



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL
APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO
POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

NOTA TÉCNICA SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO (PEC)
Nº 48/2023 - MARCO TEMPORAL DE TERRAS INDÍGENAS

I) Introdução

A **ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL – APIB**, organização indígena de representação e defesa dos Direitos dos Povos Indígenas no Brasil, por intermédio de sua assessoria jurídica, vem apresentar Nota Técnica sobre a Proposta de Emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional que fixa o marco temporal de ocupação das terras indígenas em 05 de outubro de 1998. Ocasão em que restará demonstrada a intangibilidade do Artigo 231 da Constituição Federal pelo poder constituinte reformador, em razão de se tratar de cláusula pétrea constitucional.

II) Inconstitucionalidade e Inconvencionalidade da fixação de Marco Temporal de Ocupação das Terras Indígenas à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Proposta de Emenda à Constituição nº 48/2023¹ incorpora, no Artigo 1º, *caput*, a tese do marco temporal ao texto constitucional brasileiro, de modo a exigir que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas só sejam demarcadas

¹ Proposta de Emenda à Constituição nº 48/2023. Senado Federal. Disponível em: <<[documento \(senado.leg.br\)](http://senado.leg.br)>>.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

se restar comprovada a presença física destes na área na data de 05 de outubro de 1988, *in verbis*:

“**Art. 1º** O art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.231.

.....

§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.**” (NR)”

Ao julgar o RE nº 1.017.365, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de repercussão geral Tema nº 1.031, **dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante**, em que considerou o marco temporal manifestamente inconstitucional. Senão vejamos:

“II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;

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



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;”.

A PEC 48/2023, portanto, contraria substancialmente o item III da tese de repercussão geral e não atende a parâmetros mínimos de constitucionalidade, a infligir alteração substancial aos direitos dos povos indígenas e buscar inviabilizar seus direitos fundamentais às suas terras.

Ao analisar em retrospecto o *Relatório da Assembleia Nacional Constituinte* vê-se que, em momento algum, o constituinte originário discutiu a adoção de “marcos temporais” para os direitos indígenas. Ao contrário, o *Relatório* destaca que **“a proteção dos direitos das Populações Indígenas se deu amplamente, no reconhecimento do caráter pluriétnico da sociedade brasileira e no tratamento dos dois principais problemas que afetam tais populações: a questão da terra e a questão da proteção jurídica dos índios. Quanto à terra, reconhecendo-se que para os índios ela significa a própria vida, estipulou-se que eles têm o direito à sua posse permanente, e procurou-se garantir a sua demarcação definitiva (...).”²**

No ponto, é preciso compreender que a forma enfática atribuída pelo poder constituinte originário ao direito fundamental dos indígenas às suas terras tem como núcleo hermenêutico a *relação de absoluta dependência de sua própria existência (nos dizeres da Constituição, “sobrevivência física e cultural”)* com a *garantia de permanência em suas terras tradicionais*. Trata-se, por certo, de limite

² Relatório da Assembleia Nacional Constituinte VII – Comissão da Ordem Social – VII Subcomissão de negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias – Relatório – volume 196.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL
APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO
POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

mínimo de garantia, proteção e defesa da dignidade humana e do resguardo à própria sobrevivência física e cultural dos indígenas.

Noutras palavras, conforme lição do saudoso Ministro Menezes Direito, a clara orientação advinda da Constituição Federal pontifica que **“não há índio sem terra”**³, de modo que eliminar o direito dos indígenas às suas terras significa colocar em **grave risco a sua sobrevivência física e cultural**. Trata-se, na essência, de **direito fundamental diretamente vinculado à máxima garantia constitucional do direito à vida**, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição.

É justamente o que assevera José Afonso da Silva, ao afirmar que **“a questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural**. Não se ampararão seus direitos se não lhes assegurar a posse permanente e a riqueza de suas terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, **constitui o núcleo da questão indígena** hoje no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da **Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios.**”⁴.

Anote-se, ainda, que a imprescindibilidade das Terras Indígenas para a sobrevivência física e cultural dos indígenas já foi objeto de reconhecimento expresso e considerações aprofundadas por parte do Supremo Tribunal Federal:

³ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3.388/RR. Trecho do voto-vista: Ministro Menezes Direito. DJe: 01/07/2010.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 873.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

“emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados aos índios, pois estes, sem a possibilidade de acesso às Terras Indígenas, expõem-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como povo e como nação que reverenciam os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebram, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vivem. (...) **A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária** que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do comércio jurídico as Terras Indígenas, proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando, ainda, ineficazes as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica, inclusive aquelas concernentes à recusa constitucional do direito à indenização ou do próprio acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º).”⁵

Não é por outra razão que a Constituição Federal expressamente classificou o direito fundamental dos indígenas às suas terras tradicionais como sendo um **direito originário**, anterior à própria existência do Estado. Nesse sentido, a mais alta Corte do país já proclamou que o termo “originários” visa “traduzir uma *situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra*, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de

⁵ Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 183.188/MS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 14/02/1997.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

não-índios. (...) *Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal.*"⁶.

Assim, "basta que haja ocupação tradicional, basta que haja posse permanente dos índios sobre a terra que a terra é indígena, com as consequências jurídicas próprias dentro do sistema. As consequências são: a propriedade da União, inalienável e indisponível; a posse permanente do próprio grupo; o usufruto exclusivo dos índios; o direito às riquezas naturais, a proibição de ser o grupo removido do local; o direito de serem consultados sobre e a participar dos benefícios de exploração dos recursos hídricos, inclusive energéticos, e da pesquisa e lavra das riquezas minerais; a declaração de nulidade absoluta de todos os títulos eventualmente existentes sobre os temas. O direito que advém destas consequências são imprescritíveis e indisponíveis."⁷.

A Corte IDH, no julgamento do caso da *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, reforçou que os povos indígenas têm o direito de reclamar suas terras tradicionais enquanto o território for a base espiritual e material de sua identidade, senão vejamos:

"112. Com respeito à possibilidade de recuperar as terras tradicionais, em oportunidades anteriores a Corte estabeleceu que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente em sua relação única com suas terras

⁶ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3.388/RR. Trecho do voto do Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe: 01/07/2010.

⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. "O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito". 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999, p. 130.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL
APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO
POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

tradicionais, razão pela qual enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente”.⁸

A CIDH, em relatório recente sobre a *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*, expressou preocupação com a adoção da tese do marco temporal, flagrantemente violadora da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 678/1992, e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 15 de junho de 2016:

“66. No entender da CIDH, a tese do marco temporal desconsidera os inúmeros casos nos quais povos indígenas haviam sido violentamente expulsos dos territórios que ocupavam tradicionalmente e, apenas por essa razão, não o ocupavam em 1988. Nesse sentido, a Comissão considera a tese como contrária às normas e padrões internacionais e interamericanos de direitos humanos, especialmente a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁹.”

É de se ressaltar que, mediante interpretação evolutiva do Artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a noção de direito de propriedade teve o seu conceito ampliado, contemplando o direito dos povos indígenas às

⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caderno de Jurisprudências. **Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C No. 214. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2022_port.pdf.

⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**. Relatório de país. Brasil. 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

terras que ocupam tradicionalmente. Esta compreensão tem o beneplácito da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou ao julgar o caso das Comunidades de Fundo e Fecho de Pasto, oportunidade em que considerou que a aposição de um marco temporal de 5 de outubro de 1988 para a regularização fundiária daquelas comunidades, violaria o Artigo 5º, inciso XXII, da Constituição da República:

“8. Violação dos arts. 1º, III, 5º, XXII, 215, § 1º, 216, I e § 1º, da Constituição. O direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII), compreendido à luz do direito fundamental à cultura e do direito humano à propriedade e à posse coletivas, traduz moldura normativa que abriga a proteção das formas tradicionais de pertencimento.”¹⁰.

Para não restar dúvidas sobre o tema, colaciona-se trecho do voto da Ministra Relatora Rosa Weber:

“Em particular, os Estados signatários ‘deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação’ (art. 13.1), de modo a ‘reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam’ (art. 14.1). A Convenção nº 169 sucede a Convenção nº 107 da OIT e supera o paradigma assimilacionista. Como emerge de seu preâmbulo, alberga, diante do desenvolvimento do direito internacional, em contraposição à postura anterior, ‘as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento

¹⁰ STF. Tribunal Pleno. ADI nº 5783. Relatora: Ministra Rosa Weber. Publicação: 14/11/2023



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram’.

Em outras palavras, o compromisso internacional assumido é de respeito, proteção e promoção dos direitos humanos dos povos e comunidades tradicionais, o que inclui, no modelo intercultural e de preservação da diversidade, a tutela dos direitos territoriais, enquanto fator estruturante da vida comunitária.

23. É exatamente essa a compreensão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Definida interpretação do direito à propriedade previsto no art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto 678/1992, com igual status supralegal), no sentido de abranger não apenas a propriedade individual, mas também a comunal, comunitária, coletiva.**

Como assentado pela Corte Interamericana, os Estados devem oferecer proteção efetiva, em conformidade com as particularidades e os costumes das comunidades tradicionais, e em atenção à situação de especial vulnerabilidade que enfrentam (Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, 2005, par. 65 da sentença). Reafirmado que ‘a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade, sobrevivência econômica e sua preservação e transmissão às futuras gerações’ (idem, par. 131).

Na interpretação do art. 21 da Convenção Americana à luz do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos (instrumentos vivos), e em especial de modo conjunto com a Convenção nº 169 da OIT, o direito humano à propriedade abrange, portanto, a estreita vinculação das comunidades indígenas com seus territórios (idem, par. 125-127 e 137). Não basta, ademais, a mera previsão normativa da proteção territorial no ordenamento jurídico nacional. Ao contrário, deve o Estado, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente, como também concluiu a Corte Interamericana, adotar medidas concretas para



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

garantir o uso e o gozo efetivos das terras por parte da comunidade (idem, p. 154-156).

(..)

Em síntese: **‘Devido precisamente a essa conexão intrínseca que os integrantes dos povos indígenas e tribais mantêm com seu território, a proteção do direito a sua propriedade, uso e gozo é necessária para garantir sua sobrevivência’** (Corte Interamericana, Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia, 2013, par. 346 da sentença).

24. Nesses moldes, não cabe compreender a propriedade comunal a partir da mentalidade individualista. Lembra Paolo Grossi, historiador do direito e ex-presidente da Corte Constitucional italiana, falecido em 2022, estudos de civilizações asiáticas, africanas e americanas indicarem, em oposição à construção europeia ocidental da modernidade, culturas regidas por configurações jurídicas **‘onde não é tanto a terra que pertence ao homem mas antes o homem à terra, onde a apropriação individual da terra parece invenção desconhecida ou disposição marginal’**.

É o que se costuma chamar de ‘propriedade coletiva’, que não se confunde nem com o condomínio tradicional, nem com a propriedade titularizada por pessoa jurídica. A lógica de regência é diversa, ou até mesmo oposta. Nas palavras de Paolo Grossi:

Pois bem, essa assim chamada propriedade coletiva, em toda sua forma, tem – em meio a mil variações, segundo os lugares, os tempos e as causas mais diferentes – uma plataforma comum; e é a de ser garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, de ter um valor e uma função essencialmente alimentares, em que o conteúdo fundamental é um gozo condicionado do bem, com um indiscutível primado do objetivo sobre o subjetivo: primado da ordem fenomênica, que deve ser respeitado a todo custo, sobre o indivíduo; da ordem comunitária – cristalização da objetividade história – em relação ao indivíduo. Aqui não somente a dimensão potestativa é rarefeita ao máximo,



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

tanto é que não se encarna jamais em um jus disponendi, mas até mesmo a própria dimensão apropriativa se destempera até se tornar vã.

Na perspectiva cultural das comunidades tradicionais, portanto, o direito de propriedade e a posse não se calcam na subjetividade, mas na pertença comunal e no modo de vida nela estruturado. Contrapõe-se, assim, ao ‘arquétipo napoleônico-pandectístico’, em que a propriedade se traduz na apropriação individual e em feixes potestativos. Bem vistas as coisas, esse modelo é uma das formas de propriedade possíveis; conquanto abstrativizada e absolutizada, constitui nada menos que um produto histórico.

24 Ao empréstimo, uma vez mais, das palavras da Corte Interamericana, as comunidades tradicionais possuem **‘tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana’** (o Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, 2018, par. 115 da sentença).

25. Assim, **‘a conexão entre o território e os recursos naturais que os povos indígenas e tribais usaram tradicionalmente, e que são necessários para sua sobrevivência física e cultural, bem como para o desenvolvimento e continuidade de sua cosmovisão, precisa ser protegida, conforme o artigo 21 da Convenção, para garantir que possam continuar vivendo seu modo de vida tradicional, e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintivas sejam respeitados, garantidos e protegidos pelos Estados’** (Corte Interamericana. Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá, 2014, par. 112 da sentença).

26. Compartilhando dessa compreensão, este Supremo Tribunal Federal reconhece a central importância da tutela dos direitos



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

territoriais dos povos e comunidades tradicionais, assentada no elo entre a existência comunitária e de sua cultura e as terras que ocupam.

Inaugura '[e]ra constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural' (Pet 3388, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19.3.2009, DJe 01.07.2010).

É exatamente a referida interdependência, que adquire caráter existencial, que se traduz na proteção constitucional conferida às Terras Indígenas."¹¹.

Dessa forma, a criação de um “marco temporal de 5 de outubro de 1988” afronta, outrossim, o direito à posse coletiva das comunidades indígenas, o que, mediante interpretação ampliativa do direito de propriedade, compreendido à luz do direito fundamental à cultura e do direito humano à propriedade e à posse coletivas, traduz afronta ao Artigo 5º, inciso XXII, da Constituição. A consideração é importante, porque a propriedade e a segurança jurídica não são domínios exclusivos dos não-indígenas.

Diante do exposto, conclui-se que a tese do marco temporal viola frontalmente os Artigos 1º, inciso III, Artigo 5º, inciso XXII e Artigo 231, *caput* e §§ 1º, 2º e 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que não estabeleceu um marco temporal para a demarcação de Terras Indígenas, dispondo, em sentido contrário, que o direito é originário, sendo as terras inalienáveis, indisponíveis e os

¹¹ STF. Tribunal Pleno. ADI nº 5.783. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe **Publicação**: 14/11/2023.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL
APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO
POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

direitos sobre elas imprescritíveis, além de garantir ao direito de posse coletiva indígena a mesma proteção jurídica do direito de propriedade.

III) Irrevogabilidade e Imutabilidade de Direitos Constitucionais Indígenas: Cláusulas Pétreas

Insta salientar que o Ministro Edson Fachin, relator do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, ao proferir seu voto¹², asseverou que os direitos dos povos indígenas são direitos fundamentais e, em sua decorrência, se inserem entre o núcleo material das cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, bem como se aplicam ao Art. 231 os princípios da vedação ao retrocesso, da proibição de proteção deficiente dos direitos e da máxima eficácia das normas constitucionais. É vedado, portanto, a alteração do referido artigo constitucional pelo Poder Constituinte Reformador:

“Em primeiro lugar, **incide sobre o disposto no artigo 231 do texto constitucional a previsão do artigo 60, §4º da Carta Magna, consistindo, pois, cláusula pétrea à atuação do constituinte reformador**, que resta impedido de promover modificações tendentes a abolir ou dificultar o exercício dos direitos individuais e coletivos emanados do comando constitucional do artigo citado.

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

¹² STF. Tribunal Pleno. RE nº 1.017.365. Relator: Ministro Edson Fachin. Voto disponível em: << [<< fachin-indios1.pdf \(conjur.com.br\) >>](http://fachin-indios1.pdf(conjur.com.br)) >>



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.”

Em segundo lugar, os direitos emanados do artigo 231 da CF/88, enquanto direitos fundamentais, estão imunes às decisões das maiorias legislativas eventuais com potencial de coartar o exercício desses direitos, uma vez consistirem em compromissos firmados pelo constituinte originário, além de terem sido assumidos pelo Estado Brasileiro perante diversas instâncias internacionais (como, por exemplo, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das nações Unidas sobre os Povos Indígenas). Portanto, consistem em obrigações exigíveis perante a Administração Pública, consistindo em dever estrutural a ser desempenhado pelo Estado, e não meramente conjuntural.

Em terceiro lugar, por se tratar de direito fundamental, aplica-se aos direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente de seus direitos, uma vez que atrelados à própria condição de existência e sobrevivência das comunidades e de seu modo de viver. (...)

Finalmente, em consonância com o entendimento acima manifestado, entendo que, por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à aplicação do artigo 231 deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, pois se nos termos do artigo 5º, §2º do texto constitucional, “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”, faz-se necessário manter coerência com uma hermenêutica que cumpra os objetivos da Constituição”.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL
APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO
POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

De outro giro, anteriormente, a Suprema Corte Brasileira exarou entendimento de que o Título II da Constituição, que versa sobre direitos e garantias fundamentais, não constitui rol taxativo das cláusulas pétreas constitucionais. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF¹³, o Supremo firmou que o princípio da anterioridade tributária, apesar de inscrito fora do Título II da Constituição, constitui o limite material ao poder de reforma previsto no Art. 60, §4, inciso IV, da Constituição.

No mesmo sentido do voto do Eminentíssimo Ministro Luiz Edson Fachin no caso do Povo Xokleng recém-julgado pelo STF, o jurista Daniel Sarmento apresentou contribuição singular sobre o direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam ser caracterizado enquanto cláusula pétrea¹⁴.

Na oportunidade, ao dispor sobre a PEC 215/2000, Sarmento pugnou que a **garantia do direito à terra é condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos povos indígenas** e conecta-se diretamente ao princípio axiológico da Constituição Federal - o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana -, destacando as dimensões de direito coletivo e individual do direito dos povos indígenas à terra:

“E o direito dos índios à terra, apesar do seu caráter coletivo, tem relevo central para a vida digna de cada integrante de comunidade

¹³ STF. Tribunal Pleno. ADI nº 939. Relator: Ministro Sidney Sanches. DJ 18/03/1994. Disponível em: <<redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>

¹⁴ SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: A PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas. Rio de Janeiro: 03 de setembro de 2013. Disponível em: <<<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2013/nota-tecnica-mpf-pec-215.pdf>>>



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO
POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

indígena, por constituir **garantia essencial da sua identidade étnica e cultural**. É que a privação do acesso às terras tradicionais, para os índios, além de violar o direito à moradia culturalmente adequada, representa quase sempre a **extinção das tradições, dos laços comunitários, e dos modos peculiares de fazer e viver de sua etnia, que são essenciais para a identidade de cada indivíduo indígena**, por constituírem o pano de fundo cultural sob o qual se dá o desenvolvimento da sua personalidade. (...)

(...) É possível traçar com facilidade a ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas, já que a **garantia da terra para o índio é pressuposto indispensável para a proteção da sua identidade e personalidade.**”

Ademais, outros direitos constitucionais dos povos indígenas se caracterizam igualmente como cláusulas pétreas, a saber o direito à organização social, aos usos, costumes e tradições e o direito ao acesso à justiça, nos termos dos Artigos 231 e 232 da Constituição Federal. Haja vista que indissociáveis e decorrentes do direito originário às terras que tradicionalmente ocupam.

IV) Conclusão

Por todo o exposto, a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 48/2023 desnaturaria o direito fundamental à terra dos povos indígenas, previsto no Art. 231 da Constituição, obstando a fruição deste direito por inúmeras comunidades indígenas que sofrem, desde o período colonial, sucessivas remoções forçadas de seus territórios.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO DO
POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

Assim, pugnamos pela retirada de pauta da PEC e pelo arquivamento definitivo da matéria, tendo em vista a imutabilidade e irrevogabilidade dos direitos fundamentais dos povos indígenas, compreendidos em suas dimensões individuais e coletivas, e amparados pelo Art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988.

Mauricio Serpa França
Coordenador Jurídico da APIB
OAB/MS 24.060

Ingrid Gomes Martins
Assessora Jurídica da APIB
OAB/DF 63.140