


INSTITUTO	
 Documentação	
SOCIOAMBIENTAL	
Fonte	DOU Sec 1
Data	20-12-95 Pg 21529
Class.	04000217

Ministério da Justiça

GABINETE DO MINISTRO

DESPACHO DO MINISTRO

Em 6 de dezembro de 1995

Nº 289-B Ref.: PROCESSO Nº 08620.01564/94. INTERESSADO: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO — FÚNAL.
ASSUNTO: Declaração de posse permanente indígena, para efeito de demarcação, da terra indígena MÉDIO RIO NEGRO.

1. Embora o Relatório de fls. 07/62 seja omissivo, constata-se que parte da terra, objeto deste procedimento administrativo, encontra-se situada na Faixa de Fronteira a que se refere o §2º do art. 20 da Constituição Federal.

Emerge, assim, a questão jurídica sobre se são, ou não, excludentes os conceitos de terra indígena e zona de fronteira.

O §2º do art. 20 da Constituição Federal assim dispõe:

§2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Por outro lado, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios tem o domínio atribuído à União (nº XI, art. 20) e destinam-se à posse permanente dos índios, "cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes" (art. 231, §2º).

Percebe-se, desde logo, que a faixa de fronteira constitui uma zona em que o "exercício do direito de propriedade privada sofre restrições (...)" e "exerce o governo federal um poder de vigilância, de polícia, que envolve restrições muito severas ao direito de propriedade". (Themistocles B. Cavalcanti, Tratado de Dir. Administ., vol. III, pag. 52, Freitas Bastos, 1964). A matéria, hoje, está regida pela Lei nº 6.634, de 02 de maio de 1979 e pelo Decreto nº 85.064, de 26 de agosto de 1980, além de legislação esparsa.

Assim, temos que não há incompatibilidade alguma entre faixa de fronteira e domínio privado ou público. São duas situações que não se excluem, sendo que as glebas situadas em zona de fronteira tem a sua ocupação e utilização sujeitas ao que estabelecer a lei mencionada no §2º do art. 20.

No caso específico de terra indígena, está ela sujeita às mesmas restrições de ocupação e utilização que ocorrerem dos diplomas legais, pelo que a "posse permanente" e o "usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos", existentes em tais áreas, estão sujeitas às mesmas limitações.

Foi esse o entendimento fixado pela Advocacia-Geral da União em parecer aprovado pelo Senhor Presidente da República, em 06 de setembro do corrente ano (Parecer nº AGU/PRO-06/95, item 08, 3º parágrafo).

Portanto, a portaria declaratória deverá explicitar a sujeição da gleba, ou de parte dela, situada em zona de fronteira, às regras que forem expedidas com base no referido texto constitucional.

2. O Relatório Antropológico faz menção, de passagem, à existência de uma gleba militar (fls. 35 e 39), sem ter feito qualquer especificação ou esclarecimento.

Perquirindo sobre referida "Gleba Militar", constatamos que, pelo Decreto nº 95.859, de 22 de março de 1988, foi afetada, ao uso especial do Exército, a "área de aproximadamente 1.016.350,8000ha", situada no município de São Gabriel da Cachoeira (inciso XII, art. 1), que, conforme cópia da planta inclusa, é integralmente abrangida pela área indígena identificada neste procedimento (Doc. 01, anexo).

O referido Decreto foi editado com base nas disposições do Decreto-Lei n. 2.375, de 24 de novembro de 1987, que, revogando o Decreto-Lei n. 1.164, de 01 de abril de 1987, dispôs, em seus arts. 1 e 3:

"Art. 1º. Deixam de ser consideradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais as atuais terras públicas devolutas situadas nas faixas, de cem quilômetros de largura, em cada lado do eixo das rodovias, já construídas, em construção ou projetadas, a que se refere o Decreto-Lei n. 1.164, de 1 de abril de 1987, observado o disposto neste artigo.

Parágrafo único. Persistem indispensáveis à Segurança Nacional e sob o domínio da União, dentre as terras públicas devolutas em referência, as que estejam:

II - contidas nos Municípios de (...) São Gabriel da Cachoeira (AM), (...)

Art. 3º. A União afetará a uso especial do Exército terras públicas federais, atualmente devolutas, contidas nos Municípios a que alude o inciso II, do parágrafo único, do artigo 1.

2. Essas terras serão utilizadas como campo de instrução por unidades militares localizadas na Amazônia Legal e para a instalação de novas Organizações Militares a serem criadas, dentro do plano de expansão da Força Terrestre."

Tais diplomas legais foram editados com base na competência outorgada ao Presidente da República para baixar ato daquela natureza por tratar-se de matéria afeta à segurança nacional, em conformidade com os poderes conferidos ao Conselho de Segurança Nacional para indicar áreas indispensáveis e Municípios de seu interesse (Constituição de 1967, arts. 55, item I, e 89, item III).

Conferia-se esse resguardo sobre o Município todo de São Gabriel da Cachoeira, no Estado do Amazonas, abrangendo, pois, área pretendida indígena.

Em verdade, não se identificaria qualquer incompatibilidade por situar-se a terra indígena em área de fronteira ou de segurança nacional.

A posse permanente atribuída aos índios pela Constituição sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas (art. 231) não desnatara nem impede ação governamental de defesa e segurança nacional, pois a própria Carta determina integrar tal área o patrimônio da União.

Frise-se que a União tem sempre o domínio, quer sobre a terra de posse indígena, quer sobre o território declarado indispensável à segurança nacional.

In casu, o Decreto nº 95.859, de 22 de março de 1988, com fundamento no Decreto-lei nº 2.375, de 24 de novembro de 1987, afetou a uso especial do Exército área devoluta contida no Município de São Gabriel da Cachoeira. Nada obstante, por meio de regular processo administrativo, pretende-se a inclusão de referida área naquela destinada à posse indígena permanente. Indaga-se, por conseguinte, acerca da viabilidade da dupla qualificação da área em exame.

Na espécie, assegura a Constituição o domínio da União sobre "as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares" (art. 20, II, da Constituição Federal) bem como sobre "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" (art. 20, XI, da Constituição Federal). Assim, inexistiria qualquer perplexidade quanto à caracterização do domínio sobre a área respectiva, pois não se cuidaria de conflito mas antes de concorrência de normas constitucionais (Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 5ª ed., 1991, p. 201 e s.).

Indagação de maior relevo seria aquela relativa a compossibilidade de dupla afetação de determinada área, ou seja, de superposição entre área indispensável à segurança nacional e área reservada a posse indígena. De início, cumpre mencionar que tanto a posse indígena quanto a afetação ao uso das forças armadas impõem um regime jurídico especial para as respectivas áreas (arts. 20, § 2º, e art. 231, § 2º, da CF). A questão passa a ser, portanto, a eventual exclusão recíproca dos referidos regimes e a consequente inviabilidade da superposição das distintas qualificações jurídicas.

A solução do conflito entre normas jurídicas impõe a identificação, ontológica ou pragmática, de determinada tipologia das normas. Haveria de identificar-se a estrutura de *principio* ou de *regro* a determinada norma jurídica para determinar-se a forma de solução de eventuais conflitos que a envolvam. Destarte, em se verificando conflito entre normas de menor densidade (ou de grande abstração, generalidade, caráter normogênico e de fundamentalidade), a

solução não implicaria a invalidação de qualquer das normas mas antes um juízo de ponderação *in concreto* entre os princípios contrapostos que viabilizasse a maior realização possível de cada um dos princípios. Tratar-se-ia, destarte, de uma norma que impõe um mandato de otimização, o que implica a impossibilidade de nulificação de qualquer dos princípios envolvidos bem como a restrição de cada princípio tão-somente em face do ganho proporcional e justificável pela realização prevalente (*in concreto*) do princípio contraposto (máxima da ponderação) (Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992).

Em se tratando de conflito entre regras (normas de maior densidade cujo programa normativo afigura-se mais próximo da norma de decisão a ser oferecida no caso concreto), a solução impõe a invalidez de uma das regras em exame ou a identificação de uma *cláusula de exceção*. Em verdade, a transposição do conflito entre regras para o plano da validade afigura-se costumeira na dogmática pátria (vide, a respeito, o conflito aparente de normas no direito penal) e traduz-se em critérios de prevalência decorrentes da hierarquia, da sucessão de leis no tempo e da especialidade. A seu turno, caso se imponha a manutenção das duas regras, a alternativa para a solução do conflito residiria na imposição de uma restrição ao alcance de uma das normas. Com efeito, a doutrina denominou tal circunstância de *lacuna oculta*, ou seja, a inexistência de restrição ao alcance de determinada norma cuja imposição decorreria de interpretação sistemática do ordenamento. Destarte, haveria de reduzir-se o alcance decorrente da interpretação literal do programa normativo para tornar a disposição compatível com a norma contraposta, procedimento denominado de *redução teleológica* (Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian).

In casu, cuida-se de autêntico conflito entre regras cuja a solução estaria a exigir uma cláusula de exceção. De fato, por constituírem normas contemporâneas, de igual hierarquia e equivalente (ou, se se preferir, incomensurável) especialidade, afigura-se desarrazoado sustentar a invalidação de qualquer delas como forma de solução do conflito. A pretendida cláusula de exceção consistiria na imposição de uma restrição aos termos absolutos em que vazado o art. 231, § 2º, da Constituição Federal, sempre que conflitantes com um bem constitucionalmente assegurado. Portanto, o regime jurídico da terra indígena apresentar-se-ia sujeito a eventuais limitações impostas pela disciplina jurídica relativa às terras indispensáveis à segurança nacional (art. 20, § 2º, da Constituição Federal; vide, de resto, a cláusula de exceção consistente no "relevante interesse público da União" inserta no § 6º do art. 231 do texto constitucional).

Com isto, quer-se dizer que a cumulação da qualificação de determinada área como fundamental para a defesa nacional com a sua caracterização como terra indígena não implica uma contradição em termos. Eventuais dúvidas haveriam de ser suscitadas exclusivamente com relação à *procedimentalização* (leia-se disciplina jurídica do uso de competências públicas ou privadas ou conformação de um instituto jurídico) ou concretização dos imperativos constitucionais em exame. Em tais casos, seria legítimo falar-se em um dever de legislar inerente à necessidade de solução do conflito entre normas constitucionais (em se tratando de direitos fundamentais, cuidar-se-ia de uma reserva legal implícita). Te' circunstância não passou despercebida ao constituinte que, como já mencionado, inseriu competências legislativas específicas nos arts. 20, § 2º, e 231, § 6º, da Carta Magna.

Por fim, em atenção à necessidade de assegurar-se a máxima eficácia possível a cada uma das normas constitucionais contrapostas, seria ainda possível cogitar-se de controle de legitimidade das restrições ou da conformação infraconstitucional de cada preceito por meio do uso da máxima da ponderação. Tal juízo poderia mesmo ser instaurado *in concreto*, afastando-se a aplicação da norma a um caso singular muito embora sua validade genérica e abstrata não reste questionada (STF, ADINMC nº 223, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 132/571 e s.).

Destarte, afigura-se possível a afetação ao uso das Forças Armadas, em se tratando de área indispensável para a segurança nacional, de área qualificada como terra indígena.

Por outro lado, a Constituição assegura exclusividade aos índios do "usufruto (...) das riquezas do solo, dos rios e das lagoas" existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º), o que autoriza estados de com posse com destinação diversa e não excludente.

Por todo o exposto, manifesta-se legítimo declarar-se de posse permanente indígena a terra do MÉDIO RIO NEGRO, sem prejuízo da afetação de parte da mesma gleba ao uso especial do Exército.

Quanto ao projeto de portaria que me é ofertado, recomendo: 1) faça-se inserir dispositivo que preserve a natureza de faixa de fronteira, caracterizadora da área, para que, desde já, mantenha-se obediência aos ditames contidos no art. 20, § 2º, da Constituição; 2) extirpe-se do bojo da portaria a proibição de ingresso, trânsito e permanência de não índios nas terras, eis que ilegítimo tal impedimento de ir e vir, por esta via administrativa, consignando-se apenas o controle da FUNAI sobre atividade de indivíduos não afetos à ação do poder público na área; 3) explicita-se que a destinação à posse permanente dos grupos indígenas nominados não é excludente da afetação ao uso especial do Exército, de parte da gleba; 4) explicita-se, ainda, face as dificuldades decorrentes do fato de diversas ilhas do Rio Negro integrarem a terra indígena, que a mesma não abrange os leitos dos rios navegáveis referidos na sua descrição.

NELSON AZEVEDO JOBIM
Ministro de Estado da Justiça

(Of. nº 281/95)