

## VOTO EM SEPARADO

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

### I – RELATÓRIO

Esta comissão examina as Propostas de Emenda à Constituição (PECs) nº 38, de 1999, e nº 3, de 2004. A primeira proposta de alteração do texto constitucional é de autoria do ilustre Senador Mozarildo Cavalcanti e outros vinte e oito Senadores, ao passo que a segunda foi apresentada pelo ilustre Senador Juvêncio da Fonseca e outros vinte e sete signatários.

A PEC nº 38, de 1999, tem por finalidade alterar a redação dos arts. 52, 225 e 231 da Constituição Federal (CF) para atribuir ao Senado Federal a competência para aprovar o processo de identificação, delimitação e demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que passam a ficar limitadas a, no máximo, trinta por cento da superfície territorial de cada unidade da Federação.

Já a PEC nº 3, de 2004, busca adicionar um § 8º ao art. 231 da Constituição, de modo a excluir da disciplina do § 6º do mesmo artigo os títulos de propriedade expedidos e devidamente registrados referentes a terras sobre os quais se exerça posse mansa e pacífica por mais de dez anos consecutivos, facultando-se ao União, em tais casos, proceder às desapropriações.

Por força do Requerimento nº 511, de 2005, do ilustre Senador Tião Viana, as PECs nº 38, de 1999, e nº 3, de 2004, passaram a passar a tramitar em conjunto.

## II – ANÁLISE

As Propostas de Emenda à Constituição nº 38, de 1999, e nº 3, de 2004, não apresentam vício de regimentalidade. De fato, o art. 356 do Regimento Interno desta Casa confere à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) competência para o exame das propostas de alteração do texto constitucional quanto à sua admissibilidade e mérito.

Nesse sentido, verifica-se 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 contam com a assinatura de 29 e 28 Senadores, respectivamente. Ademais, respeitadas estão as limitações materiais e temporais ao Poder de Reforma Constitucional, fixadas pelos §§ 1º, 4º e 5º do art. 60 da Lei Maior.

Com efeito, não há pretensão de alterar cláusulas pétreas e, tampouco, ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes.

Observamos que a justificção da **PEC nº 38, de 1999**, destaca, com vigor, que o objetivo da alteração constitucional consiste na obtenção de pronunciamento do Senado Federal, em última instância, acerca do conteúdo dos trabalhos de identificação, delimitação e demarcação de terras indígenas realizados pelos órgãos próprios do Poder Executivo Federal.

O art. 231 da Constituição não faz — mas deveria fazê-lo — referência à atuação do Senado Federal no processo de demarcação de terras indígenas. Realmente, de acordo com o esquema normativo em vigor, somente serão ouvidas, no bojo do processo administrativo de identificação, delimitação e demarcação de terras indígenas, as entidades integrantes da administração pública federal com interesse na matéria e competência para opinar sobre os aspectos da demarcação atinentes às suas atribuições legais, o que não atende ao princípio federativo, de que é guardião o Senado Federal. Com efeito, considerando que as terras declaradas como indígenas

abandonam a órbita da propriedade particular, do município ou do Estado-membro para integrar o patrimônio da União, não há sentido em recusar oitiva a esta Câmara Alta do Congresso Nacional.

Ressalte-se, a propósito, que, no que concerne às terras indígenas, a atuação do Parlamento, segundo os § 3º e 5º do art. 231 da Constituição, limita-se ao mero exame das questões atinentes ao aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas naturais e à remoção de grupos indígenas em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população.

Já é hora de o Senado Federal, representante dos Estados perante a Federação, tomar parte desse procedimento demarcatório, que, como demonstrou o emblemático caso Raposa Serra do Sol, pode apresentar, como resultado colateral, a inviabilização de Estados e municípios.

Precisamente esse o grande mérito da PEC nº 38, de 1999: resgatar a função primordial do Senado Federal de reequilibrar os poderes da República e preservar o equilíbrio da Federação, em prestígio ao sistema brasileiro de freios e contrapesos. Com efeito, em certos casos a pretensão demarcatória de terras tradicionalmente ocupadas por índios atinge grandes porções, o que, indiscutivelmente, exige ampla e aprofundada discussão.

Para guardar melhor consonância com esse desiderato, a PEC nº 38, de 1999, necessita, contudo, de alguns ajustes, a fim de ser aperfeiçoada tecnicamente, num primeiro momento, e adequada às exigências da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, por outra parte.

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 o *processo de demarcação* das referidas porções de terra, conforme alvitrado.

Realmente, ainda que o laudo antropológico e demais estudos devam instruir o ato demarcatório a ser apreciado pelo Senado Federal, não deve ser submetido a esta Casa do Congresso Nacional, à nossa compreensão,

todo o processo demarcatório e suas diversas fases, como dá a entender a dicção proposta para o dispositivo (inciso XV do art. 52 da CF).

Além disso, o mencionado inciso deve ser renumerado como “XVI”, vez que a Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, adicionou o inciso XV ao art. 52 da Constituição Federal.

Com respeito aos arts. 2º e 4º da proposta, entendemos que devem eles ser suprimidos, porquanto neles se perpetra o mesmo equívoco em que incorreu o então 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, matéria evidentemente diversa do escopo que ora examinamos.

Com efeito, não se deve confundir o tema das unidades de conservação ambiental com o tópico das terras indígenas. Tanto é assim que a própria Carta Magna outorgou, para cada uma dessas matérias, capítulos absolutamente distintos.

É bem verdade que os atos materiais de competência exclusiva da União que importam no reconhecimento dos direitos originários dos agrupamentos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam envolvem, por expressa previsão do § 3º do art. 232 da Constituição, a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dessas comunidades.

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

Dessarte, 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 PEC nº 38, de 1999, ser reduzida ao tratamento da demarcação de terras indígenas e dos respectivos requisitos.

O *caput* do art. 231 da CF, a que se refere o art. 3º da PEC nº 38, de 1999, deve, igualmente, ser objeto de emenda, de modo a se conformar com a redação que, afinal, propomos para o inciso XV (“XVI”) do art. 52 da Lei Maior.

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 3, de 2004**, por sua vez, também reúne condições formais e materiais de ser aprovada. No mérito, merece, com os devidos aperfeiçoamentos, nossa inteira acolhida.

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, inciso 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).

Isso, portanto, impede que o poder público *desaproprie* terras *tradicionalmente ocupadas* para realizar a demarcação em favor da própria comunidade indígena, já que seria contraditório permitir que a União adquira áreas que, por expressa disposição constitucional, já lhe pertencem (art. 20, XI, da CF).

Conseqüentemente, inviável, do ponto de vista da lógica, acolher a redação do § 8º do art. 231 da Constituição Federal na forma idealizada pelos autores da matéria.

A nosso juízo, porém, o objetivo maior que norteou a elaboração da PEC nº 3, de 2004, pode ser atingido de outra maneira, não conflitante com outros dispositivos constitucionais.

É que se extrai, da idéia central do Senador Juvêncio da Fonseca, o propósito de proteger o direito dos índios e, ao mesmo tempo, compensar financeiramente, mediante indenização, os antigos proprietários e possuidores da área.

Para tanto, imprescindível a aprovação do substitutivo apresentado ao final do presente voto.

Para demonstrar o quão meritorias são as modificações nele apresentadas, necessário firmar algumas premissas.

O ato de declaratório de demarcação que hoje é praticado, via decreto, pelo Presidente da República – e que, aprovada a **PEC nº 38, de 1999**, precisará ser aprovado pelo Senado Federal – possui eficácia *ex tunc*, retroativa, em vista da sua natureza declaratória. Isso significa que a terra homologada como indígena sempre teve essa qualidade e, portanto, sempre pertenceu à União.

Por outro lado, o *direito de propriedade* e o *ato jurídico perfeito* são garantidos em cláusulas pétreas da Constituição Federal que, no 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;  
 .....”

Finalmente, também se deve ter presente que o *direito de ação* também 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;  
 .....”

Todos esses dispositivos e valores constitucionais devem ser harmonizados, de modo a solucionar os interesses em conflito.

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

Dessarte, o ato declaratório de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por índios deve assegurar aos atuais proprietários e possuidores das terras que tenham título de domínio regular naquela data o direito de receber indenização não apenas pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, mas também pela terra nua.

Isso porque tais pessoas não podem arcar com os prejuízos da opção feita pelo legislador constituinte em 1988, no sentido de proteger, de forma quase exclusiva e excludente, os direitos dos índios.

Em outras palavras, não se afigura correto permitir que o Estado continue a solucionar a questão indígena às custas daqueles que ostentam direito de propriedade com amparo em título emitido, não raro, pelo próprio Poder Público.

Por essa razão, é teratológica a previsão da parte final do atual § 6º do art. 231 da Carta da República (*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*), na medida em que impede o exercício do *direito de ação*.

Assim, propomos nova redação para o § 6º do art. 231 da Constituição Federal, a que se refere o art. 1º da PEC nº 3, de 2004, a fim de suprimir a vedação do exercício do *direito de ação* e a negação de efeitos aos títulos de domínio regularmente expedidos pelo Poder Público, garantindo, desse modo, a possibilidade de questionamento, perante o Poder Judiciário, de eventual violação ao direito de propriedade.

Com todas essas modificações, vislumbramos o acréscimo de um § 8º ao art. 231 da CF, consignando que, *desde logo, a União indenizará, mediante títulos da dívida pública agrária, os ocupantes das terras declaradas tradicionalmente indígenas, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé.*

### 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, 1999, na forma do seguinte substitutivo:

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

Altera os arts. 52 e 231 da Constituição, para atribuir ao Senado Federal a competência para aprovar o ato demarcatório de terras indígenas, e dá outras providências.

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 de terras indígenas, de natureza constitutiva.

..... (NR)”



**Art. 2º** O *caput* e o § 6º do art. 231 da Constituição Federal passam 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, após ouvir o Estado onde as terras se situem, 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.

.....  
 § 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. 3º** O art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido de § 8º com a seguinte redação:

“**Art. 231**.....

.....  
 § 8º Quando necessárias à sobrevivência dos povos indígenas, as áreas demarcadas poderão ser ampliadas, desde logo, pela União, que indenizará, mediante títulos da dívida pública agrária, os ocupantes das terras declaradas indígenas, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias. (NR)”

**Art. 4º** Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

Senador **ROMERO JUCÁ**