMS 29087, como já deixei consignado antes.”

30. Além de todo o exposto, é preciso que a interpretação à expressão “terras que tradicionalmente ocupam” **guarde congruência com o restante do texto constitucional, que assegura aos indígenas seus “usos, costumes e tradições”.**

31. Nesse sentido, condicionar a demarcação de terras indígenas à presença dos indígenas na terra em uma data certa pode equivaler a solapar “usos, costumes e tradições”, porquanto o “tempo cronológico” é categoria culturalmente construída, que não traduz significado universal: muitas culturas indígenas estruturam suas vidas em torno de outros paradigmas existenciais, ou, ainda, não significam a categoria “tempo” da mesma maneira que o não-indígena, de modo que a aplicação seca do “marco temporal” equivaleria à exigência de atendimento, por parte dos indígenas, de paradigmas alheios a suas estruturas culturais (“usos, costumes e tradições”) e, muitas vezes, deveras abstratos e/ou incompreensíveis.

32. Não bastasse tudo isso, o debate em questão ainda impõe outra reflexão: sendo certo que **a sobrevivência física e cultural dos indígenas depende necessariamente de estarem na posse de suas terras tradicionais,** anular atos de reconhecimento de uma determinada Terra Indígena com base no “marco temporal”,

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Parecer. Disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf.



além de se mostrar juridicamente questionável, tem como **efeito direto e inexorável condenar povos indígenas à sua morte cultural, ao relento da assimilação cultural forçada, paradigma que, este sim, a Constituição quis estancar, com a consequente desintegração de sua condição étnica, o que é vedado pelo artigo 231 da Constituição Federal.**

33. Em conclusão, condicionar demarcações a um “marco temporal de 5 de outubro de 1988” é inconstitucional e já há decisão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a reconhecer a inconstitucionalidade do quanto previsto no dispositivo da PEC, de modo que a proposição está eivada de patente vício de constitucionalidade.

4. CONCLUSÃO:

Consideramos que a PEC n.º 48/2023 apresenta patentes vícios de constitucionalidade e convencionalidade, bem como configura incontestemente retrocesso social e agravamento da crise climática, motivo pelo qual sugerimos sua pronta rejeição pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Brasília, 9 de julho de 2024.

JULIANA DE PAULA BATISTA
ADVOGADA DO INSTITUTO
SOCIOAMBIENTAL
OAB/DF n.º 60.748

MÁRCIO SANTILLI
ASSESSOR DO PROGRAMA DE POLÍTICA E
DIREITO
SOCIOAMBIENTAL (PPDS/ISA)