

## **PARECER N° , DE 2008**

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.

**RELATOR: Senador VALTER PEREIRA**

### **I – RELATÓRIO**

Esta Comissão examina as Propostas de Emenda à Constituição nº 38, de 1999, e nº 3, de 2004. A primeira é de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti e outros vinte e oito Senadores, enquanto a segunda foi apresentada pelo Senador Juvêncio da Fonseca e outros vinte e sete signatários.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 38, de 1999, tem cinco artigos e visa à alteração dos arts. 52, 225 e 231 da Constituição Federal.

Seu **art. 1º** acresce um inciso XV ao art. 52 da Constituição Federal (CF), para incluir, entre as competências privativas do Senado Federal, a aprovação do processo de demarcação das terras indígenas.

O **art. 2º** da PEC nº 38, de 1999, dá nova redação ao inciso III do § 1º do art. 225 da Constituição Federal (CF), a fim de condicionar a criação de unidades de conservação ambiental aos limites a serem determinados pelo

novo § 2º do art. 231 (“trinta por cento da superfície de cada unidade da Federação”), em conformidade com o **art. 4º** da PEC.

O **art. 3º** da proposta consigna, no *caput* do art. 231, a necessidade de o Senado Federal aprovar todo o processo de demarcação das terras dos índios.

O **art. 4º** preceitua o acréscimo ao art. 231 de um novo § 2º, renumerando-se os demais, de modo a limitar o conjunto das áreas destinadas às terras indígenas e às unidades de conservação ao máximo de trinta por cento da superfície de cada unidade federativa.

Por fim, o **art. 5º** encerra a cláusula de vigência imediata da proposta.

Em sua justificação, o Senador Mozarildo Cavalcanti afirma que, sendo os recursos naturais a base da economia do Norte do País, a população local tem consciência da importância da conservação ambiental como instrumento para a perpetuação do patrimônio natural, suporte do desenvolvimento da região. Ressalva, porém, que se assiste a um reducionismo que confunde a defesa do meio ambiente com a intangibilidade da Floresta Amazônica.

No que concerne às terras dos índios – continua o Senador Roraimense –, têm-se demarcado territórios desproporcionais à população indígena a que se destinam, tornando inaproveitáveis para a exploração econômica amplas áreas de estados brasileiros.

Devido à criação indiscriminada de unidades de conservação e de terras indígenas, conclui o Senador, “algumas unidades da Federação vêm comprometido o seu processo de desenvolvimento, em decorrência da redução de vasta área de sua superfície que poderia ser destinada à atividade econômica”.

Em sua reunião de 24 de abril de 2002, esta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou o relatório do ex-Senador Amir Lando sobre a matéria, que passou a constituir o parecer da comissão.

Incluída na Ordem do Dia para votação em primeiro turno, a proposição foi alcançada pelo Requerimento nº 489, de 2003, apresentado por líderes partidários da Casa. Esse requerimento, que solicita o reexame da proposta em análise por esta Comissão, foi aprovado em 25 de junho de 2003.

Redistribuída ao Senador Leomar Quintanilha, a matéria foi objeto de relatório do ilustre representante de Tocantins, aprovado em 15 de dezembro de 2004.

Com a aprovação do Requerimento nº 511, de 2005, do 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.

Essa última proposição, como indica sua ementa (*acrescenta ao art. 231 da Constituição o § 8º, que facilita ao poder público desapropriar imóvel para efeito de demarcação em favor da comunidade indígena*), tem por objetivo incluir um § 8º ao art. 231 da Carta Magna, que estabelece regramento pertinente aos direitos indígenas, excluindo da disciplina do § 6º do mesmo artigo os títulos de domínio expedidos e devidamente registrados que se refiram a bens sobre os quais se exerce posse mansa e pacífica por mais de dez anos consecutivos, facultando-se ao Poder Público, em tais casos, proceder às desapropriações.

Na justificação, assevera-se que os “conflitos que hoje ocorrem entre índios e não-índios, especialmente quanto às invasões de novas áreas tituladas a terceiros e que não fazem parte de aldeamento indígena, levam o poder público a um impasse jurídico”, porquanto, de um lado, inexiste “permissivo legal, constitucional ou infra-constitucional, que permita a desapropriação pelo poder público de área invadida, de propriedade de terceiros, para efeito de demarcação em favor da comunidade indígena, com o objetivo de compor o conflito”, e, de outro, o § 6º do art. 231 “da Constituição Federal proíbe essa desapropriação de terras, permitindo apenas a indenização quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”.

Afirma-se, nesse sentido, que a proposta se destina a resolver tal imbróglio, pois facilita à União, desejando demarcar determinadas áreas como indígenas, promover a sua prévia desapropriação, evitando, assim, que apenas os atuais ocupantes das terras – desde que portadores de títulos dominiais e no

exercício de posse mansa e pacífica por mais de dez anos – tenham que suportar, sozinhos, o custo do resgate da dívida “histórica e antropológica que possui o Estado com os índios”.

A decisão de tramitação conjunta, provocada pelo mencionado Requerimento nº 511, de 2005, fez com que as proposições fossem relatadas pelo Senador Demóstenes Torres. Antes, porém, que o parecer do ilustre Senador demista pudesse ser apreciado pela CCJ, aprovou-se o Requerimento nº 1.003, de 2006, do ex-Senador João Batista Motta, o que fez com que se juntassem àquelas, na tramitação conjunta, também as PECs nº 86, de 2003, e nº 31, de 2005, havendo sido este Parlamentar designado, então, relator de todo o grupo das quatro proposições.

Todavia, ao constatar que a natureza da matéria dessas duas últimas propostas não coincidia, na verdade, com a das duas primeiras, este relator apresentou e fez aprovar o Requerimento nº 1.092, de 2008, motivo por que a PEC nº 38, de 1999, e a PEC nº 3, de 2004, tornam à análise deste colegiado.

O presente parecer aproveita parcela significativa do texto apresentado pelo Senador Demóstenes Torres (e não apreciado por esta CCJ), conquanto a ele se tenham feito algumas importantes modificações.

## II – ANÁLISE

Compete a esta Comissão o exame das proposições quanto à sua admissibilidade e mérito, a teor do art. 356 do texto regimental.

Verifica-se, nesse sentido, que as PECs nº 38, de 1999, e nº 3, de 2004, preenchem com sobra o requisito do art. 60, I, da Constituição da República, ultrapassando o número mínimo de subscritores, porquanto se apóiam em 29 e 28 Senadores, respectivamente.

As proposições também obedecem as limitações materiais do Poder de Reforma Constitucional, fixados pelo § 4º do art. 60 da Constituição Federal, vez que não pretendem alterar cláusulas pétreas.

Quanto ao mérito, embora tenham conexão, as proposições serão analisadas em tópicos distintos.

### **a) Quanto à PEC nº 38, de 1999**

Em relação à **PEC nº 38, de 1999**, é necessária uma breve digressão sobre a questão indígena, para demonstrar a pertinência do texto projetado.

O capítulo dedicado aos povos pré-colombianos pela Constituição Federal de 1988 introduziu mudança significativa na política indigenista brasileira.

Antes da Carta vigente, as ações do Poder Público, dirigidas ao índio, tinham como horizonte sua integração indiferenciada à sociedade nacional.

Essa orientação foi substituída pela concepção que assegura às populações indígenas o direito de viver de acordo com suas tradições culturais.

Essa mudança de enfoque introduzida pela Carta Magna de 1988 foi reduzida, inicialmente, à questão da terra. Pensou-se, em síntese, que a proteção primeira e maior dos índios estava na demarcação de suas terras.

Contudo, depois da promulgação da Constituição Federal, verificou-se que vários estados brasileiros sofreram e têm sofrido o comprometimento de elevadas proporções de seus territórios, em decorrência da demarcação de áreas realmente vastas.

Em termos absolutos, as terras dos índios alcançam a soma de 105,6 milhões de hectares em todo o País, segundo dados referentes ao ano de

2006, fornecidos pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), ou 109,1 milhões de hectares, se considerados os dados concernentes a 2007, fornecidos pelo Serviço Florestal Brasileiro.

Apesar desses números expressivos, atualmente, o processo de demarcação de terras indígenas não conta com a intervenção do Poder Legislativo, já que apenas o Poder Executivo participa da instrução e do ato decisório.

E a **PEC nº 38, de 1999** busca exatamente aperfeiçoar o processo, dando ao Senado Federal, que é a Casa da Federação, o poder de, após a regular instrução a ser realizada no âmbito do Poder Executivo, homologar ou não o processo de demarcação de terras indígenas.

Indiscutivelmente, o grande mérito da PEC nº 38, de 1999, é o de reafirmar e enaltecer a função primordial do Senado de equilibrar os poderes da República, em prestígio ao sistema brasileiro de freios e contrapesos.

Acredito que o Senado Federal é a melhor instância para dar a última palavra sobre o tema, já que nesta Casa a Federação está representada de forma isonômica, portanto, em igualdade de forças para defender os interesses maiores do Estado Brasileiro.

Afinal, em certos casos, a pretensão demarcatória atinge grandes porções de terras, o que, incontestavelmente, exige ampla discussão.

Aliás, não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, assentou no julgamento da petição n.º 3388 que: **“É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.”**

Entretanto, para guardar melhor consonância com seu desiderato principal, a **PEC nº 38, de 1999** necessita de ajustes a fim de ser aperfeiçoada tecnicamente, adequando-se às exigências da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Julgamos que o inciso a ser adicionado ao art. 52 da Constituição, objeto do art. 1º da proposta em tela, deve prever a competência privativa do Senado Federal para aprovar, mediante proposta do Poder

Executivo, o *ato demarcatório das terras indígenas*, e não todo o processo de demarcação dos referidos territórios.

Ainda que o laudo antropológico e demais estudos devam instruir o ato demarcatório a ser submetido ao Senado Federal, não compete a esta Casa do Congresso Nacional, à nossa compreensão, a condução das diversas fases do processo demarcatório.

Ao meu singular juízo, se aprovada a presente proposta, caberá a esta Casa disciplinar proceduralmente a matéria no âmbito do seu Regimento, regulamentando o que será analisado para fins de possibilitar a aprovação ou não do ato demarcatório.

Além disso, o mencionado inciso receberá o número XVI, uma vez que a Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, introduziu o inciso XV no art. 52 da Constituição.

Com respeito aos arts. 2º e 4º da proposição, devem ser suprimidos, pura e simplesmente, pois neles se perpetra o mesmo equívoco em que incorreu o ex-Senador João Batista Motta ao solicitar, por meio do Requerimento nº 1.003, de 2006, a tramitação conjunta, com as propostas sob exame, das PECs nº 86, de 2003, e nº 31, de 2005, as quais versam sobre unidades de conservação ambiental, isto é, matéria diversa.

Ora, afigura-se evidente que não se deve confundir o tema das unidades de conservação com o dos índios. Tanto é assim que a própria Carta Magna assentou em seu texto, para cada uma dessas matérias, capítulos absolutamente distintos.

Destarte, também por questão de técnica legislativa e respeito às disposições da Lei Complementar nº 95, de 1998 (que, no particular, determina que cada lei, à exceção das codificações, tratará de apenas um assunto), deve a proposição ser reduzida ao tratamento de um único tema.

É bem verdade que os atos materiais de competência exclusiva da União, que importam no reconhecimento dos direitos originários dos agrupamentos indígenas e na respectiva demarcação, ocasionam, em regra, a

preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dessas comunidades.

Mas, sem dúvida, isso não se confunde com a criação das unidades de conservação ambiental, que, a propósito, pode ser efetuada não apenas pela União, como também pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ignorar essa diferença é uma patente incorreção técnica, cuja solução pretendemos promover.

O art. 3º deve ser emendado com a finalidade de compatibilizar a nova redação proposta para o *caput* do art. 231 da Carta Magna com o texto postulado para o inciso XV do art. 52 da Lei Maior, segundo a modificação por nós acima alvitrada.

Ademais, deve-se apor, ao final do dispositivo, uma linha pontilhada, para indicar a manutenção dos parágrafos que o complementam.

**A Proposta de Emenda à Constituição nº 38, de 1999**, é, portanto, juridicamente admissível e, do ponto de vista do mérito, representa contribuição de grande relevância para aprimorar o processo de demarcação de terras indígenas.

### **b) Quanto à PEC nº 3, de 2004**

No que concerne à alteração pretendida pela **Proposta de Emenda à Constituição nº 3, de 2004**, embora se recomende a sua rejeição pelas razões adiante explicitadas, sua idéia central será aproveitada e aperfeiçoada por meio do substitutivo ao final apresentado.

Com efeito, nos termos do art. 231 da Constituição Federal, são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar.

Também na forma da Constituição Federal, as terras indígenas integram o patrimônio da União (art. 20, XI, da Constituição Federal), o que significa dizer que são *inalienáveis* e *indisponíveis*, assim como são imprescritíveis os direitos que sobre elas incidem (art. 231, § 4º, da CF).

Isso, portanto, impede que o poder público *desaproprie* terras para realizar a demarcação em favor da comunidade indígena, já que seria contraditório permitir que a União adquira áreas que, por expressa disposição constitucional, já lhe pertencem.

Conseqüentemente, inviável acolher a redação projetada para o § 8º do art. 231 da Constituição Federal, na forma idealizada pelo Senador Juvêncio da Fonseca.

Entretanto, ao meu juízo, o objetivo maior que norteou a **PEC nº 3, de 2004** pode ser atingido de outra maneira, isto é, de forma que não conflite com outros dispositivos Constitucionais.

Claramente se constata que o objetivo central do Senador Juvêncio da Fonseca foi o de assegurar a indenização aos “proprietários” de terras para demarcação em favor da comunidade indígena, de modo a proteger o direito dos índios, e, ao mesmo tempo, retribuir financeiramente os antigos titulares do “domínio” das terras.

Para tanto, ante o permissivo do parágrafo único do art. 356 do Regimento Interno do Senado Federal, sugere-se o substitutivo apresentado ao final deste parecer.

E para demonstrar quão meritório são os artigos 3º e 4º do substitutivo, é necessário firmar algumas premissas.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro, nos termos do bem lançado voto do eminente Ministro Carlos Brito, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da petição n.º 3388, que a data da promulgação da Constituição Federal, qual seja, 05 de outubro de 1988, é o marco temporal para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, *verbis*:

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.

Assim, o ato declaratório de demarcação que hoje é realizado pelo Presidente da República – e que, se aprovada a **PEC nº 38, de 1999**, passará a ser realizado pelo Senado Federal – tem efeito *ex tunc*, em vista da natureza *declaratória* desse pronunciamento.

Mas – e isso é fundamental –, essa retroatividade só vai até a data de 05 de outubro de 1988, vale dizer, à data do surgimento do direito, já que a Carta da República não pode ter efeitos pretéritos.

Em segundo lugar, deve-se recordar que o direito de propriedade e o ato jurídico perfeito são garantidos em cláusulas pétreas da Constituição Federal que, neste particular, assim dispõe:

**Art. 5º** .....

.....  
XXII - é garantido o direito de propriedade;

.....  
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Em terceiro lugar, também se deve ter presente que o *direito de ação* é previsto de forma expressa no art. 5º, XXXV da Carta da República:

**Art. 5º** .....

.....  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;  
.....

E a análise dos artigos 3º e 4º do substitutivo, apresentados ao final deste parecer, demanda a conjugação de todos esses dispositivos constitucionais e seus valores, de modo a atender a todos os interesses em conflito (o dos índios e dos titulares do “domínio” das terras), aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Se, de um lado, é correto afirmar que o legislador constituinte originário teve o objetivo de assegurar às comunidades indígenas as terras indispesáveis para o seu bem-estar e sua reprodução física e cultural, de outro, não é menos verdade que a segurança das relações jurídicas, o direito de propriedade e o ato jurídico perfeito são pilares do Estado democrático de direito.

Conseqüentemente, o ato declaratório de demarcação de terras indígenas deve retroagir à data da promulgação da Constituição Federal – 05 de outubro de 1988 –, e deve ser assegurado aos atuais “proprietários” das terras com título de domínio regular naquela data o direito de receber pela terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé.

Isso porque os “proprietários” dos imóveis declarados pelo Presidente de República como terras tradicionalmente indígenas – atividade que, caso aprovada a **PEC nº 38, de 1999**, passará a se submeter ao crivo do Senado Federal – não podem arcar com os prejuízos da opção feita pelo legislador constituinte em 1988, no sentido de proteger os direitos dos índios.

Em outras palavras, não é correto que o Estado solucione a questão indígena à custa daqueles que, em 05 de outubro de 1988, ostentavam o direito de propriedade com amparo em título emitido pelo próprio Poder Público, por meio de seus órgãos delegados, e que, portanto, se constituía – e constitui – em ato jurídico perfeito.

Vale dizer, não é correto que o Estado brasileiro desrespeite o ato jurídico perfeito que ele protege incondicionalmente na própria Constituição Federal, no art. 5º, XXXVI, acima transrito.

Ora, se a Carta de 1988 foi denominada de Constituição Cidadã exatamente porque assegurou direitos e garantias individuais como, por exemplo, a propriedade, se afigura antijurídica e contrária ao espírito maior da Carta declarar terras tradicionalmente indígenas sem assegurar contraprestação financeira alguma aos prejudicados pelo ato, que, frise-se novamente, tinham título outorgado pelo próprio Poder Público.

Por tudo isso, acredito que é teratológica a previsão da parte final do atual § 6º do art. 231 da Carta da República, eis que impede o exercício do *direito de ação* por parte dos anteriores “proprietários” no sentido de buscar qualquer tipo de indenização pela terra nua.

Dito de outra forma: a meu ver, essa passagem do texto Constitucional, que diz que a declaração de nulidade dos títulos de domínio não gera “*direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé*”, é totalmente injusta e contrária a outros dispositivos da própria Constituição Federal.

Assim, propõe-se, por meio do art. 3º do substitutivo, dar nova redação ao § 6º do art. 231 da Constituição Federal, suprimindo a vedação do exercício do *direito de ação* e a vedação da produção de efeitos dos títulos de domínio regularmente expedidos pelo Poder Público antes de 05 de outubro de 1988, de modo a garantir a possibilidade dos “proprietários” que preencherem tal requisito buscarem, no Poder Judiciário, a indenização pela violação ao seu direito.

Com todas essas modificações, possibilita-se, por meio do art. 4º do substitutivo, adicionar o § 8º ao art. 231 de modo a prever que “*A União indenizará aquele que, em título de domínio expedido pelo Poder Público que tenha origem em data anterior a 05 de outubro de 1988, constar como proprietário das terras declaradas tradicionalmente indígenas, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé*

Por tudo isso, é oportuna a atual manifestação do Poder Constituinte Derivado, já que soluciona grave problema que ressurge todas as vezes que a FUNAI anuncia a demarcação de terras indígenas, sendo, portanto, capaz de selar, de uma vez por todas, a paz entre os índios e os não-índios.

Finalmente, em homenagem a preceito regimental (art. 260, II, b), entendemos que deve ser **aprovada** a PEC nº 38, de 1999 na forma do substitutivo apresentado, não apenas por ser a mais antiga, mas também por dispor sobre a matéria de forma mais ampla. Entretanto, embora formalmente **rejeitada**, a PEC nº 3, de 2004, foi aproveitada, com adaptações, no substitutivo proposto.

### **III – VOTO**

Diante de todo o exposto, opinamos pela **rejeição** da Proposta de Emenda à Constituição nº 3, de 2004, e pela **aprovação** da Proposta de Emenda à Constituição nº 38, de 1999, na forma do seguinte substitutivo:

#### **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 38 (SUBSTITUTIVO), DE 1999**

Altera a Constituição Federal, no que se refere à demarcação de terras indígenas

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 2º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º** O art. 52 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XVI:

“Art. 52.....

XVI – aprovar, mediante proposta do Poder Executivo, o ato demarcatório das terras indígenas.

..... (NR)”

**Art. 2º** O *caput* do art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“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, e ao Senado Federal aprovar, mediante proposta do Presidente da República, o ato demarcatório de suas terras.

..... (NR)”

**Art. 3º** O § 6º do art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 231.....

§ 6º São nulos 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.

..... (NR)”

**Art. 4º** O art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º:

“Art. 231.....

§ 8º A União indenizará aquele que, em título de domínio expedido pelo Poder Público que tenha origem em data anterior a 05 de outubro de 1988, constar como proprietário das terras declaradas tradicionalmente indígenas, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé. (NR)”

**Art. 5º** Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator