

PARECER Nº , DE 2009

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 3, de 2004, primeiro signatário o Senador Juvêncio da Fonseca, que *acrescenta ao art. 231 da Constituição o § 8º, que faculta ao poder público desapropriar imóvel para efeito de demarcação em favor da comunidade indígena.*

RELATOR: Senador VALTER PEREIRA

I – RELATÓRIO

Esta Comissão examina a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 3, de 2004, de iniciativa do Senador Juvêncio da Fonseca e outros vinte e sete signatários, que tem por objetivo adicionar 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 exerça 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 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 faculta 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”.

Por força do Requerimento nº 511, de 2005, a matéria passou a tramitar em conjunto com a PEC nº 38, de 1999, sob a relatoria do Senador Demóstenes Torres. Posteriormente, foram também apensadas, em virtude do Requerimento nº 1.003, de 2006, 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.

Ao constatar,mos, todavia, que a natureza das matérias não se revela coincidente, apresentamos os Requerimentos nº 1.092, de 2008, e nº 1.197, de 2009, propondo o desapensamento das proposições.

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.

Não há emendas a relatar.

II – ANÁLISE

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

Verifica-se, nesse sentido, que a PEC nº 3, de 2004, preenche o requisito do art. 60, I, da Constituição da República, porquanto conta com a assinatura de 28 Senadores.

A proposição também obedece à limitação material do Poder de Reforma Constitucional, fixados pelo § 4º do art. 60 da Constituição Federal, vez que não pretende alterar cláusulas pétreas.

No mérito, por ser louvável, a idéia central da proposta merece ser acolhida 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.

A fim de conferir efetividade à norma encerrada no *caput* do dispositivo mencionado, os §§ 1º e 2º subseqüentes estabelecem como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, destinando-se à sua posse permanente, “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”.

Além disso, as terras indígenas, assim entendidas as declaradas como tais pelo Presidente da República, integram o patrimônio da União (art. 20, XI, da Constituição Federal), o que significa dizer que são *inalienáveis* e *indisponíveis*, assim como imprescritíveis os direitos que sobre elas incidem (art. 231, § 4º, da CF).

Isto, 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 da proposição 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 é o substitutivo, é necessário firmar algumas premissas.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que o Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Petição nº 3.388, afirmou que a data da promulgação da Constituição de 1988 é o marco temporal para reconhecimento, aos índios, dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam:

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.

Em segundo lugar, é preciso recordar que o ato declaratório de demarcação que hoje é realizado pelo Presidente da República tem efeito *ex tunc*, em vista da natureza *declaratória* desse pronunciamento.

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

Em terceiro 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 quarto 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 o substitutivo apresentado ao final deste parecer conjuga 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, 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.

Consequentemente, 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”, isto é, 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.

Isso porque os “proprietários” dos imóveis declarados pelo Presidente de República como terras tradicionalmente indígenas 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 – 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 transcrito.

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 equivocada – e, por isso, passível de alteração – 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, quando o § 6º do art. 231 da Carta da República 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”, impõe previsão totalmente injusta e contrária a outros dispositivos da própria Constituição Federal.

Assim, propõe-se, por meio do art. 1º 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. 2º do substitutivo, adicionar o art. 67-A ao ADCT de modo a prever que: “A União indenizará aquele que possuir título de domínio regularmente expedido pelo Poder Público, dele constando como proprietário de área declarada tradicionalmente indígena, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé.”

Por tudo isto, é oportuna a atual manifestação do Poder Constituinte Derivado, já que soluciona grave problema que ressurgue 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.

III – VOTO

Em vista do exposto, opinamos pela **aprovação** da Proposta de Emenda à Constituição nº 3, de 2004, na forma o seguinte substitutivo:

EMENDA Nº – CCJ (SUBSTITUTIVO) PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 3, DE 2004

Altera o § 6º do art. 231 da Constituição Federal e acrescenta 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 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 § 6º do art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 231.**

.....

§ 6ª Serão 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.

.....” (NR)

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 67-A:

“**Art. 67-A.** A União indenizará aquele que possuir título de domínio regularmente expedido pelo Poder Público, dele constando como proprietário de área declarada tradicionalmente indígena, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé.”

Art. 3º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator