

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 490, DE 2007

(Apensos: Projetos de Lei nºs: 1.218/2007, 1.606/2015, 2.302/2007, 2.311/2007, 3.896/2012, 1.003/2015; 5.993/2009; 2.479/2011; 6.818/2013, 1.218/2015, 1.216/2015)

Altera a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio.

Autor: Deputado HOMERO PEREIRA

Relator: Deputado JERÔNIMO GOERGEN

VOTO EM SEPARADO DOS DEPUTADOS CHICO ALENCAR E IVAN VALENTE

Com as vênias de estilo, vemo-nos obrigados a discordar das conclusões do parecer apresentado pelo relator da matéria nesta comissão, Deputado Jerônimo Goergen.

Cumpre-nos, inicialmente, ressaltar a inconstitucionalidade dos Projetos de Lei nºs 490/2007, 1.218/2007, 2.302/2007, 2.311/2007 e 2.479/2011 por retirarem do Poder Executivo a competência para demarcação de terras indígenas estabelecida pelo art. 231 da Constituição Federal.

A propósito, o Excelso Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que:

“(…) Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar

coincidirem com faixa de fronteira. **As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da CF. (...)** [Pet 3.388, rel. Min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.] (grifamos)

“Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (*caput* do art. 231 da CF). Donde competir ao presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o art. 9º do Decreto 1.775/1996.” (MS 24.045, rel. Min. Joaquim Barbosa). (grifamos)

As normas de proteção às comunidades indígenas estão consubstanciadas na Constituição Federal, que reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Os arts. 231 e 232 da Carta Magna constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena, que merece ser analisado para a compreensão do que se discute nos projetos de lei sob exame.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 abriu um novo capítulo nas relações entre o Estado e os povos indígenas, pois alterou a visão assimilacionista que permeava a legislação brasileira desde a conquista, para instituir direitos fundamentais à sobrevivência física e cultural dos índios. Assim, não pretendendo mais integrar os povos indígenas na comunhão nacional e reconhecendo seus direitos legítimos, a Constituição optou pelo respeito à pluralidade étnica e à diversidade cultural.

No entendimento da Corte Suprema:

“A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória

de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (...)” [Pet 3.388, rel. Min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.]

A preservação da cultura indígena está relacionada com a garantia de sua organização social, conforme seus usos e costumes – o que assegura a necessidade dos índios de possuírem espaço e tempo para o desenvolvimento de suas comunidades. Nesse sentido, não há que se falar em integrar essas comunidades à sociedade dominante, mas em proporcionar mecanismos legais para que preservem sua cultura, línguas e tradições.

O art. 231 da Constituição Federal reconhece 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”. Esse reconhecimento da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições indígenas é a expressão concreta do avanço da legislação em relação à defesa dos direitos desses povos. O reconhecimento legitima a cultura e garante aos índios o direito de viverem segundo seus usos e costumes.

No § 2º do mesmo artigo, assegura-se que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes”. Cumpre observar que se trata de direito à posse permanente sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O direito de propriedade sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, conforme artigo 20, inciso XI, da CF,

são bens da União. Terras inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, como determina o § 4º do art. 231 da Lei Maior.

O direito à posse dessas terras ultrapassa o conceito comum de posse regulado pelo Código Civil brasileiro. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não estão resumidos no simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria, mas revelam também o direito que seus titulares têm de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. A posse indígena relaciona-se com a ideia de *habitat* que esses povos possuem com as terras que ocupam. O termo “permanente” advém do mesmo reconhecimento da relação diferenciada desses povos com a terra. O legislador garante ao índio a posse “para sempre” para que este mantenha sua cultura, hábitos e tradições.

O § 1º do art. 231 da Constituição Federal conceitua o que vêm a ser as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios: “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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. “Tradicionalmente ocupadas” não significa ocupação imemorial, ou seja, não revela uma relação temporal, na qual os índios teriam direitos sobre suas terras por nela estarem desde épocas remotas. Pode-se dizer que o “tradicionalmente” refere-se, na verdade, ao modo tradicional dos índios de ocuparem e utilizarem suas terras, ou seja, ao modo característico dessas comunidades de se relacionarem com a terra para a garantia da sobrevivência física e cultural de seu povo.

Da fonte primária e congênita da posse territorial deriva também o princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras, previsto no § 5º do art. 231 da Carta Política. Segundo o referido dispositivo constitucional, a remoção dos índios de suas terras é vedada, salvo, *ad referendum*, do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

O direito de usufruto exclusivo dado aos índios das riquezas do solo, dos rios e dos lagos (art. 231, § 2º, da CF) implica a possibilidade desses povos utilizarem, sem restrições, os bens e recursos da área para a realização de suas atividades habituais, segundo seus usos, costume e tradições. Trata-se de um direito que visa a assegurar aos índios sua subsistência e a manutenção de sua reprodução física e cultural.

A ausência de restrições para a utilização dos recursos naturais garantida aos índios está assegurada às suas atividades tradicionais, a fim de que vivam, segundo seus usos e costumes, garantindo sua subsistência e sua cultura. Entretanto, caso venham a explorar comercialmente os recursos naturais, estarão sujeitos ao cumprimento de exigências e normas legais específicas.

Ao garantir que os recursos naturais dispostos nas terras indígenas só podem ser usufruídos por eles – não estando disponíveis a terceiros –, o legislador impôs limitações à prática de atividades comprometedoras do meio ambiente e da sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas, e manteve a coerência com os dispositivos que reconhecem aos índios sua “organização social, línguas, crenças e tradições” (art. 231, *caput*, da CF). Com a mesma intenção, impôs restrições à remoção das comunidades indígenas de suas terras tradicionais e ao aproveitamento da lavra mineral e dos recursos hídricos existentes nessas terras (art. 231, §§ 3º e 5º, da CF).

Por fim, de acordo com o art. 231, § 6º, da Constituição da República, **“são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração dos recursos naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvando relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção, direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé”**. (grifamos)

A demarcação das terras indígenas feita pela União – proprietária das terras – tem como objetivo precisar a real extensão da posse

indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam, para que o Estado possa efetivamente proteger e fazer respeitar todos os seus bens, como determina o art. 231, *caput*, da Constituição Federal.

O ato demarcatório tem natureza meramente declaratória, ou seja, não é um ato administrativo que constitui a terra indígena, mas configura-se mero ato de reconhecimento. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são consideradas terras indígenas independente de demarcação, que ocorre apenas para reconhecê-las como tal e para que possam vir a ser devidamente protegidas.

Referida interpretação encontra respaldo no posicionamento do Excelso Supremo Tribunal Federal:

“DIREITOS ORIGINÁRIOS. 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).” [Pet 3.388, rel. Min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.]

Diante do exposto, percebe-se a inconstitucionalidade material do Projeto de Lei nº 1.606/ 2015, ao determinar que a propriedade ou a posse de áreas rurais, reivindicadas por comunidade indígena ou por remanescentes das comunidades de quilombos, continua a pertencer ao respectivo proprietário ou posseiro, salvo decisão em contrário proferida em ação judicial de discriminação.

Igualmente inconstitucional o Projeto de Lei nº 3.896/ 2012, que incluiu § 4º ao art. 62 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 1973), dispondo sobre indenização de detentores de títulos, quando o art. 231, § 6º, da Carta Magna,

estabelece serem nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, 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.

Da mesma forma, o PL nº 1.003/2015, ao estabelecer que as desocupações por desapropriações resultantes da demarcação de terras indígenas só serão efetivadas após o pagamento da justa indenização em dinheiro, calculada sobre o valor da terra e benfeitorias, ao seu legítimo proprietário ou a quem detenha a sua posse de boa-fé, atestada por qualquer documento público.

O PL nº 1.218/2015, de igual modo, é inconstitucional, porquanto pretende, por meio de lei ordinária, determinar que o direito fixado na Constituição Federal para demarcação de terras indígenas seja limitado temporalmente até 4 de outubro de 1993. Tenta vincular o comando protetório – que visa a agilidade do cumprimento da norma por parte da União – do art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) como marco temporal do direito à demarcação. A partir daí, de acordo com o proposto, a União “reservaria áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios”, e não mais valeria o comando do art. 231, § 6º, da Lei Maior, cabendo à União proceder à desapropriação nos termos do Decreto nº 3.365/1941 c/c a Lei nº 4.132/1962, indenizando a terra nua e as benfeitorias. O regramento disposto nos arts. 231 e 232 da Constituição Federal não é transitório.

O PL nº 6.818/2013, único aprovado pelo relator com substitutivo, e o PL nº 1.216/2015, de conteúdo idêntico ao primeiro, supostamente pretendem reproduzir as condicionantes fixadas pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento da PET 3388/RR, em que se discutiu a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Verifica-se, contudo, que as proposições são inconstitucionais, na medida em que fixam, ao contrário do disposto na Constituição Federal e da interpretação dada pela Corte Suprema¹ que “o esbulho possessório ocorrido

¹ “O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. **A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data**

anterior a 5 de outubro de 1988 descaracteriza a habitação permanente referente ao inciso I deste artigo (art. 3º, § 3º, de ambos os projetos).

Igualmente inconstitucionais os arts. 8º das proposições, que asseguram a permanência dos ocupantes de boa-fé na área objeto de demarcação até o pagamento integral da indenização por benfeitorias a que fizerem jus, nos termos do art. 231, § 6º da Constituição Federal. Inverte-se, dessa forma, o direito à posse das terras que é dos indígenas. Direito originário, cuja demarcação se constitui em ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente.

As proposições (art. 11) retiram, ainda, da competência do Poder Executivo a “demarcação sobre terras de domínio privado, com justo título e boa-fé” que deverá, segundo as proposições ser feito por via judicial, nos termos da

da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo”. [Pet 3.388, rel. Min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.]

Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, que “dispõe sobre o processo discriminatório das terras devolutas da União, e dá outras providências”. Aqui também pretendem intervir o direito à posse das terras. Inconstitucional, portanto.

Sob a ótica da juridicidade, descabida a pretensão de reproduzir em lei a interpretação do Excelso Supremo Tribunal Federal exarada na PET 3388/RR para o estatuto jurídico da causa indígena.

O Presidente da República, chefe do Poder Executivo, a quem cabe demarcar as terras indígenas, aprovou², com força normativa nos termos do §1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73/1993, Parecer nº GMF-05, que, por sua vez, adotou o parecer 01/2017/GAB/CGU/AGU, cuja ementa está vezada nos seguintes termos:

“I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas.

II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR).”

Ainda que desnecessário tratar do mérito, posto que todos os projetos de lei em apreço padecem de inconstitucionalidade ou injuridicidade insanáveis, como restou demonstrado nas linhas antecedentes, registramos que todas as proposições impõem uma série de regramentos que geram restrições à demarcação de áreas indígenas. Algumas delas com claro objetivo de facilitar a transferência de parcela dessas áreas para os ocupantes ilegais e grileiros que rondam as terras da União destinadas às populações indígenas. Os interesses de grupos econômicos específicos sobre as terras indígenas, bem como de

² Publicado no Diário Oficial da União (DOU) no dia 20/07/2017.

outros segmentos tradicionais da sociedade dominante, estão presentes no Congresso Nacional, com a clara intenção de eliminar boa parte dos direitos conquistados pelos povos indígenas.

Pelo exposto, votamos pela inconstitucionalidade dos Projetos de Lei nºs 490/2007, 1.218/2007, 2.302/2007, 2.311/2007, 2.479/2011, 3.896/2012, 6.818/2013, 1.003/2015, 1.216/2015, 1.218/2015 e 1.606/2015; e pela injuridicidade do Projeto de Lei nº 5.993/2009, restando prejudicados os demais aspectos a serem analisados por esta Comissão.

Sala da Comissão, em de de 2018.

Deputado CHICO ALENCAR

Deputado IVAN VALENTE