

## VOTO EM SEPARADO

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre as Propostas de Emenda à Constituição nº 38, de 1999, e nº 3, de 2004, que alteram os arts. 52, 225 e 231 da Constituição Federal.

### I – RELATÓRIO

Submete-se a exame desta Comissão, nesta oportunidade, as Propostas de Emenda à Constituição nº 38, de 1999, e nº 3, de 2004. A primeira tem como primeiro signatário o Senador Mozarildo Cavalcanti, enquanto a segunda tem como primeiro signatário o Senador Juvêncio da Fonseca.

Composta de cinco artigos, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 38, de 1999, tem por finalidade alterar a redação dos artigos 52, 225 e 231 da Constituição Federal, para incluir, entre as competências privativas do Senado Federal, a aprovação do processo de reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, de modo a limitá-las a *trinta por cento da superfície de cada unidade da Federação*.

Com a aprovação do Requerimento nº 511, de 2005, do ilustre Senador Tião Viana, a PEC nº 38, de 1999, passou a tramitar em conjunto com a Proposta de Emenda à Constituição nº 3, de 2004.

A PEC nº 3, de 2004, com apenas dois artigos, busca incluir o § 8º ao art. 231 da Carta Magna, de modo a excluir da disciplina do § 6º do mesmo artigo os títulos de propriedade expedidos e devidamente registrados que se refiram às terras sobre os quais se exerça posse mansa e pacífica por mais de dez anos consecutivos, facultando-se à União, em tais casos, proceder às desapropriações.

## II – ANÁLISE

As Propostas de Emenda à Constituição nº 38, de 1999, e nº 3, de 2004, não apresentam vício de regimentalidade. Com efeito, a teor do art. 356 do Regimento Interno desta Casa, cabe à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) o exame das proposições quanto à sua admissibilidade e mérito.

Contudo, embora as proposições possuam o número necessário de subscritores, o que preenche o requisito de sua constitucionalidade formal, entendemos que padece de viabilidade constitucional, por desrespeitarem as limitações materiais ao Poder de Reforma Constitucional, fixados pelo § 4º do art. 60 da Constituição Federal, visto que pretende alterar o modo pelo qual é firmado o princípio constitucional da separação de poderes.

Antes de tratar diretamente desse ponto, porém, cumpre apontar em que medida acontece o debate que norteia as proposições ora em debate.

Com a Constituição de 1988, a sociedade passou a ser, normativamente, plural. Direito foram concebidos de modo a assegurar aos povos indígenas o exercício pleno de sua diferença, de sua identidade. Nesse contexto situa-se o processo de demarcação de terras indígenas, como forma de assegurar aos índios o direito de reprodução física, cultural, de manter seus usos, costumes e tradições.

No recente debate suscitado por ocasião da demarcação da Terra Indígena Raposa-serra do Sol no Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Popular nº 3388, os nove ministros que definiram o caso afirmaram que a demarcação é apenas o ato declaratório da posse das terras indígenas, sendo esse um direito originário estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Por isso consideraram nulos todos os títulos de propriedade dos não-índios que ocupam aquela reserva, conforme prevê o art. 231, § 6º, da Constituição.

A construção da identidade de um povo tem como base sua história, geografia, instituições produtivas, memória coletiva, aparatos do poder e relações de cunho religioso, entre outros. No caso específico da identidade latino-americana, o aspecto indígena que deveria ser um dos pilares da identidade legitimadora, ficou relegado a uma forma de identidade de resistência.

Somos um único povo, uma única nação. Assim, os direitos das comunidades indígenas nada mais são que direitos humanos, direitos de todos nós. Ordinariamente já deveriam ser respeitados independentemente da existência de legislação específica interna, o que já obrigaria o Estado a garantir-lhos.

No entanto, apesar de todo o arcabouço jurídico presente nos níveis nacional e internacional, a realidade é que diariamente os direitos dos índios são desrespeitados, sobretudo no que diz respeito à proteção de suas terras, muitas vezes invadidas ao arrepio da lei e, em alguns casos, sob o silêncio, e porque não afirmar, sob a autorização velada das autoridades competentes.

Diante desta realidade, o direito e a sociedade não podem permanecer passivos. As normas garantidoras dos direitos dos índios devem funcionar como um mecanismo que vá além da proteção da pessoa humana e da demarcação de terras, devendo ser encarada como um dos principais mecanismos pelo qual manteremos nossa identidade nacional singular.

Decorre disso a importância do respaldo às políticas que definem a demarcação das terras indígenas em qualquer governo.

Voltando ao plano jurídico, o debate que envolve as duas Propostas de Emenda à Constituição dizem com a competência para atuar no processo demarcatório. A Constituição Federal prevê a possibilidade de emendas a seu texto original como forma de adequá-lo às novas realidades que vão sendo impostas pela dinâmica social sem a necessidade de uma nova pactuação constituinte original. O

Congresso Nacional possui, desse modo, um poder constituinte derivado.

Tal poder permite a alteração da constituição nos limites e vedações materiais impostos pela própria Carta, que devem ser norteadores da nossa prática de elaboração legislativa e como defesa do nosso sistema tal como concebido pela vontade popular.

Ocorre que as propostas em exame acrescentam atribuições ao Poder Legislativo que invadem as atuais competências do Poder Executivo, condicionando a validade dos atos do Presidente da República à vontade dos membros do Senado Federal. Em assim procedendo, as proposições em tela violam as cláusulas expressas nos incisos I e III do art. 60, § 4º, que vedam a deliberação sobre emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado e a separação dos Poderes.

As formas de exercício do poder, em todas as suas manifestações, são cláusulas constitucionais imutáveis em seu aspecto substancial, como limites implícitos ao poder de reforma na Constituição Brasileira promulgada em 1988.

A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios decorre de imperativo constitucional, consignado no *caput* do art. 231 da CF, ao estabelecer:

*“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”* (grifos meus)

A demarcação consiste em ato administrativo, por intermédio do qual a Administração Pública federal explicita os limites das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, baseada em elementos de prova documental, testemunhal e pericial, fixando marcos oficiais, sinalizadores do limite da terra demarcada.

Esse ato administrativo tem natureza declaratória dos limites da terra tradicionalmente ocupada pelos índios. Tais terras constituem bem da União, por força do art. 20, XI da Constituição Federal e sobre elas os índios exercem a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes no solo, nos rios e nos lagos.

A União, nos termos do art. 19 da Lei n.º 6.001/73 e do Decreto n.º 1.775/96, atribui a concretização das demarcações à Fundação Nacional do Índio – FUNAI e ao Ministro de Estado da Justiça. Em seguida, a demarcação é homologada, por expressa determinação legal, pelo Presidente da República, para em seguida ser registrada em Cartório Imobiliário e no Serviço de Patrimônio da União.

O art. 231 da Constituição não faz — nem poderia fazer — referência à atuação do Senado Federal no processo de demarcação de terras indígenas. Realmente, no bojo do processo administrativo de identificação, delimitação e demarcação de terras indígenas, somente serão ouvidas as entidades integrantes da Administração Pública Federal com interesse na matéria e competência para opinar sobre aspectos da demarcação atinentes às suas atribuições legais.

A propósito, ressalte-se que, no caso, a atuação do Congresso Nacional, segundo o § 4º do art. 231 da Constituição, cingir-se-á ao exame de questões atinentes ao aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas naturais que eventualmente sejam descobertos em terras indígenas, sob pena de invadir competência de outras entidades da Administração Pública Federal.

Sob o aspecto estritamente jurídico, uma terra estará efetivamente demarcada quando seus limites estiverem registrados em cartório após ter sido homologada. Pretender que, após conformado em cartório um ato da Administração Pública, este mesmo ato venha a ser submetido a aprovação de um outro Poder da República, é clara invasão nas atribuições do Poder Executivo.

Importante aspecto que diz contra as propostas, também, é o gasto público, haja vista que, ao se interpretar a “*demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*” como a fase na qual a administração pública fixa os marcos nos limites de seu bem patrimonial, disponibilizado para a posse permanente e o usufruto exclusivo pelos índios, cria-se uma incongruência e um atentado ao erário, à medida que permitem que todo um procedimento administrativo seja realizado, alguns até resultantes de processo licitatório, para a contratação de empresas de topografia, para em seguida, virem a ser objeto de aferição por outro Poder da República.

Igualmente não se mostra sensato alegar o disposto no inciso XVI, do art. 49, da CF, como justificativa legitimadora das proposições em comento. A atribuição ao Congresso Nacional da

autorização para a exploração e aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas foi fixada pelo Poder Constituinte originário e somente ocorrerá após fixação de condições específicas, previstas em lei. No caso, o Poder Constituinte derivado não pode pretender aumentar as atribuições que constitucionalmente os constituintes originários não lhe atribuíram.

Sobre o tema, importante destacar parte do brilhante voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Brito no recente debate na Ação Popular nº 3388, da qual foi relator, que definiu a forma de demarcação da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal:

*“71...somente à União compete instaurar, seqüenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente.*

*Mas instaurar, seqüenciar, concluir e efetivar esse processo por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo Federal, pois as competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, se esgotam nos seguintes fazeres: a) “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais” (inciso XVI do art. 49); b) pronunciar-se, decisoriamente, sobre o ato de “remoção de grupos indígenas de suas terras” (§ 5º do art. 231, assim redigido: “É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponham em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse esse risco”).*

Como se pode verificar, conforme o entendimento cristalizado no Supremo Tribunal Federal, as propostas em exame, além de acrescentar atribuições ao Poder Legislativo, invadem atribuições do Poder Executivo, condicionando a validade de seus atos administrativos de coordenar e concluir o processo de demarcação das Terras Indígenas à vontade dos membros do Senado Federal, restando, portanto, violados os incisos I e III do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

Por outro lado, quanto aos ocupantes que, apesar de conhecer a situação jurídica daquela terra, a ocuparam, animados pela má-fé, podem ser denominados de “invasores” e não têm direito à indenização.

O art. 96 do Código Civil prevê três espécies de benfeitorias possíveis de serem realizadas: a) *são necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore*; b) *são úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem*; c) *são voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor*.

Já o art. 1.219 do referido Código, ao tratar dos efeitos jurídicos da posse, ressaltou que o possuidor de boa-fé do imóvel tem direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, podendo exercer o direito de retenção da terra, caso não seja indenizado. No que se refere às voluptuárias, se não lhe forem pagas, está autorizado a levantá-las.

No geral, quanto aos possuidores de má-fé, o art. 1.220 do Código Civil confere indenização somente às benfeitorias necessárias, não lhes assistindo nem o direito de retenção, nem o de levantar as voluptuárias.

No que se refere às terras indígenas, há tratamento diverso. O ocupante de má-fé não tem direito sequer à indenização pelas benfeitorias necessárias, pois não foi contemplado pela norma constitucional como sujeito desse direito.

Ao tratar do reconhecimento da União de área indígena, o § 6º do art. 231 da Constituição declarou a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas. Excepcionou apenas direito à indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Desse modo, não pode se falar, em relação às terras indígenas, na aplicação, pura e simplesmente, das disposições constantes do Código Civil, uma vez que, a rigor, não há, pelo entendimento das normas, da doutrina e do Supremo Tribunal Federal, possuidores de boa ou má-fé, haja vista que a norma constitucional excluiu dessas pessoas o direito às indenizações, por ser nula a posse nessa espécie de terra pública. Trata-se, nesse caso, de mera ocupação ilegal e ilegítima.

Em conclusão, tem-se as propostas não possuem condições de aprovação, à ausência de fundamentação legal e justificativa social.

### **III – VOTO**

Diante de todo o exposto, opinamos pela **rejeição** da Proposta de Emenda à Constituição nº 3, de 2004, e da Proposta de Emenda à Constituição nº 38, 1999.

Sala da Comissão,

**Senadora MARINA SILVA**