



VOTO EM SEPARADO

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 71, de 2011, que altera o § 6º do art. 231 da Constituição Federal e acrescenta o art. 67-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para permitir a indenização de possuidores de títulos dominiais relativos a terras declaradas como indígenas expedidos até o dia 5 de outubro de 1988.

I – RELATÓRIO

Esta Comissão analisa a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 71, de 2011, que pretende alterar o § 6º do art. 231 da Constituição Federal e acrescenta o art. 67-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para permitir a indenização de possuidores de títulos dominiais relativos a terras declaradas como indígenas expedidos até o dia 5 de outubro de 1988.

As alterações propostas – modificativas e inclusivas – podem ser visualizadas por meio da seguinte tabela:

Texto Constitucional Vigente	PEC 71/2011
Art. 231	Art. 231
..... § 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. § 6º São anulados e extintos 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.
	Art. 67-A. A União indenizará os possuidores de títulos de domínio que os indiquem como proprietários de áreas declaradas tradicionalmente indígenas e que tenham sido regularmente expedidos pelo Poder Público até 5 de outubro de 1988, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas em boa-fé.



Observando as diferenças marcadas com grifo nosso, verificamos que o texto proposto pela PEC nº 71, de 2011, para o § 6º ao art. 231, modifica substancialmente, para o caso das terras indígenas, o critério de invalidade dos atos jurídicos, considerada essa como gênero, na medida em que altera da espécie nulidade para a espécie anulabilidade.

A Proposta suprime a parte final do § 6º ao art. 231, que não reconhece o “direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.

A PEC nº 71, de 2011, inclui um novo art. 67-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar o direito à indenização aos possuidores de títulos “de domínio que os indiquem como proprietários de áreas declaradas tradicionalmente indígenas e que tenham sido regularmente expedidos pelo Poder Público até 5 de outubro de 1988”. Além das benfeitorias úteis e necessárias, a União arcaria pelo pagamento do valor da terra nua.

Em sua justificação, argumenta o Paulo Bauer, primeiro signatário da proposta, que:

“É preciso, em síntese, conciliar os interesses em conflito, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. Se, por um aspecto, o constituinte originário procurou assegurar às comunidades indígenas a posse das terras indispensáveis ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, por outro estatuiu o direito de propriedade, a segurança das relações jurídicas e o respeito ao ato jurídico perfeito como pilares do Estado democrático de direito. Dessarte, deve-se garantir aos possuidores de títulos de domínio regularmente expedidos até a data da promulgação da Carta de 1988 o direito de receber indenização pela terra nua e eventuais benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé.”

À PEC nº 71, de 2011, não foram apresentadas emendas.

II – ANÁLISE

O presente voto em separado escuda-se no inciso I, do § 6º, do art. 132, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

É de competência desta Comissão, com base no art. 356, *caput*, do Regimento da Casa, emitir parecer, inclusive quanto ao mérito, sobre Propostas de Emenda à Constituição.

Inicialmente, consideramos que, sob os aspectos jurídico-constitucionais, a PEC nº 71, de 2011, não fere quaisquer limitações temporais ou formais previstas, respectivamente, nos parágrafos 1º e 2º do art. 60 da Constituição da República. No tocante à limitação material, inscrita no inciso IV do § 4º do mesmo art. 60, avaliamos que a nova redação proposta pela PEC nº 71, de 2011, para o § 6º do art. 231 do texto constitucional incide em óbice intransponível, pois a mudança da espécie de invalidade dos atos jurídicos, de nulos para anuláveis, abre



caminho para discussão de um direito dos índios, que foi indelevelmente garantido pelo constituinte originário.

Ora, a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que ocupam por tradição. A argumentação de que esse direito se choca com direito adquirido pelos possuidores de títulos de domínio que os indiquem como proprietários das citadas terras não encontra fundamento na doutrina e na jurisprudência.

O Poder Constituinte Originário, conforme ensina Gisela Maria Bester (*Direito Constitucional*, v. 1: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005, p. 193), possui três características básicas:

“É inicial, no sentido de que sempre inicia uma nova ordem, isto é, não se funda noutro, sendo dele que derivam os demais poderes: nenhum poder existe acima dele, nem de fato, nem de direito. É ilimitado em face do direito positivo, isto é, não está atrelado aos direitos e valores consagrados pela Constituição que ainda vigora enquanto se manifesta. Ao não dever obediência à Constituição que irá substituir, muito menos a deve ao ordenamento construído tendo por base a Constituição em vias de substituição. Por isso é que doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que não há direito adquirido contra a Constituição”.

Esse mesmo entendimento é encontrado nos escritos dos professores Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232), Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 300) e Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 56).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem por sentido que “as garantias do direito adquirido se dirigem à lei ordinária e não à Constituição” (REsp 506/RJ, Rel: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime na 4ª Turma, DJ de 23/10/1989, p. 16197). O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento de que “o constituinte, ao estabelecer a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, diante da lei (art. 5º, XXXVI), obviamente se exclui dessa limitação, razão pela qual nada o impedia de recusar a garantia à situação jurídica em foco” (RE 140894/SP, Rel: Min. Ilmar Galvão, unânime na 1ª Turma, DJ de 9/8/1996, p. 27102).

Por oportuno, cabe realçar alguns dados colhidos de pesquisa encomendada pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) sobre o perfil indígena, publicada no Jornal Folha de São Paulo, de 10 de novembro de 2012, p. 2. A pesquisa – realizada pelo Instituto de Pesquisas DataFolha – que entrevistou vinte etnias diferentes, bem evidencia a importância da terra para a vida dos indígenas: “a agricultura é exercida por 94% e 85% praticam a caça;



57% deles consideram que o tamanho das terras onde vivem é menor do que o necessário".

No que toca aos aspectos jurídicos que envolvem a questão indígena, devemos tecer comentários mais pormenorizados, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Popular nº 3.388, que versa sobre a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, visto que seu Acórdão, publicado em 20 de setembro de 2009, deve servir de base para a análise, tanto desta Proposição, quanto de tantas outras que, sobre a mesma matéria, tramitam no Congresso Nacional.

Da decisão do Tribunal, redigida pelo relator da Petição, Ministro Carlos Ayres Britto, retiramos o conceito de "direitos originários" dos índios:

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).

Interessante notar que o voto do Relator do citado Processo no STF faz agregar, aos fundamentos, "salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa", originárias do voto-vista do Ministro Menezes Direito, deslocadas para a parte dispositiva da Decisão, dentre as quais, destacam-se para o caso concreto em análise:

(XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, Lei nº 6.001/1973);

(XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extractiva (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

(XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não



cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

.....
(XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88).

Com esta decisão, entendemos que fica selada qualquer possibilidade de mudança que tenda a reduzir, no texto constitucional, os direitos dos índios, definidos nos arts. 231 e 232.

Não obstante essas ponderações, temos presente que é importante avaliar a proposta oferecida pela PEC nº 71, de 2011, sob a ótica dos possuidores de título de domínio de áreas declaradas como indígenas. Ainda que o ato administrativo de demarcação seja de natureza declaratória, não podemos ignorar que, em face das dimensões territoriais do País, é muito razoável cogitar da possibilidade de que pessoas tenham, de boa-fé, obtido titulação de proprietários, quando as glebas de terra, em verdade constituiriam bens da União.

Nesse passo, é sempre bom lembrar que o inciso IV do art. 26 da Constituição Federal prevê que “as terras devolutas não compreendidas entre as da União” incluem-se entre os bens dos Estados e que, realmente, há uma faixa cinzenta entre a União e os Estados federados, no que diz respeito a essa propriedade. Enquanto essa questão não se resolve definitivamente, é legítimo, a nosso ver, aditar uma disposição transitória na Constituição da República, que permita uma compensação às pessoas que operaram em boa-fé, mesmo depois de 5 de outubro de 1988. Porém, não devemos romper com os ditames do § 6º do art. 231 do Texto Constitucional, pois qualquer mudança constitui-se em ofensa às cláusulas pétreas da Constituição da República. O direito dos índios sobre suas terras é inviolável.

Caso fosse alterado o texto constitucional como proposto pela PEC nº 71, de 2011, podemos vislumbrar uma grande insegurança jurídica por parte dos processos de demarcação já concluídos, e que se constituem, estes sim, em atos jurídicos perfeitos. Tratam-se, portanto, de direitos consagrados como cláusula pétreia e, como tal, excluídos da possibilidade de alteração legislativa.

Passados 20 anos da promulgação da Constituição da República, a maioria das terras tradicionalmente ocupadas por índios já foi demarcada pelo Governo Federal. Restam, hoje, pouquíssimas áreas ainda em processo de demarcação. Ocorre, porém, que essas últimas áreas têm revelado uma série de graves conflitos entre índios, não-índios e Poder Público de níveis federativos distintos. É o caso, por exemplo, das terras tradicionalmente ocupadas por índios nos Estados de Mato Grosso do Sul e Santa Catarina.

Os conflitos fundiários decorrem, em sua maioria, do fato de o Poder Público ter concedido diretamente títulos em terras tradicionalmente ocupadas antes da Constituição Federal de 1988. Não se trata, pois, de títulos oriundos de



processos de grilagem ou outras formas de apropriação criminosa e/ou violenta de terras.

Uma mudança no texto constitucional pode, de fato, ser necessária em situações específicas como estas, sem que isto implique violação da natureza originária dos direitos dos índios sobre suas terras, ou seja, sem desrespeitar os direitos e garantias individuais já consagrados pelo capítulo VIII – Dos Índios – do Título VIII da Constituição da República.

Não se estaria regulando a desapropriação para fins de demarcação de terras indígenas, mas tão somente autorizando a indenização nos casos de danos oriundos da concessão de títulos diretamente pelo Poder Público e anteriores ao texto constitucional de 1988.

Ao mesmo tempo, ao se definir um marco temporal específico – no caso, a data de 05 de outubro de 2008 – garante-se o respeito e proteção das terras tradicionalmente ocupadas por índios cujos processos de demarcação já foram concluídos ao longo dos últimos 20 anos, respeitando-se, assim, a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Evita-se, outrossim, que os processos de demarcação ainda não finalizados não tenham seu andamento prejudicado por razão do processo legislativo das propostas de emendas constitucionais sobre o tema. Independentemente da data de aprovação da presente Proposta e da conclusão dos processos demarcatórios, sua validade dar-se-á a partir de 05 de outubro de 2008.

Busca-se com isso salvaguardar a política indigenista implementada pelo Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, possibilitar, por esta medida legislativa, a mediação dos conflitos hoje existentes, envolvendo processos de demarcação das terras cujos títulos foram concedidos diretamente pelo Poder Público ao particular em situação anterior ao texto constitucional vigente. Trata-se de alteração que, sem deixar de proteger os direitos originários dos povos e comunidades indígenas do país, busca resolver os conflitos sociais seriíssimos que o próprio Poder Público criou em tempos passados e que os governantes de hoje têm por obrigação pacificar.

Tendo isso em vista, o Ministério da Justiça promoveu uma série de encontros com os atores envolvidos no processo de demarcação de terras indígenas no Estado do Mato Grosso do Sul – entre eles a FUNAI, o governador do Estado do Mato Grosso do Sul, representantes indígenas, representantes do setor produtivo e Ministério Público Federal – e chegou a um texto de consenso, que ora se apresenta como proposta de emenda constitucional. O texto proposto estabelece que:

- a União ou os Estados poderão indenizar aquele que, de título de domínio expedido pelo Poder Público antes da promulgação desta Constituição, constar como proprietário de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé;



- a indenização da terra nua não será devida em relação ao título que originariamente derivou de posse injusta; e

- o direito à indenização não se aplica aos processos demarcatórios concluídos pelo Poder Executivo até o dia 5 de outubro de 2008.

III – VOTO

Por todo o exposto, opinamos pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição Nº 71, de 2011, nos termos do seguinte Substitutivo:

EMENDA Nº – CCJ (SUBSTITUTIVO)

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 71 (SUBSTITUTIVO), DE 2011

Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para facultar à União ou aos Estados indenizar quem constar como proprietário de terra tradicionalmente ocupada pelos índios.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 67-A:

“67-A. A União ou os Estados poderão indenizar aquele que, de título de domínio expedido pelo Poder Público antes da promulgação desta Constituição, constar como proprietário de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé.

§ 1º A indenização da terra nua a que se refere o caput deste artigo não será devida em relação ao título que originariamente derivou de posse injusta.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos processos demarcatórios concluídos pelo Poder Executivo até o dia 5 de outubro de 2008.” (NR)



SENADO FEDERAL
Gab. Senador Eduardo Suplicy

Art. 2º Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator