

**COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 215-A, DE 2000, QUE “ACRESCENTA O INCISO XVIII AO ART. 49; MODIFICA O § 4º E ACRESCENTA O § 8º, AMBOS NO ART. 231, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”, E ÀS APENSADAS. (DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS)**

**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 215-A, DE 2000**

**(Apensadas: PEC 579/2002; PEC 257/2004; PEC 275/2004; PEC 319/2004; PEC156/2003; 37/2007; PEC 117/2007; PEC 411/2009; PEC 415/2009; PEC 161/2007; PEC 291/2008)**

Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º, ambos no art. 231, da Constituição Federal.

**Autor:** Deputado ALMIR SÁ e outros

**Relator:** Deputado OSMAR SERRAGLIO

## **I – RELATÓRIO**

A Proposta de Emenda à Constituição nº 215, de 2000, de autoria do Deputado Almir Sá e outros, tem como objetivo modificar o texto atual da Constituição Federal, outorgando ao Congresso Nacional a competência exclusiva para aprovar a demarcação das terras indígenas e ratificar as demarcações já homologadas pelo Poder Executivo. Prevê, também, que os critérios e procedimentos relativos à demarcação das terras indígenas sejam regulamentados por lei.

Na Justificação, os autores alegam que a demarcação realizada através do Poder Executivo, “sem nenhuma consulta ou consideração aos interesses e situações concretas dos estados-membros”, consubstancia-se em verdadeira intervenção, sem que haja mecanismos de controle, tornando a demarcação um ato unilateral do Poder Executivo.

À PEC 215/2000 foram apensadas as seguintes proposições:

**- PEC 579/2002:**

Dá nova redação ao § 1º do art. 231 da Constituição Federal, determinando que a demarcação das terras indígenas deva ser submetida à aprovação do Congresso Nacional.

**- PEC 257/2004:**

Tem como propósito dar nova redação ao § 1º do art. 231 da Constituição, acrescentando ao texto original disposição que submete a demarcação das terras indígenas à “audiência das Assembleias Legislativas dos Estados”.

**- PEC 275/2004:**

Altera a redação dos artigos 49, inciso XVI, e 231, caput, para outorgar ao Congresso Nacional a competência para autorizar a demarcação das terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e minerais e a pesquisa e lavra das riquezas minerais no interior dessas áreas. À União compete demarcar as terras indígenas, ad referendum do Congresso Nacional.

**- PEC 319/2004:**

Tem redação e objetivos similares à PEC 275/2004, alterando a redação dos artigos 49, inciso XVI, e 231, caput, da Constituição.

**- PEC 156/2003:**

Acrescenta parágrafo ao art. 231 da Constituição Federal e dá nova redação ao § 7º renumerado, propondo a preservação das áreas ocupadas por pequenas propriedades rurais exploradas em regime de economia familiar, excluindo-as da demarcação das terras indígenas. Estende o direito de indenização aos títulos havidos e benfeitorias erigidas comprovadamente em boa fé.

**- PEC 37/2007:**

Dá nova redação ao art. 231 da Constituição, prevendo a criação de reservas indígenas por meio de lei, cujo projeto de iniciativa do Poder Executivo será instruído com estudo antropológico e levantamento fundiário.

**- PEC 117/2007:**

Dá nova redação ao art. 231 da Constituição, outorgando à União a competência para demarcar as terras indígenas por lei.

**- PEC 411/2009:**

Acrescenta § 8º ao art. 231 da Constituição, estabelecendo que as terras indígenas serão demarcadas por lei de iniciativa do Poder Executivo.

**- PEC 415/2009:**

Dá nova redação ao § 4º do art. 231 da Constituição, dispondo sobre a permuta, ad referendum do Congresso Nacional, de áreas indígenas por outras de igual extensão.

**- PEC 161/2007:**

Altera o inciso III do art. 225, o § 4º do art. 231, da Constituição Federal, e o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecendo que a criação, alteração e a supressão de espaços territoriais a serem especialmente protegidos, a demarcação de terras indígenas e a emissão do título de propriedade em favor dos remanescentes das comunidades de quilombos far-se-ão por meio de lei.

**- PEC 291/2008:**

Altera o inciso III do § 1º do art. 225 da Constituição, prevendo que a criação, a alteração e a supressão de espaços territoriais a serem especialmente protegidos far-se-ão por lei.

No processo de tramitação da PEC 215/2000, merecem registros os seguintes fatos:

Na Legislatura anterior, a matéria foi distribuída à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) para análise de sua constitucionalidade e admissibilidade, nos termos do art. 202, caput, do Regimento Interno.

Em 21 de março de 2012, a CCJC aprovou a admissibilidade constitucional da proposição principal, a Proposta de Emenda à Constituição nº 215, de 2000, com oferecimento de emenda saneadora de inconstitucionalidade, que exclui do texto original a possibilidade de o Congresso Nacional rever as demarcações já concluídas, por entendê-la atentatória ao preceito do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. De fato, tal ratificação importaria em reexaminar atos jurídicos consumados, constitutivos de direitos tanto para a União quanto para as comunidades indígenas usufrutuárias dessas terras e, como tal, violaria o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

Relativamente às proposições apensadas, todas foram consideradas admissíveis pela douta Comissão, sem qualquer restrição quanto a sua constitucionalidade formal ou material.

Em 11 de abril de 2013, por ato da Presidência da Câmara dos Deputados, foi criada a Comissão Especial para apreciar e proferir parecer à PEC 215-A/2000 e às demais apensadas.

Assim, a Comissão Especial foi constituída e instalada, em atendimento ao disposto no art. 201, §2º do Regimento Interno, a fim de examinar o mérito da matéria.

Na Comissão Especial foram aprovados requerimentos de audiências públicas e de reuniões externas nos Estados, tendo como objetivo ouvir as autoridades e lideranças regionais.

A Comissão realizou audiências, ouviu a opinião de advogados e outros especialistas, colheu o depoimento de indígenas, agricultores, autoridades, cujas funções se vinculam, de alguma forma, às questões indígenas e ofereceu à Fundação Nacional do Índio e às lideranças indígenas a oportunidade de contribuir para o debate de todos os assuntos de seu interesse e para a apresentação das reivindicações que considerem justas

e necessárias ao bem-estar dos índios. Analisou e debateu todos os aspectos relacionados à legislação vigente, almejando o seu permanente aperfeiçoamento.

Para alcançar tais objetivos, a Comissão promoveu reuniões em várias localidades, nas seguintes datas:

- Dia 14 de março de 2014: Audiência Pública na cidade de Chapecó, Estado Santa Catarina;

- Dia 7 de abril de 2014: Conferência pública realizada na Câmara Municipal do Município de Marabá, Estado do Pará;

- Dia 11 de abril de 2014: Conferência pública em Passo Fundo, Rio Grande do Sul;

- Dia 28 de abril de 2014: Reunião pública em Cuiabá, Mato Grosso ;

- Dia 9 de maio de 2014: Reunião pública em Campo Grande, Mato Grosso do Sul;

- Dia 12 de maio de 2014: Reunião pública em Salvador, Bahia;

- Dia 26 de maio de 2014: Reunião pública em Belo Horizonte, Minas Gerais;

- Dia 5 de junho de 2014: Audiência Pública realizada no Plenário 11 das Comissões, em Brasília –DF;

- Dia 6 de junho de 2014: Conferência realizada na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo;

- Dia 11 de junho de 2014: Audiência Pública realizada na Câmara dos Deputados, em Brasília –DF.

Na atual legislatura, a Comissão Especial prosseguiu aprovando requerimentos de audiências públicas e se reuniu para ouvir e debater as questões relacionadas com conflitos entre índios e não índios, a atuação da Fundação Nacional do Índio, o processo de demarcação das terras indígenas e outros assuntos pertinentes à matéria.

Para alcançar tais objetivos, a Comissão promoveu as seguintes reuniões:

EM 17 DE MARÇO DE 2015: Destinou-se à instalação e eleição do Presidente e a designação do Relator. O Deputado Nilson Leitão assumiu a presidência. Em seguida, nos termos do artigo 41, VI do Regimento Interno, designou o Deputado Osmar Serraglio relator da Comissão e o Deputado Valdir Colatto relator adjunto.

EM 26 DE MARÇO DE 2015: Deliberação sobre requerimentos.

EM 23 DE ABRIL DE 2015: Deliberação sobre requerimentos.

EM 07 DE MAIO DE 2015: Audiência Pública. Compareceram à audiência pública os senhores ANTÔNIO ALVES, Secretário Especial de Saúde Indígena do Ministério da Saúde e FERNANDO DE LUIZ BRITO VIANNA, Assessor da Diretoria de Promoção e Desenvolvimento Sustentável da FUNAI. Inicialmente o Presidente concedeu a palavra ao senhor Fernando de Luiz Brito Vianna que fez um breve relato da organização das políticas indigenistas no Brasil. Em seguida, o senhor ANTÔNIO ALVES, fez uma detalhada exposição sobre a política nacional de saúde dos povos indígenas do Brasil.

EM 14 DE MAIO DE 2015: Audiência Pública, com o senhor PEPE VARGAS, Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República que fez um relato sobre as diversas áreas de atuação da Secretaria de Direitos Humanos na questão indígena. Deliberação sobre requerimentos.

EM 19 DE MAIO DE 2015: Audiência Pública com a presença dos senhores FLÁVIO CHIARELLI VICENTE DE AZEVEDO, Presidente da FUNAI e MARCELO RICHARD ZELIC, Vice-Presidente do Grupo Tortura Nunca Mais – SP.

EM 21 DE MAIO DE 2015: Deliberação sobre requerimentos.

EM 25 DE MAIO DE 2015: Audiência Pública com a participação do Senhor PAULO GABRIEL SOLEDADE NACIF, Secretário de

Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão do Ministério da Educação para tratar das políticas educacionais voltadas para a população indígena auxiliado por sua assessora, Rita Potyguara Diretora da SECADI/MEC. Aprovação de requerimentos.

EM 1º DE JULHO DE 2015: Deliberação sobre requerimentos.

EM 9 DE JULHO DE 2015: **EXPEDIENTE:** Despacho do Presidente da Câmara, Deputado Eduardo Cunha, prorrogando o prazo desta Comissão Especial por 20 sessões deliberativas.

Audiência Pública com a presença dos seguintes convidados: WEVERTON ROCHA, Deputado Federal pelo Estado do Maranhão; ADRIANA LURIKO KAMADA RIBEIRO, Prefeita Municipal de Amarante; ANTÔNIO AURÉLIO DE AZEVEDO, Presidente da Câmara Municipal de Amarante; LEVI PINHO ALVES, Diretor de Assentamento e Desenvolvimento Rural do Instituto de Colonização e Terras do Maranhão; EMANUEL OLIVEIRA, Presidente da Comissão Permanente em Defesa dos Proprietários e Agricultores de Amarante no Maranhão; LUIS ANTÔNIO NASCIMENTO CURI, Advogado da Comissão Permanente em Defesa dos Proprietários e Agricultores de Amarante.

EM 6 DE AGOSTO DE 2015: Audiência Pública, com a presença dos seguintes convidados: Roberto Lemos dos Santos Filho - Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos-SP e Juiz Federal Titular da 5ª Vara de Santos-SP; Deborah Duprat, Subprocuradora-Geral da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal; e Artur Nobre Mendes, Diretor Substituto da Diretoria de Proteção e Desenvolvimento Social da FUNAI.

É o relatório.

## II – VOTO DO RELATOR

As terras indígenas estão classificadas pelo órgão indigenista nas modalidades: Interditada, dominial, reservas indígenas, tradicionalmente ocupadas. Segundo informativo da FUNAI, as terras tradicionalmente ocupadas se distribuem, de acordo com a fase de regularização, entre as terras delimitadas, declaradas, homologadas e regularizadas. Diz o informativo da FUNAI:<sup>1</sup>

- “Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas: São as terras indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988, direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

- Reservas Indígenas: São terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional. Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional.

- Terras Dominiais: São as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

- Interditadas: São áreas interditadas pela Funai para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

As fases do procedimento demarcatório das terras tradicionalmente ocupadas, abaixo descritas, são definidas por Decreto da Presidência da República e atualmente consistem em:

- Em estudo: Realização dos estudos antropológicos, históricos, fundiários, cartográficos e ambientais, que fundamentam a identificação e a delimitação da terra indígena.

- Delimitadas: Terras que tiveram os estudos aprovados pela Presidência da Funai, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da

---

<sup>1</sup><http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>

União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena.

- Declaradas: Terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento.

- Homologadas: Terras que possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto presidencial.

- Regularizadas: Terras que, após o decreto de homologação, foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União.

- Interditadas: Áreas com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas isolados”.

<b>MODALIDADE</b>	<b>QTDE</b>	<b>SUPERFÍCIE (ha)</b>
<i>INTERDITADA</i>	6	1.084.049,00
<i>DOMINIAL</i>	6	31.070,70
<i>RESERVA INDÍGENA</i>	30	33.358,70
<i>TRADICIONALMENTE OCUPADA</i>	544	111.963.634,44
<i>TOTAL</i>	585	113.112.112,84
<b>FASE DO PROCESSO</b>	<b>QTE</b>	<b>SUPERFÍCIE</b>
<i>DELIMITADA</i>	38	2.307.660,91
<i>DECLARADA</i>	66	4.535.583,09
<i>HOMOLOGADA</i>	14	531.917,00
<i>REGULARIZADA</i>	426	104.588.473,42
<i>TOTAL</i>	544	111.963.634,44
<i>EM ESTUDO</i>	129	0,00

De acordo com dados da FUNAI - conforme informativo do órgão, atualmente existem 426 terras indígenas regularizadas que

representam cerca de 12,2% do território nacional, localizadas em todos os biomas, com concentração na Amazônia Legal. Tal concentração é resultado do processo de reconhecimento dessas terras indígenas, iniciadas pela Funai, principalmente, durante a década de 1980, no âmbito da política de integração nacional e consolidação da fronteira econômica do Norte e Noroeste do País.

Desde logo se registra que não impressiona o fato de ter diminuído o ritmo de criação de reservas indígenas no último Governo. Duas razões muito bem isso explicam: i) Na medida em que as reservas vão sendo criadas, o estoque necessariamente vai se reduzindo, culminando com o ideal, que é o de não haver nenhuma nova demanda; ii) A segurança jurídica exige que não se instabilize o direito à propriedade fomentando-se mais e mais conflitos fundiários.

Por outro lado, também é preciso ouvir-se os indígenas que buscam, mais do que novas reservas, um modo de sobreviver dignamente, até porque basta qualquer pessoa dirigir-se a uma reserva indígena e observar a qualidade dos serviços públicos ali são propiciados. Daí porque também indicamos a necessidade de políticas públicas adequadas para sua proteção.

Aliás, muitas reservas foram criadas de forma tão irrefletida que não se consegue entender qual a equação utilizada para evidenciar a necessidade de serem tão extensas. Para a concepção de alguns, a dimensão plena do gigantesco Brasil seria diminuta para atender à demanda de reservas, pois que, afinal, somos todos, os não-índios, descendentes de invasores, intrusos, devendo nos submeter à desintrusão.

Ninguém nega tenham sido os indígenas vítimas históricos de interesses pretensamente civilizatórias ou de colonização e até mesmo de pregadores religiosos. Todavia, sacrificados foram por diversas gerações, como outros povos também o foram, sob o influxo de circunstâncias em relação às quais nada se pode imputar aos nossos coetâneos. Querer que pequeno agricultor perca os recursos que, suada e legitimamente, ele e seus antepassados amealharam, ao longo de anos, a título de reparação de injustiças das quais não participaram, será, perpetrar-se contra ele nova injustiça. A pergunta que não quer se calar é: esses que bradam aos céus contra a opressão indígena estariam dispostos a abrir mão de todos seus pertences em prol da causa indígena? Que argumento moral tem essas pessoas para exigir que os que titularizam imóveis, centenariamente, de tudo

sejam privados, sem direito a qualquer centavo, se não demonstram o mesmo desprendimento? Não é possível que quem está a legislar não se subsuma à condição de atingido pela lei que prega, para então aquilatar o alcance das consequências de sua proposição.

Há um princípio jurídico hodiernamente remarcado, que é o da razoabilidade. Pergunta-se, será razoável exigir-se de um cidadão que, como um cordeiro, concorde com que seja-lhe retirado tudo o que possui? Somos uma Pátria laica, mas de maioria cristã. Questionamos: será cristão abordar-se famílias de agricultores e lhes determinar que desalojem suas moradias, adquiridas segundo as regras de direito sob o manto do princípio da aparência de legalidade, e caminhem para o olho da rua?

Há, também, uma regra que preside a solução de conflitos: quem frui dos bônus deve suportar os ônus. Se a sociedade brasileira deseja o bônus de reparar os males que praticou, deve suportar os ônus que a isso correspondem. Ou seja, deve ela, sociedade, coletivamente, responder pelos encargos financeiros que correspondem ao valor das terras nas quais deseja reconhecer o direito originário do indígena.

O Substitutivo que formulamos busca contemporizar esse embate de direitos.

A questão primordial a ser examinada diz respeito à apresentação de projeto de lei, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, para que o Congresso Nacional promova os debates parlamentares de praxe e, ao final, aprove, rejeite ou modifique a proposta inicial, dando-lhe a redação final para o encaminhamento à sanção ou veto presidencial.

O processo administrativo de demarcação das terras indígenas não se extingue com a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição. A Proposta, que ora estamos examinando, prevê que o Congresso Nacional examinará projeto de lei, cujo teor será resultante dos prévios estudos antropológicos, fundiários, e sociológicos, formulados em processo administrativo, no Executivo.

Neste caso, caberá ao Poder Executivo, após aprovação pelo Congresso Nacional, através do órgão indigenista federal promover a demarcação física, por meio de fixação de estacas demarcatórias ou por outros instrumentos e formas legalmente admitidas.

Portanto, se aprovada nos termos originais, a Emenda Constitucional não redundará em nenhum prejuízo para os direitos dos índios, que estão garantidos na Constituição Federal, assim como não importará em violação ao pacto federativo e à separação de poderes, como se demonstrou e decidiu quando da apreciação do tema junto à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

De fato, a Constituição Federal outorga à União a competência para demarcar as terras indígenas. A União é composta por três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. A qualquer deles poderia a Constituição Federal ter atribuído a competência, mesmo ao Poder Judiciário, quer em seara de jurisdição voluntária, em caso de inocorrência de conflito, ou, então, em jurisdição contenciosa, neste último caso, até porque há no Código de Processo Civil previsão de ação de demarcação de terras.

É a Lei nº 6.001, de 1973, que confere ao Poder Executivo a competência legal para executá-la, e não a Constituição. Quando da tramitação do projeto de lei a ela relativo, o Congresso Nacional poderia tê-lo rejeitado, ou deferido apenas a coleta de dados, enfim. A FUNAI só existe porque o Congresso a criou, assim como só tem as atribuições que o Congresso lhe conferiu.

Portanto, a competência para demarcar as terras indígenas não integra o núcleo imodificável de atribuições do Poder Executivo.

Nesse sentido, transcrevemos excerto do parecer elaborado pelo eminente Deputado Geraldo Pudim, quando da análise da admissibilidade da proposição pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania – CCJC, por considerá-lo esclarecedor do tema em análise:

*“A interpretação da Constituição a partir de norma infraconstitucional – no caso, o Estatuto do Índio – deve ser enfaticamente recusada, pois, como observa Gomes Canotilho, “uma interpretação autêntica da Constituição feita pelo legislador ordinário é metodicamente inaceitável”. Tal inversão equivocada atenta contra a supremacia da Constituição e viola a unidade da ordem jurídica, à medida que possibilita a um poder constituído sobrepor-se indevidamente ao Constituinte, para criar novos sentidos não previstos no texto constitucional. Em suma, na feliz expressão de Sérgio Sérulo da Cunha, “nem a doutrina, nem o legislador, passam à frente da lei magna. Essa, aliás, a verdadeira “interpretação conforme*

*à Constituição.”*

Na presente data, apresentamos o Substitutivo em anexo, que resulta das sugestões colhidas nas audiências públicas realizadas por esta Comissão Especial. Cuidou-se em ouvir todos os segmentos sociais que, de alguma forma, estejam vinculadas às questões indígenas. A FUNAI, as comunidades indígenas, técnicos, estudiosos, especialistas, advogados e autoridades, foram convidados e compareceram às reuniões e às audiências públicas, quando tiveram a oportunidade de manifestar suas opiniões e dar sugestões.

Foram ouvidos relatos de que estaria havendo, por parte da FUNAI, o superdimensionamento das áreas indígenas, e, por consequência, a sobreposição às propriedades particulares, às unidades de proteção ambiental, às áreas destinadas à reforma agrária, aos assentamentos de famílias de agricultores, e às concentrações urbanas, vilas e moradias de agricultores.

De fato, as demarcações das terras indígenas têm culminado em perdas econômicas dos proprietários e posseiros, que, inesperadamente, deixam para trás uma história de vida e de trabalho. Perdem todo o patrimônio construído durante anos de persistência na atividade agrícola e pastoril.

Outro alvo de críticas é a desarticulação dos órgãos públicos envolvidos no processo de demarcação, de modo especial, a FUNAI, o IBAMA, INCRA, e, em menor escala, Ministérios que têm alguma vinculação com as questões indígenas. Trata-se, neste particular, do conflito de competência entre os órgãos públicos federais.

No conjunto de reclamações ouvidas nas reuniões, não se pode deixar de mencionar o fato de uma decisão administrativa, qual seja a demarcação de determinada área indígena, transformar-se em condenação sumária de anulação do direito de propriedade, violando, assim, o princípio garantidor do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, consagrado no art. 5º,XXXVI, da nossa Carta Política e, também, previsto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

As Propostas de Emenda à Constituição em exame não rejeitam, nem reduzem os direitos dos índios sobre as terras que ocupam. São direitos garantidos na Constituição e que não são relativizados, nem diminuídos pelo presente Substitutivo. Todos os direitos previstos na Constituição Federal foram preservados.

Ao prever a demarcação das terras indígenas por lei, e não por decreto, o Substitutivo enseja maior segurança jurídica, tanto para os índios quanto para os não-índios envolvidos, visto que os decretos presidenciais que homologam as demarcações das terras indígenas são, como já exposto, atos administrativos, e, como tais, anuláveis ou passíveis de ações judiciais de anulação e, de acordo com o art. 49, V, da Constituição, sujeitos à sustação por decreto legislativo, sempre que se revistam de caráter normativo, ao criar ou extinguir direitos.

O Substitutivo sustenta-se, assim, pelas razões de fato e de direito largamente discutidas por esta Comissão.

Sobre a exigência de aprovação de terra indígena por lei, achamos oportuno relembrar e destacar estudo que este Relator procedeu sobre esse ponto nodal da PEC, que assim veio a lume:

1. A Constituição Federal define como bens da União “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (art.20, XI). Assim, a terra indígena é bem da União. Já seu art. 48, V, determina que cabe ao Congresso Nacional, com sanção do Presidente (portanto, através de lei) dispor sobre “limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União.” Desse modo, por ser a terra indígena um bem de domínio da União, é patente incompetência do Congresso Nacional para sobre ela dispor – e não ao Poder Executivo;

2. Essa concepção é ratificada pelo art. 49, inc. XVI, da CF, que proclama a competência exclusiva do Congresso Nacional, para “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais”. Assim, é adequada a conclusão de que não só cabe ao Congresso Nacional estabelecer os limites das terras indígenas, como também autorizar a exploração do que nela se contenha em potencial hídrico e mineral, sem, sequer, se submeter à sanção do Executivo.

3. Há de se considerar que a Carta Magna não outorga competência, nem prevê a exclusividade do Poder Executivo para delimitar terras indígenas, como se tem insistido. Fosse assim, significaria que a Carta Magna estaria concedendo ao Executivo mecanismo de subtração daquela exclusividade do Congresso Nacional em relação às usinas e minérios. De fato, coubesse ao Executivo a competência exclusiva para fixar os limites das terras indígenas, teria como anular, por via esconsa, aquela competência do Congresso Nacional: bastaria que, ao definir os limites das terras indígenas, tangenciasse as reservas minerais e hídricas, deixando suas áreas fora do perímetro indígena, quando então a autorização lhe caberia, e não ao Congresso;

4. De acordo com o mandamento constitucional estabelecido no art. 22, XIV, compete privativamente à União legislar sobre populações indígenas. Assim, pode-se dizer que “não há índio sem terra”, fica evidente e cristalina a conclusão de que legislar sobre populações indígenas implica em legislar, também, sobre as terras que ocupam. Foi no exercício dessa competência de legislar que o Congresso Nacional votou e aprovou a Lei nº 6.001, de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio e a Lei nº 5.371, de 1967, que autorizou a instituição da Fundação Nacional do Índio;

5. É importante realçar, também, que o art. 231, § 5º, da Constituição Federal, proíbe a remoção de grupos indígenas de suas terras, salvo ad referendum do Congresso Nacional. É cristalina, pois, a supremacia do Congresso Nacional no trato de questões relacionadas às comunidades indígenas, uma vez que, apenas *ad argumentandum*, tal competência poderia ter sido outorgada ao Poder Executivo, mas não o foi, numa demonstração inequívoca da intenção de submeter ao Legislativo;

6. É remarcada pela doutrina e jurisprudência a submissão da administração pública aos ditames da lei. O art. 37, caput, da Constituição Federal, estatui que a administração pública deve obedecer ao princípio da legalidade. Esse princípio se traduz pela máxima de que o Poder Executivo nada pode fazer senão o que for autorizado em lei. Na lição de Celso Antônio: "O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina." Portanto, a competência de órgãos técnicos, inclusive a FUNAI, para estabelecer os limites das terras indígenas, e a atribuição do Presidente da República de apenas homologar a demarcação, em ato vinculado, resultam das normas estabelecidas em lei,

portanto, por vontade do legislador, não derivando, pois, de previsão constitucional;

7. Podemos, por isso, concluir que a competência da União para legislar sobre populações indígenas (art. 22, XIV), estende-se aos assuntos vinculados às suas terras e, por consequência, à definição de sua extensão territorial e de seus limites, cumprindo ao Poder Executivo executar os levantamentos e estudos antropológicos, a respectiva identificação da etnia a ser beneficiada, e propor, por meio de projeto de lei, a delimitação da área indígena. Sancionada a lei, cumprirá ao Poder Executivo executar a tarefa de demarcar administrativamente a área por meio da fixação de marcos dos pontos geodésicos limítrofes;

8. Em uma clara demonstração de que só em seara administrativa - que corresponde a atividade infra legal - atua a FUNAI, a própria Lei nº 6.001, de 1973, em seu art. 19, prevê que as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. Se a demarcação fosse somente ato da administração, não haveria porque inserir-se aquela expressão "administrativamente". Pelo contrário, por caracterizar como administrativa, o legislador desejou assentar a diferença de momentos e competências: primeiro são estabelecidos os limites (art.48,V), através de lei e, em pós, administrativamente, em obediência à lei, o Poder Executivo procede a demarcação. Colha-se o exemplo cronológico do magistrado: primeiro, ele fixa os limites, depois, seus peritos procedem a demarcação física:

9. Por isso, é rematado equívoco falar-se em ofensa ao princípio da separação de poderes quando se insiste na exclusividade do Poder Executivo para criar reservas indígenas. Como se assentou, não há qualquer dispositivo constitucional que isso afirme. A Constituição não pode ser interpretada a partir de dispositivos de lei. É a Lei nº 6.001, de 1973, que atribuiu ao Poder Executivo a competência para executar a demarcação das terras indígenas por meio de processo administrativo. A referida norma legal poderia ter regrado de forma diferente, atribuindo inclusive aquele desiderato a diversos órgãos;

10. Não é cabível o argumento de que a previsão constitucional de demarcação das terras indígenas por meio de lei atente contra as cláusulas pétreas da Constituição Federal. Apenas para efeito de argumentação, pergunta-se: Semanticamente, qual a diferença entre dispor sobre limites dos bens da União (art. 48, V) e dispor sobre limites das terras indígenas? E, ontologicamente, por que uma disposição sobre limites é de ordem legislativa (48,V) e a outra, necessária e inexoravelmente, é de exclusividade do Executivo?

11. Ademais, a previsão constitucional é de vedação a abolir-se a separação de poderes. Não se pode imaginar abolição do princípio pelo só fato de, dentre as já tantas atribuições do Congresso Nacional no que respeita à matéria indígena, acrescer-se a de delimitar as terras indígenas.

Releva aqui registrar a superlativa estranheza em relação àqueles que, integrantes do Poder Legislativo, tanto se esforçam por impingir uma *capitis diminutio* exatamente ao Poder que deveriam defender como compromisso constitucional. Como se pode entender democrática a atuação de quem busca retirar do povo – que é supinamente representado pelo Legislativo – o poder de decidir sobre questão que tão profundamente atinge a população?

Os demais acréscimos projetados no presente Substitutivo encontram amparo na orientação do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Pet. 3.388/RR, em que a Suprema Corte alistou dezenove condicionantes para a demarcação de terras indígenas.

O plenário do Supremo Tribunal Federal estabeleceu conceitos inequívocos sobre terra indígena, bem como sobre os parâmetros para as demarcações das referidas terras. Segundo a decisão da Suprema Corte, a Constituição trabalhou com data certa, qual seja, a data da sua promulgação, 5 de outubro de 1988, “como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine”.

A partir do voto do Ministro Menezes Direito, foram definidas salvaguardas e condicionantes a serem observadas nos processos de demarcação das terras indígenas, destacando-se, entre estas, a que estabelece a vedação da ampliação de terra indígena já demarcada e a que prevê a participação dos entes federados no processo administrativo.

Em diapasão com a orientação jurisprudencial, a Advocacia Geral da União - AGU, pela Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012, fixou a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.888-Roraima. No aludido precedente, restou assentado que as terras tradicionalmente indígenas seriam, somente, aquelas efetivamente habitadas por grupos indígenas na data da promulgação da Constituição de 1988.

Outras decisões consolidam tal entendimento, ou seja, o de que, ao julgar o episódio “Raposa Serra do Sol”, a Corte Suprema principiou por extrair do Texto Maior o regime jurídico das terras indígenas, em abstrato. Definido o quadro legal, que foi apresentado através de condicionantes, a Corte passou a aplicá-las na decisão concreta que estava sub-exame, ocasião em que nem todas aquelas condicionantes tinham pertinência. Quando dos Embargos Declaratórios, o STF reconheceu a impossibilidade de transmutar em vinculante a decisão, mas assentou sua força jurisprudencial dada sua origem: o intérprete último da Carta Magna.

Em decisão recente (16.09.14), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29087, reconhecendo não haver posse indígena em relação a uma fazenda, em Mato Grosso do Sul, que havia sido declarada, pela União, como área de posse imemorial (permanente) da etnia guarani-Kaiowá, integrando a Terra indígena Guyraroká. A Turma aplicou o entendimento firmado pelo Plenário do STF no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (PET 3388).

A decisão no referido RMS 29087-STF merece ser aqui aprofundada, eis que substancia vigorosamente a proposição que este Relator aqui formata tratando do marco temporal, da ampliação das reservas indígenas, do direito à indenização/desapropriação, da fruição das terras indígenas e do pacto federativo.

Lê-se no v. Acórdão:

**DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS.**

**PRECEDENTES.** 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJE 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.

Em seu voto-vista, o eminente Relator Vencedor, MINISTRO GILMAR MENDES consignou:

*“O acórdão do Superior Tribunal de Justiça reitera que “a comunidade Kaiowá encontra-se na área a ser demarcada desde os anos de 1750-1760, tendo sido desapossados de suas terras nos anos 40 por pressão dos fazendeiros”, mas que alguns permaneceram na região “trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra”. Nos termos da decisão do STJ, esse fato seria suficiente para legitimar a demarcação pretendida.*

*Se esse critério pudesse ser adotado, muito provavelmente teríamos de aceitar a demarcação de terras nas áreas onde estão situados os antigos aldeamentos indígenas em grandes cidades do Brasil, especialmente na região Norte e na Amazônia.*

*Diferente desse entendimento, a configuração de terras “tradicionalmente ocupadas” pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: ‘os incisos I e XI do art. 20 da*

*Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.*'

No RE 219.983, precedente dessa Súmula, o Min. Nelson Jobim destacou, em relação ao reconhecimento de terras indígenas, que:

*“Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional.” (RE 219.983, julg. em 9.12.1998).*

Mesmo preceito foi seguido no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, em 19 de março de 2009. Na Pet. 3.388, o Supremo Tribunal Federal estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas. Trata-se de orientações não apenas direcionados a esse caso específico, mas a todos os processos sobre mesmo tema.

Importante foi a reafirmação de marcos do processo demarcatório, a começar pelo marco temporal da ocupação. O objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infundáveis sobre terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas.

Deixou-se claro, portanto, que o referencial insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é a data da promulgação da Constituição Federal, isto é, 5 de outubro de 1988.

Como bem enfatizado no voto do Relator, Min. Ayres Britto:

*“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 complemento ao marco temporal, há o marco da tradicionalidade da ocupação. Não basta que a ocupação fundiária seja coincidente com o dia e o ano da promulgação, é preciso haver um tipo “qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios.” (voto Min. Ayres Britto, Pet. 3.388).

Nota-se, com isso, que o segundo marco é complementar ao primeiro. Apenas se a terra estiver sendo ocupada por índios na data da promulgação da Constituição Federal é que se verifica a segunda questão, ou seja, a efetiva relação dos índios com a terra que ocupam. Ao contrário, se os índios não estiverem ocupando as terras em 5 de outubro de 1988, não é necessário aferir-se o segundo marco.

O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial.

Contudo, desde o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o procedimento de demarcação de terras indígenas deve contar com mais um pressuposto: a observância das salvaguardas institucionais reafirmadas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388. O entendimento da Corte

então assentado deve servir de apoio moral e persuasivo a todos os casos sobre demarcação de terras indígenas.

Conforme ressaltai em meu voto naquela oportunidade:

*A decisão que tomamos hoje, portanto, deve também estar voltada para o futuro. Não devemos apenas mirar nossa atenção retrospectiva para quase três décadas de conflitos nesse difícil processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Devemos, isso sim, deixar fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam.*

*Essa é a lição que temos a oportunidade de deixar assentada no julgamento de hoje. Temos o dever de, em nome da Constituição e de sua força normativa, fixar os parâmetros para que o Estado brasileiro – não apenas a União, mas a federação em seu conjunto – efetive os direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação.*

...

*Verifico, pela matrícula imobiliária, que as terras em questão foram adquiridas de seu antigo proprietário em 23 de agosto de 1988. Há mais de vinte e cinco anos, portanto, o recorrente é seu legítimo detentor.*

*Na hipótese de a União, mesmo assim, entender ser conveniente a desapropriação, por interesse social ou por utilidade pública, de terras como as do presente caso, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu proprietário.*

*E parece ser essa a orientação ortodoxa a ser observada. Se há necessidade de terras para albergar populações indígenas sem que estejam presentes os requisitos da posse indígena, mister se faz que a União se valha da desapropriação.”*

Em CONFIRMAÇÃO DE VOTO, O SENHOR MINISTRO  
GILMAR MENDES averbou:

*Em primeiro lugar, o precedente de Raposa Serra do Sol não se dirige apenas ao caso de Raposa Serra do Sol. Basta ler os enunciados para saber que muitos deles não se aplicam à Raposa Serra do Sol, até porque já estava realizado. Na verdade, o Tribunal, ali, modulou os efeitos para não anular aquela demarcação, tendo em*

*vista as suas implicações, mas quis dizer, por exemplo, não se pode fazer demarcação sem a participação de estados e municípios, porque aquilo era um caso surreal em que a área inteira do município foi colocada dentro da demarcação – da área demarcada –, acabando com uma unidade toda.*

*Então, o que se assentou em Raposa Serra do Sol? Que nas novas demarcações – claro, é para as novas demarcações – tem que haver a presença, no processo demarcatório, de estados e municípios. Isso, claro, não se aplica ao caso de Raposa Serra do Sol, até porque o Tribunal não quis conceder a ordem naquele caso, não quis anular, em função da repercussão que isso teria e dos inconvenientes.*

Ainda no mesmo julgamento, assim reafirmou o Ministro  
Relator GILMAR MENDES –

*No caso de Mato Grosso do Sul é exatamente essa conflagração que existe, em função de se estar fazendo demarcação de áreas altamente produtivas. Então, por isso que a questão se coloca.*

*Claro, Copacabana certamente teve índios, em algum momento; a Avenida Atlântica certamente foi povoada de índio. Adotar a tese que está aqui posta nesse parecer, podemos resgatar esses apartamentos de Copacabana, sem dúvida nenhuma, porque certamente, em algum momento, vai ter-se a posse indígena. Por isso que o Tribunal fixou o critério, inclusive em relação aos aldeamentos extintos que pegariam uma boa parte de São Paulo. Hoje, um dos maiores municípios, e talvez um dos maiores orçamentos e dos maiores PIBs, é o de Guarulhos. Então se esse argumento pudesse presidir, tivesse valia, certamente nós teríamos que voltar, e isso contraria, inclusive, a Súmula do Supremo sobre os aldeamentos extintos. Esse é um ponto importante.*

*Agora, vamos dizer que, não obstante a área deva ser concedida aos índios ou a área dos índios, já concedida, deva ser expandida, porque é a questão do conflito no Mato Grosso do Sul. Neste caso, faz-se o caminho da desapropriação, foi o que foi dito em Raposa Serra do Sol. Agora, de longe, as hipóteses de Raposa Serra do Sol, claro, nós dissemos: tecnicamente era um processo de caráter concreto, era uma ação popular, logo não teria efeito, mas isso não teria efeito "vinculante".*

...

*Mas, não significa que nós fizemos lá uma boutade, que estivéssemos brincando ao julgar aquilo; até porque, o que nós dissemos? a União não pode amanhã retirar territórios a seu bel talante, e nós sabemos como isso é feito, esses laudos, laudo da FUNAI. E, veja, agora quanto à técnica, laudo da FUNAI dizendo que houve índio em algum momento, e isso é suficiente para retirar cidades inteiras de um dado local. Veja o risco que isso envolve para todos, quer dizer, infelicitando inclusive os índios que vão ser, na verdade, não sujeitos, mas objeto desse tipo de insegurança.*

...

*A solução jurídica está na desapropriação, segundo os parâmetros. Agora, os dados que estão no acórdão são claramente dados de que não havia posse indígena há mais de 70 anos, e para isso o próprio acórdão do STJ diz que alguns índios continuaram, com base no laudo da FUNAI, a prestar serviço como peões.*

...

*Recentemente, Ministro, nós encontramos índios aqui em Brasília reivindicando a área do Noroeste. Certamente, nós que moramos em Brasília há muitos anos sabemos que não tinha índio em Brasília desde pelo menos a fundação, mas, se retornarmos no tempo, vamos achar, como em outras áreas do Brasil todo. Agora, recentemente houve uma discussão sobre índios no Noroeste, em função de um bairro que estava sendo criado. Certamente, vamos encontrar índios na construção civil, nas atividades de futebol, nas atividades industriais, nem por isso se diz que eles, na origem, estavam naquele local.*

Na mesma ocasião, assim votou a ilustre Ministra

CÁRMEN LÚCIA:

*Pedi vista dos autos por reconhecer a gravidade da situação fundiária há muito instaurada no Estado de Mato Grosso do Sul, conduzindo ao acirramento do conflito entre índios e proprietários rurais, detentores de títulos cuja cadeia dominial remonta ao século passado e cuja origem se tem na transmissão onerosa, ou não, pelo Poder Público de extensas glebas de terra como meio de fomentar o desenvolvimento do centro-oeste do país. O*

*agravamento do conflito fundiário envolvendo índios e não-índios na região tem sido noticiado regularmente pelos veículos de comunicação, que relatam a crescente hostilidade entre índios e proprietários/posseiros e denunciam atos bárbaros ali havidos. Informa-se que vidas têm sido ceifadas brutalmente em ambos os lados do conflito e que a descrença na solução da controvérsia tem conduzido a suicídios como formas de protestos.*

*Início meu voto com o desassossego de saber da dificuldade em se compor, judicialmente, uma solução que atenda igualmente aos anseios da comunidade indígena, há muito desapossada de suas terras, e do produtor rural, que, determinado a trabalhar para desenvolver economicamente o interior do país, confiando legitimamente na validade do título de domínio que lhe fora outorgado pelo Poder Público, se vê atualmente ameaçado de perder o que por décadas vem construindo.*

*O equacionamento do problema, que engloba fatores de ordem social, econômica, territorial e política, deve assentar-se na garantia da segurança nas relações sociais e na confiança que todos devem ter na atuação estatal.*

...

*Na assentada de 19.3.2009, este Supremo Tribunal concluiu o julgamento daquela Petição n. 3.388/RR (Caso Raposa Serra do Sol). Pela “superlativa importância histórico-cultural da causa”, examinou-se o regime jurídico constitucional de demarcação de terras indígenas no Brasil e fixaram-se as balizas a serem observadas naquele processo demarcatório. Erigiram-se, naquela oportunidade, salvaguardas institucionais intrinsecamente relacionadas e complementares que assegurariam a validade daquela demarcação e serviriam de norte para as futuras.*

...

*Questionamentos sobre a compulsoriedade do atendimento das diretrizes traçadas neste julgamento em processos demarcatórios de outras terras indígenas ensejaram a oposição de embargos de declaração. Na assentada de 23.10.2013, por maioria, o Plenário deste Supremo Tribunal acolheu parcialmente os embargos de declaração:*

**“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério**

*Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos.*

(...)

*3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos.*

*4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite a superação de suas razões” (grifos nossos).*

Extrai-se do voto condutor desse julgado, proferido pelo Ministro Roberto Barroso, sucessor do Ministro Ayres Britto, o elucidativo fragmento:

*“As condições em tela são elementos que a maioria dos Ministros considerou pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida, notadamente por decorrerem essencialmente da própria Constituição. Na prática, a sua inserção no acórdão pode ser lida da seguinte forma: se o fundamento para se reconhecer a validade da demarcação é o sistema constitucional, a Corte achou por bem explicitar não apenas esse resultado isoladamente, mas também as diretrizes desse mesmo sistema que conferem substância ao usufruto indígena e o compatibilizam com outros elementos igualmente protegidos pela Constituição. (...)*

*Essa circunstância, porém, não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar. (...) Dessa forma a decisão*

*proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas.*

*Apesar disso, seria igualmente equivocado afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações. Ao contrário, a ausência de vinculação formal não tem impedido que, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte venha exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízos e órgãos do Poder Público de forma geral. (...)*

*É apenas nesse sentido limitado que as condições indicadas no acórdão embargado produzem efeitos sobre futuros processos, tendo por objeto demarcações distintas. Vale dizer: tendo a Corte enunciado a sua compreensão acerca da matéria, a partir da interpretação do sistema constitucional, é apenas natural que esse pronunciamento sirva de diretriz relevante para as autoridades estatais – não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões. O ponto foi objeto de registro expresso por parte do Ministro Cezar Peluso (fls. 543 e 545):*

*‘(...) a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exaurem em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou leadingcase, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema.*

*Parece-me, daí, justificada a pertinência de certos enunciados que deixem claro o pensamento da Corte a respeito. Isso vale, principalmente, em relação às novas demarcações, que envolvem um complexo de interesses, direitos e poderes de vários sujeitos jurídicos, seja de direito público, seja de direito privado, envolvendo, basicamente, questões de Segurança Nacional no sentido estrito da expressão (...).*

*Desde logo (...), compreendo a inspiração de Sua Excelência [o Ministro Menezes Direito] ao fugir um pouco, vamos dizer assim, das técnicas tradicionais de comandos ou disposições decisórias, com o propósito de deixar clara a postura da Corte a respeito das questões ora suscitadas e prevenindo outras que possam surgir em demarcações futuras’.*

*Isto é: embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões”(grifos nossos).*

A eficácia subjetiva da decisão proferida no caso Raposa Serra do Sol, dos fundamentos jurídicos que lhe deram suporte, foi ainda realçada pelo Ministro Teori Zavaski, que em seu voto pontuou:

*“[É] preciso enfatizar que tais condicionantes representam, na verdade, os fundamentos jurídicos adotados como pressupostos para a conclusão, que foi pela procedência parcial do pedido. De qualquer modo, é importante considerar que o acórdão embargado está revestido dessa peculiar característica de ter estabelecido a definição do regime jurídico a ser observado em relação à área de terra indígena nele demarcada. Isso desperta duas espécies relevantes de questionamento: quanto à sua eficácia subjetiva, ou seja, quanto aos efeitos da decisão em face de terceiros não vinculados à relação processual; e a segunda, quanto à sua eficácia temporal (...)*

*[C]omo todo ato estatal, a sentença produz efeitos naturais de amplitude subjetiva universal. (...)*

*A eficácia universal do julgado, assim estabelecida, é particularmente significativa em se tratando de sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A sua vocação expansiva e persuasiva em relação às questões decididas fica realçada pela superior autoridade da chancela dessa mais alta Corte de Justiça” (grifos nossos).*

Assim, conquanto se tenha recusado a eficácia vinculante formal deste julgado, fixou-se que os pressupostos erigidos naquela decisão para o reconhecimento da validade da demarcação realizada em Roraima decorreriam da Constituição da República, pelo que tais condicionantes ou diretrizes lá delineadas haveriam de ser consideradas em casos futuros, especialmente pela força jurídico-constitucional do precedente histórico, cujos fundamentos não de influir, direta ou indiretamente, na aplicação do direito pelos magistrados.

É o que se dá na espécie. Não seria adequado esperar que os demais magistrados seguissem as diretrizes explicitadas como essenciais ao reconhecimento da validade do processo demarcatório de que tratou a Petição n. 3.388/RR, decorrentes do detido exame do sistema constitucional a envolver a questão indígena, e, em novo caso submetido ao cuidado deste mesmo Supremo Tribunal, relegar a compreensão antes formada sobre a matéria.

...

*Entendo, igualmente, não ser possível o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena apenas pela posse imemorial pois, fosse isso possível, seria instaurado quadro grave de insegurança jurídica a desestabilizar a harmonia de que hoje gozam os cidadãos que integram centros urbanos que, em tempos remotos, foram ocupados por comunidades indígenas em aldeamentos extintos. No julgamento da Petição n. 3.388/RR, buscou-se a solução de intrincado conflito fundiário que pendia há mais de 30 anos na Região Norte do país, deixando como legado a fixação de balizas que pudessem orientar a solução de outros conflitos fundiários, atuais e futuros, a denotar, em certa medida, a tentativa de uniformização dos julgamentos, de conferir previsibilidade às soluções administrativas e judiciais, e de restabelecer a confiança dos envolvidos na capacidade do Estado federal, por seus órgãos administrativos, judiciários e legislativos, equacionar a questão.*

Por sua vez, o SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO assim se manifestou:

*“Cabe observar, desde logo, que o exame da presente causa faz instaurar discussão em torno de temas impregnados do mais alto relevo constitucional, a começar por aquele que se refere à questão da terra, analisada sob a perspectiva dos povos indígenas.*

*Não obstante a centralidade de que se reveste a questão pertinente às relações que os povos indígenas mantêm com a terra, é preciso ter presente que o art. 231 da Constituição – ao reconhecer aos índios direitos sobre*

*as terras “que tradicionalmente ocupam” – estabeleceu, de maneira bastante precisa, quanto ao fato da ocupação indígena, um marco temporal que, situado em 05 de outubro de 1988, atua como aquele “insubstituível referencial” a que aludiu, em seu voto, na Pet 3.388/RR, o eminente Ministro AYRES BRITTO.*

*Isso significa que a proteção constitucional estende-se às terras ocupadas pelos índios, considerando-se, no entanto, para efeito dessa ocupação, a data em que promulgada a vigente Constituição, vale dizer, terras por eles já ocupadas há algum tempo, desde que existente a posse indígena no momento da vigência de nossa Lei Fundamental, tal como assinalou, no julgamento da Pet 3.388/RR, o seu eminente Relator, ao fazer referência ao “marco temporal da ocupação”:*

*“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. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a ‘chapa radiográfica’ da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. (...)” (grifei)*

Extremamente precisa, a esse respeito, a observação que o saudoso Ministro MENEZES DIREITO fez no voto que então proferiu naquele julgamento, enfatizando a necessidade de prestigiar-se a segurança jurídica e

desuperar as “dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena”:

*“(...) Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988.*

*O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios após sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras. A mesma razão pode ser extraída do voto do Ministro Victor Nunes Leal no julgamento do RE nº 44.585 (DJ de 11/10/1961).*

*A correta extensão da proteção iniciada pela Constituição de 1988 exige, pois, que a presença dos índios seja verificada na data de sua promulgação (...).*

...

*Não obstante todas essas considerações, a União Federal e a FUNAI não podem atuar em desconformidade com os requisitos que esta Suprema Corte fixou no julgamento da Pet 3.388/RR, particularmente aquele que se refere ao marco temporal de 05 de outubro de 1988, data em que promulgada a vigente Lei Fundamental da República, tal como expressamente posto em realce no próprio acórdão plenário que julgou aquela causa:*

*“11. 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 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 aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.”(grifei)*

O eminente Ministro GILMAR MENDES, em seu douto voto-vista proferido no presente julgamento, observou que deixou de ser

respeitado esse marco temporal de ocupação, pois, como assinalou em sua manifestação, a terra em questão (“Guyraroká”) já não era habitada há várias décadas pela comunidade indígena Guarani Kaiowá:

... É importante enfatizar, neste ponto, que essas diretrizes, tais como definidas pelo Supremo Tribunal Federal, acentuam a força normativa da Constituição Federal, pois derivam, essencialmente, do próprio texto de nossa Lei Fundamental.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os embargos de declaração opostos ao acórdão proferido na Pet 3.388/RR, reafirmou a extração eminentemente constitucional desses requisitos, assinalando-lhes a condição de pressupostos legitimadores de validade do procedimento administrativo das terras indígenas:

*“3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena (...).”*

*(Pet 3.388-ED/RR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei).*

*Cabe registrar, finalmente, de outro lado, que eventuais necessidades, presentes ou futuras, das comunidades indígenas em geral poderão (e deverão) ser atendidas pela União Federal, que dispõe, para tanto, de outros instrumentos administrativos, especialmente a desapropriação, para equacionar questões pertinentes à localização dos povos indígenas naqueles casos em que não se comprovar a ocupação do espaço geográfico, por determinada etnia, na data de 05 de outubro de 1988, erigida, pelo Supremo Tribunal Federal, como “insubstituível referencial” para efeito de reconhecimento, em favor dos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.*

Foi sob o influxo desse entendimento jurisprudencial superior que se construiu, como bem se atenta, o Substitutivo desta Relatoria.

Vale, ainda, lembrar que o CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, através da Portaria n. 60, de 30 de junho de 2011, modificada pelas

Portarias nºs. 53 e 71/2013, diante do acentuado conflito de terras sulmatogrossenses, constituiu uma “*Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul*” formada por membros do Comitê Executivo Nacional do Fórum de Assuntos Fundiários, da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal, da Fundação Nacional do Índio, do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, representantes das comunidades indígenas e dos proprietários rurais da região, além de estudiosos de reconhecida competência sobre a questão indigenista em Mato Grosso do Sul. A referida Comissão assim dimensionou a problemática do conflito de terras na região:

*A mera invocação do direito de propriedade, decorrente do contrato de compra e venda ou da aquisição mediante justos títulos outorgados pelo próprio Estado ou da necessidade de se garantir o desenvolvimento da economia não pode constituir, por si só, fator impeditivo à concretização da vontade soberana do Constituinte de 1988, mas também não deve fundamentar a mera perda daqueles que têm um título conferido pelo próprio Estado.*

*Dessa forma, se os indígenas foram desapossados das terras a eles destinadas de forma exclusiva, o “justo título” tantas vezes invocado pelos atuais ocupantes dessas terras, não serve para descaracterizar a área como terra indígena de ocupação tradicional. Porém, e ao mesmo tempo, ao Estado incumbe o dever de reparar integralmente os atuais proprietários rurais.*

*A indigitada titulação, como é de conhecimento público e notório, foi precedida de um processo de colonização do território da então Província de Mato Grosso, especialmente na região sul do atual Estado de Mato Grosso do Sul. Essa colonização, de forma sintética, deu-se pelo incentivo para que brasileiros até então residentes em outras unidades da federação viessem ocupar a região sul da Província de Mato Grosso, de forma a consolidar o referido território, fruto da vitória brasileira na Guerra do Paraguai, sempre com a transmissão da ideia de se tratar de região dotada de solo rico e a certeza da conquista, por aqueles brasileiros, de seu tão sonhado pedaço de terra.*

*Ocorre que no tão propagado fértil território vivia uma enorme quantidade de índios, principalmente da etnia Guarani, ocupando, segundo o seu modo tradicional, uma vasta área de terras.*

*Para acomodar os brasileiros que foram incentivados a ocupar e produzir nessa região, foi preciso*

*“encontrar uma solução” que desobstruísse as terras da ocupação indígena, redundando na criação das reservas – em tamanho muito inferior ao de seus territórios tradicionais - no início do século XX, as quais foram utilizadas para abrigar uma grande gama de índios retirados de seus territórios tradicionais, consistindo, atualmente, no único espaço de terras que dispõem para viver, cultivar, preservar os recursos ambientais garantidores de seu bem estar (praticamente inexistentes nessas áreas) e reprodução física e cultural (o que também já não mais ocorre em razão dos exíguos espaços ocupados, levando, inclusive à formação de aldeias urbanas em diversos municípios de Mato Grosso do Sul).*

*O arremate da situação sinteticamente antes descrita foi a titulação, via de regra onerosa, a esses brasileiros das áreas (terras então tidas como dominicais) que passaram a ocupar, atos esses praticados pelo então Estado de Mato Grosso e também pela União Federal.*

*Nessa situação – áreas tituladas pelo Estado –, a resistência à implementação da demarcação das terras indígenas encontra guarida na seguinte descrição: em dado momento pretérito o Estado fomentou que brasileiros viessem ocupar e viver no território do então Estado de Mato Grosso, o que efetivamente aconteceu, sendo que a essas pessoas o próprio Estado – em alguns casos – chegou a outorgar título de propriedade das áreas. Agora, passado muito tempo, o próprio Estado, no curso de processos demarcatórios de terras indígenas, identificou e vem identificando algumas dessas áreas como sendo terras tradicionais indígenas, o que implica na nulidade dos títulos outorgados, nos termos do que dispõe o art.231, § 6º, da Constituição Federal, e redundará na perda da propriedade anteriormente titulada.*

*Como se vê, é preciso que todos os envolvidos nesse conflito tenham essa visão, especialmente aqueles que representam os interesses dos indígenas e dos produtores rurais, sob pena de jamais se conseguir a tão almejada concretização das promessas do Constituinte, que a todas as luzes não pode implicar em injustiça para nenhuma das partes envolvidas” (fls. 92-94, grifos no original).*

A partir dessa perspectiva, a Comissão concluiu:

*“Nessa linha de trabalho, em virtude da grave crise enfrentada pelo Estado de Mato Grosso do Sul na*

*questão indígena e também da alta litigiosidade envolvendo a questão no Estado, a Comissão concluiu que o modelo demarcatório não pode ser o único instrumento para transferir terras para as comunidades indígenas. Releva considerar que as terras em litígio no Estado do Mato Grosso do Sul são, na sua imensa maioria, tituladas e produtivas, e por isso é inviável pensar-se em transferir sua posse sem minimamente compensar o valor da terra nua. Dessa forma, a Comissão aponta como alternativas para a solução da questão indígena no Estado do Mato Grosso do Sul, no que tange especificamente à transferência de terras para as comunidades indígenas, a utilização pela União e/ou estado membro dos seguintes instrumentos jurídicos:*

*1. a conclusão definitiva do processo administrativo demarcatório com indenização das benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé;*

*2. a desapropriação de áreas por interesse social;*

*3. a aquisição direta de terras;*

*4. o assentamento de pequenos proprietários rurais;*

*5. a transação judicial;*

*6. e a indenização do produtor rural por ato ilícito do Estado decorrente da titulação considerada posteriormente ilegítima”.*

O Substitutivo acolhe essa concepção, na medida em que procura conciliar o direito do indígena com o direito do proprietário. Quando se preconiza a indenização aos portadores de justos títulos de domínio não se está a infirmar o direito originário do indígena à terra. O que se está é criando obrigação de a União indenizar, como consequência de sua indiligência, na medida em que não cumpriu o dever legal, mais do que isso, constitucional, de em cinco anos findar as demarcações, afastando, de vez, a insegurança jurídica que grassa na hinterlândia deste Brasil gigante.

Por isso, entre as propostas de modificação do texto constitucional merece destaque a modificação ao art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que introduz maior segurança jurídica às partes envolvidas nos processos de demarcação.

Convencionou-se como data prescricional dos efeitos da norma modificada a prevista no caput do art. 67 do ADCT, segundo o qual a *“União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.”* Há de se entender que, ao descumprir

o prazo previsto para a realização das demarcações, a União não se legitima para impor quaisquer ônus aos proprietários e ocupantes de boa-fé. De fato, a efetivação de demarcações após a data prevista no art. 67 do ADCT constitui uma omissão da União, que descumpriu prazo constitucional e que, por isso, deve arcar com as conseqüências. Sua responsabilidade, aqui, ademais de objetiva, é subjetiva, por omissão culposa.

Assim, a modificação intentada ao art. 67 do ADCT, uma vez aprovada, garantirá ao proprietário adquirente de boa fé, de área inserida em perímetro indígena por meio do processo administrativo de demarcação, após o decurso do prazo constitucional, a indenização pelo seu justo valor. Com isso, assegura-se o equilíbrio de direitos, do índio à terra e do proprietário à indenização.

Nesse sentido, na forma preconizada pela jurisprudência do STF, assim como pelo Conselho Nacional de Justiça, estamos propondo a justa indenização a todos que sofrerem injunção oficial sobre suas propriedades quando da criação de reservas indígenas.

Colhe este Relator o ensejo para registrar o desespero que testemunhou, em diversas oportunidades e locais, tanto em audiências públicas, como junto às autoridades federais que foram abordadas, provindo de sofridos pequenos agricultores que assistiam incrédulos o tacão insensível de ocupantes de cargos grados desta República, como justiceiros de priscos equívocos. À injustiça de uma sociedade opõem outra, mais opressiva, porque atual e discriminatória, na medida em que seletiva, incidindo sobre alguns, como se fossem os responsáveis únicos pela deletéria razia que se cometeu contra nossos indígenas.

No Paraná, Estado do Relator, assiste-se a duas situações irrazoáveis: uma, na Região de Umuarama, atingindo o vizinho município de Ivaté, em que se pretende em tudo e por tudo a criação de reserva indígena, a despeito da absoluta negação do regime jurídico das terras indígenas preconizado pela mais Alta Corte do País; outra, em Guaíra/Terra Roxa, em que se fomenta conflito entre índios e não-índios a partir de evidente imigração de integrantes da etnia Guarani, provindos do país amigo, a República do Paraguai, para formar grupo de pressão e criar fato consumado.

Nas audiências públicas, às quais é bom consignar que a FUNAI – Fundação Nacional do Índio, criou os mais diferentes obstáculos para

que os indígenas comparecessem, tivemos ensejo de colher depoimentos de indígenas que confirmaram seu interesse, mais do que em novas reservas, em políticas públicas que lhes garantam vida digna.

Assim, a visão da Comissão Especial se firmou no sentido de permitir a duplicidade de oportunidades aos índios brasileiros, competindo-lhes escolher entre a permanência em condições típicas de suas etnias ou buscar a interação com os não-índios, praticando atos tais quais estes engenham.

Igualmente, parece inoportunidade que obrigue a sociedade, sob a ótica do direito originário à terra, portanto, localizado e imutável, a impor sacrifícios a outros brasileiros, porque não se permite o ajuste de interesses, através de permuta por outras áreas. Afinal, é bom remarcar que todo o direito necessariamente tem limites – senão não é direito.

A Lógica Jurídica evidencia bem essa distinção. Assim, é diferente o conceito de propriedade, do conceito de direito de propriedade. Este sempre tem limites: para exagero de raciocínio, ninguém pode construir um edifício de cem andares ao lado de um aeroporto, sob a alegação de ser o dono do imóvel. Assim também o direito originário do indígena. Alguém dispõe de poder para limitar sua dimensão. A menos que se pretenda seja todo o território nacional.

As consequências dessa delimitação são tão graves que mais evidenciam a necessidade de participação do Congresso Nacional nesse deslinde. Ademais, um direito vai até onde inicia o direito de outrem. Daí que, em determinadas circunstâncias, preferível será à etnia a ocupação de outra área, mais adequada a seus desígnios.

Importa ainda consignar que, diante do regime jurídico das terras indígenas que aqui se imprime, impende seja todo e qualquer processo administrativo em andamento submetido a adequado ajuste ao aqui preconizado.

Em arremate, a bom observador não escapará que: a) Se o STF é o intérprete último da Constituição – e não um legislador – quando desenhou o perfil do regime jurídico das terras indígenas, fê-lo extraindo da Carta Magna o que nela se contém.

Logo, é minimamente compreensível que as condicionantes arroladas pela Alta Corte já fazem parte do direito posto. Assim, o que esta Proposta de Emenda Constitucional faz nada mais é do que afastar de vez as interpretações tortuosas de alguns, remarcando o que já constitui o espírito da Constituição. Trata-se, aqui, do que os doutrinadores denominam de “interpretação autêntica”, ou seja, do próprio constituinte.

A própria submissão ao Congresso Nacional, no entender do Relator, já faz parte do sistema jurídico. O Supremo Tribunal Federal nunca foi instado a sobre isso decidir. Mas quando a Constituição Federal afirma que as terras indígenas são bens da União e que cabe ao Congresso delimitar os bens da União, já está dizendo que isso se procede através de lei.

Quando a Constituição afasta o Executivo de qualquer deliberação sobre recursos minerais e hídricos em reservas indígenas, está confirmando que, sobre interesses indígenas, quem decide, é o Congresso Nacional, tanto que também isso reafirma quando exige lei – e não ato do Poder Executivo – para dispor sobre as *populações* indígenas. Mais ainda, se até mesmo para remoção de grupos indígenas deve o Poder Executivo ouvir o Congresso Nacional, afinal, de onde se extrai tanta renitência em se valorizar a Casa do Povo, quando se postula a exigência de lei para criar reserva indígena?

Dir-se-á que demarcar corresponde a ato administrativo, concreto e isso cabe ao Poder Executivo. Por que? Acaso o Legislativo também não pratica atos atípicos, concretos? Por outra, o conceito de demarcar, concretamente, supõe ato cronologicamente precedente, inafastável: ninguém pode demarcar o que antes não foi delimitado. É o que ocorre no Judiciário, em ação demarcatória: o juiz não demarca, não pratica o ato concreto de ir ao local fixar os marcos. Em seu Gabinete, ele define os limites – que serão demarcados pelo perito ou oficial de justiça. Basta ler o Código de Processo Civil (art. 950 e segs.). Assim também concebeu a Constituição. Tudo, sobre indígenas, atribuiu ao Congresso Nacional. Este aprovou a criação da FUNAI. Se o Congresso não tivesse aprovado a criação da FUNAI, a quem competiriam suas atribuições? Por geração espontânea, algum órgão isso assumiria? E como ficaria o princípio da legalidade da administração pública, que significa o Executivo nada pode fazer, senão em virtude de lei, ou seja, por desejo do Congresso Nacional?

Nas últimas audiências, tivemos ocasião de ouvir de representantes indígenas, sua preocupação acentuada com a saúde, o que, aliás, foi objeto de, dentre outras, duas reportagens do jornal Folha de São Paulo, uma de 09/08/2015, sobre os Índios Xavantes, com a triste manchete: "ETNIA TEVE UMA MORTE DE CRIANÇA A CADA TRÊS DIAS", tendo como causa principal a diarreia, decorrente da ausência de saneamento e de pronto atendimento. Em 2014, foram 116 mortes até os cinco anos de idade. Já quanto aos Xavantes adultos, registra aquela matéria: "os Xavantes estão sucumbindo diante de uma doença silenciosa: o diabetes". Em outra matéria do mesmo renomado jornal, em 11/08/2015, sob o título "Aldeias Doentes", lê-se: Enquanto o diabetes atinge 7,6% da população brasileira, entre os Xavantes o índice é de 28,2%, ou seja, quase quatro vezes mais. E isso em razão da alimentação - e não da carência de terras.

Isso evidencia a preocupação desta Comissão Especial quanto a saúde da população indígena, comprovando o desvio de foco da FUNAI, que parece ser propositadamente diversionista, concentrando-se nas terras, ao invés da saúde. Despreza-se a vida do indígena quando relega-se a segundo plano sua saúde.

Também nas mais recentes audiências, a Comissão teve a oportunidade de colher o depoimento do Dr. Luís Antônio do Nascimento Curi, 09/07/2015, do qual reproduzimos parte, porque retrata um pouco do que repetidamente ouvimos na peregrinação pelo País:

*Por que a ampliação da Reserva Indígena Governador? Porque esse é um projeto pessoal do Gilberto Azanha e da esposa dele, que se chama Maria Elisa Ladeira. Eles fizeram esse trabalho logo depois da demarcação da reserva, em 1986. Eles participaram dos laudos antropológicos, criaram esse movimento CTI — Centro de Trabalho Indigenista — e passaram a levar essa ONG para todas as obras de infraestrutura de porte que têm algum componente ou que possam parecer ter algum componente indígena.*

*Para quê? Para vender termos de cooperação, estudos técnicos e, claro, influência política juntos às lideranças indígenas que, lamentavelmente, no mais das vezes — e aqui isso se repete — não retratam a verdadeira vontade daquelas etnias, daquele povo indígena, que como foi muito bem falado aqui por aqueles que me antecederam, tem carências graves, como carências de saúde, carências de comida.*

Então, aqui no caso da Reserva Indígena do Governador, só para termos um exemplo, temos uma área agigantada, uma área em que uma das reivindicações principais dos índios que lá habitam — lamento que nenhum deles tenha vindo de lá. Ao que parece, vieram apenas outras etnias — é o transporte para a cidade, porque eles utilizam os serviços públicos do Município, como já falado pela Prefeita. Esse transporte é terrível pelas distâncias colossais, e eles acabam vivendo em pequenas aldeias, de forma totalmente isolada.

Agora, esses antropólogos que fazem os estudos, que recomendam a ampliação, que são antropólogos que têm interesse pessoal, acadêmico e — volto a frisar — econômico nesse processo de demarcação, o que é que eles fazem? Eles ignoram todo esse componente e produzem laudos periciais fraudulentos, nos quais se afirma, com todas as letras, que esses índios lá da Reserva Indígena Governador estão confinados em uma área diminuta. Como é que a gente pode falar em uma área diminuta que é superior a várias cidades de porte deste País? É uma área de quarenta e tantos mil hectares, onde hoje não são ocupados efetivamente nem mil hectares.

Na verdade, o que está acontecendo é que nós temos grupos espalhados ao redor do Brasil, normalmente grupos que são ligados a ONGs que, supostamente, defendem a causa indigenista, mas que acabam trabalhando para quê? Acabam trabalhando para possibilitar grandes obras de infraestrutura depois de fazer uma série de exigências financeiras ilegais, que acabam interferindo naquilo que a FUNAI deveria ter como papel preponderante, que é a assistência ao indígena.

Então, a FUNAI acaba se desviando dos seus desígnios para quê? Para atender a interesses de grupos, de ONGs e a interesses políticos de algumas poucas lideranças, de forma que o processo acaba sendo tísado por uma ilegalidade muito grande.

Nós colocamos essas questões no processo de ampliação da terra indígena Governador de forma prévia. Nós fizemos uma defesa prévia junto à FUNAI, colocando inclusive, a suspeição, porque, para piorar, depois de o CTI ter conseguido fazer os estudos e direcionar a situação da Usina Hidrelétrica de Estreito, ele conseguiu que a antropóloga responsável pela realização dos novos estudos de ampliação fosse quem? Maria Elisa Ladeira, mulher daquele senhor que levou os índios a pleitearem essa própria ampliação.

*Então, a pessoa tem a ideia, leva essa ideia e impõe essa ideia através de uma chantagem de que aquilo não vai ocorrer, de que aquele empreendimento não vai ocorrer, se as suas exigências não forem atendidas, e depois ela coloca um membro da sua família, um membro ligado a sua pessoa para quê? Para fazer o estudo de identificação dessa área.*

*E o pior é que, além dessas pessoas terem conseguido levar o projeto, criar a situação e ser nomeadas para fazer os estudos atinentes a essa situação, hoje eles contam com uma nova situação, ainda mais privilegiada. Qual que é? É a situação de que o filho de ambos, Aluísio Ladeira Azanha, hoje é o Diretor de Proteção Territorial da FUNAI.*

*Então, teoricamente — isso não vai acontecer porque a gente ainda tem justiça neste País, e a justiça tem nos atendido e vai continuar nos atendendo —, o processo de ampliação da Reserva Indígena Governador começou pelas mãos do Gilberto Azanha, que conseguiu nomear sua esposa para fazer os estudos antropológicos, e esses estudos antropológicos poderiam vir a ser deferidos pelo filho deles.*

*É uma situação muito grave, que nós levamos ao Ministro da Justiça na época, ainda, em que o Aluísio era diretor adjunto, mas essa situação foi solenemente ignorada. O Ministro da Justiça, na época, se mostrou bastante surpreso com o fato, e até pediu a algum assessor seu que confirmasse essas coincidências, porque aí a FUNAI deixou de ser uma ação entre amigos, para ser uma ação entre família e uma ação entre ONGs. Ele teve a confirmação desses fatos, e alguns meses depois veio a efetivar esse Sr. Aluísio na Diretoria de Proteção Territorial.*

*E esse é mais um fato pelo qual eu gostaria de fazer coro às palavras da Prefeita, e lamentar demais a ausência das chamadas altas classes da FUNAI, que têm se omitido em todas aquelas reuniões. Eles mandam um representante, um assessor parlamentar, mas as pessoas que estão sendo acusadas de forma pública, documental e legal, de produzirem uma verdadeira fraude antropológica para se beneficiar, em detrimento de 25 mil humildes agricultores, não aparecem para dar sua versão, se escondem em seus gabinetes.*

Sobre isso, estamos enviando à Polícia Federal o relato dos fatos, a fim de que proceda a devida investigação.

Por fim, cumpre ainda considerar que, ante a urgente e aflitiva situação indígena e os sucessivos conflitos fundiários, como os de Guaíra, Paraná e, mais recentemente, no Estado do Mato Grosso do Sul, as discussões desta Comissão se ativeram ao enfrentamento do problema da demarcação das terras ocupadas pelos índios, deixando de se aprofundar na discussão sobre a alteração pretendida pelo art. 2º, da PEC 161/07 e da PEC 291/08, que tratam dos espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, §1º, III), bem como da alteração pretendida pelo art. 3º, da PEC 161/07, que intenta modificar o processo de reconhecimento das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos (art. 68 do ADCT), apenas se reafirmando o *marco temporal*.

*Last, but not least*, este Relator não é infenso aos ataques que têm sido desferidos contra a constitucionalidade da PEC, embora matéria vencida na quadra devida, a CCJC. Reafirma que crê, sem reservas, incorrer empeço a que o Congresso Nacional atue na área. Mas também não pode desconsiderar a volubilidade com que certas decisões pretorianas nos surpreendem. Assim, recolhe ponderação junto a integrantes desta prestigiada Comissão Especial no sentido de que se possa construir caminho que, pelo menos, ofereça paridade nos embates entre os que estão na terra e os que nela desejam penetrar. Assim, fica para reflexão um possível contemperamento em que se decidiria pela inserção do seguinte parágrafo no art.231:

*A demarcação definitiva das terras indígenas atenderá aos requisitos previstos neste artigo e aos direitos e às garantias estabelecidas pelo art. 5º, e se fará por decreto do Presidente da República, precedido de deliberação de comissão competente para a resolução dos conflitos de interesse, através de conciliação e arbitragem, presidida pelo Ministro da Justiça e composta por dois Deputados e dois Senadores indicados pelos partidos ou blocos parlamentares da Maioria e da Minoria das respectivas Casas Legislativas, e por um representante:*

*I - de cada Estado ou do Distrito Federal envolvido;*

*II - de cada Município com terras encravadas em seu território;*

*III - do Conselho de Defesa Nacional, escolhido dentre os seus membros;*

*IV- do órgão indigenista federal;*

*V - do Ministério Público, escolhido dentre os seus membros;*

*VI – dos portadores de títulos de posse ou de domínio interessados;*

*VII - das comunidades indígenas interessadas.*

Pelas precedentes razões, manifesto meu voto pela aprovação das Propostas de Emenda à Constituição nº215-A/00 e das apensadas: 579/2002; 257/2004; 275/2004; 319/2004; 156/2003; 37/2007;

117/2007; 411/2009; 415/2009 e 161/2007; na forma do Substitutivo em anexo; e pela rejeição da Proposta de Emenda a Constituição nº291/2008.

Sala da Comissão, em      de      de 2015.

Deputado OSMAR SERRAGLIO  
Relator

**COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 215-A, DE 2000, QUE “ACRESCENTA O INCISO XVIII AO ART. 49; MODIFICA O § 4º E ACRESCENTA O § 8º AMBOS NO ART. 231, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL” E APENSADAS (DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS)**

**SUBSTITUTIVO A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 215-A, DE 2000**

(Apensadas: PEC 579/2002; PEC 257/2004; PEC 275/2004; PEC 319/2004; PEC156/2003; 37/2007; PEC 117/2007; PEC 411/2009; PEC 415/2009 e PEC 161/2007)

Modifica os arts. 61 e 231 da Constituição Federal e os arts. 67 e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de dispor sobre o procedimento de demarcação de terras ocupadas pelos índios e quilombos.

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

**Art. 1º** O § 1º, do art. 61 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso III :

*“Art. 61 .....*

*§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:*

*.....*

*III - delimitem terras indígenas.”(NR)*

**Art. 2º** O art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

*“Art. 231.....*

*§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as que, em 5 de outubro de 1988, atendiam simultaneamente aos seguintes requisitos:*

*I - por eles habitadas, em caráter permanente;*

*II - utilizadas para suas atividades produtivas,*

*III – imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”(NR)*

*§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, podendo explorá-las, direta ou indiretamente, na forma da lei, excetuando-se as seguintes situações:*

*I – ocupações configuradas como de relevante interesse público da União, nos termos estabelecidos por lei complementar;*

*II – instalação e intervenção de forças militares e policiais, independentemente de consulta às comunidades indígenas;*

*III - instalação de redes de comunicação, rodovias, ferrovias e hidrovias e edificações destinadas à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e de educação, vedada a cobrança de tarifas de qualquer natureza;*

*IV - área afetada por unidades de conservação da natureza;*

*V - os perímetros urbanos.*

*VI - ingresso, trânsito e permanência autorizada de não índios, inclusive pesquisadores e religiosos, vedada a cobrança de tarifas de qualquer natureza. (NR)*

.....

*§ 8º É vedada a ampliação de terra indígena já demarcada. (NR)*

*§ 9º A delimitação definitiva das terras indígenas far-se-á por lei, competindo ao Poder Executivo propor em projeto de lei de sua iniciativa privativa os limites e confrontações da área indígena, ou, havendo conflito fundiário, a permuta de áreas, assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo relativo às encravadas em seus territórios, o qual se iniciará com audiência pública. (NR)*

*§ 10. As comunidades indígenas em estágio avançado de interação com os não-índios podem se autodeclarar, na forma da lei, aptas a praticar atividades florestais e agropecuárias, celebrar contratos, inclusive os de arrendamento e parceria, caso em que, autonomamente, decidirão sobre a partilha, ou não, entre seus membros. (NR)*

*§ 11. A comunidade indígena, na forma da lei, pode permutar, por outra, a área que originariamente lhe cabe, atendido o disposto no inciso III do § 1º.(NR)*

*§ 12. A União adotará políticas especiais de educação, saúde e previdência social para os índios, harmonizando-as com a cultura, crenças e tradições, e com a organização social das comunidades indígenas.*

*(NR)*”

*§ 13 O laudo antropológico iniciará pela especificação das circunstâncias que evidenciam o atendimento ao marco temporal.(NR)*

**Art. 3º** O art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido com o seguinte parágrafo único:

*“Art. 67 .....*

*Parágrafo único. É devida a prévia e justa indenização em dinheiro dos proprietários ou possuidores de boa-fé, ainda que na Faixa de Fronteira, das áreas inseridas no perímetro territorial indígena em decorrência das demarcações ulteriores ao prazo fixado no caput deste artigo. (NR)”*

**Art. 4º** As demarcações em curso, independentemente da fase administrativa ou judicial sem trânsito em julgado, em que estiverem, obedecerão às disposições desta Emenda Constitucional.

Parágrafo único. Os conflitos em áreas que sejam reivindicadas por comunidade indígena, serão resolvidos por comissão paritária constituída na forma da lei.

**Art. 5º** O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação:

*“Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estiverem ocupando suas terras, na data da promulgação da Constituição, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”. (NR)*

**Art. 6º** Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em      de      de 2015.

Deputado OSMAR SERRAGLIO

Relator