Acervo ISA

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
Data ____/____/____
Cod. 00004112

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO
Ministério da Justiça

PARECER Nº 006/PG/99
Ref.: Processo FUNAI/BSB/0772/99
FUNAI/BSB/3233/77
FUNAI/BSB/0889/93.

EMENTA: Direito Agrário. Processo de regularização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada nos municípios de Boa Vista e Normandia, Estado de Roraima. Homologação da demarcação administrativa da Terra Indígena em questão, localizada pela FUNAI, de acordo com a Portaria declaratória nº 820, de 11.12.98. Procedimentos legais obedecidos. Pelo prosseguimento.

Tratam os autos da homologação da demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada nos municípios de Boa Vista e Normandia, Estado de Roraima, encaminhado pela Diretoria de Assuntos Fundiários para análise e parecer desta especializada.

I - DO RELATÓRIO

2. Os trabalhos de identificação e delimitação foram realizados pelo Grupo Técnico designado pelas Portarias 1141/92, 1285/92, 1375/92 e 1553/92, integrados por técnicos da **FUNAI, INCRA, SEIMAJUR** (Secretaria do Meio Ambiente, Interior e Justiça do Estado de Roraima), Universidade de São Paulo, CIMI (Conselho Indigenista Missionário) e lideranças indígenas envolvidas, relatados no Parecer nº 036/DID/DAF/93, de autoria do Antropólogo Artur Nobre Mendes tendo como parte constitutiva – Memorial Descritivo de Delimitação e Mapa da Terra Indígena em questão (fls. 08 a 14).

Acervo ISA

3. Em 20 e dezembro de 1996, o Excelentíssimo Sr. Ministro da Justiça, rejeita a delimitação proposta pela FUNAI, deixando de editar a competente portaria declaratória de identificação e delimitação através do Despacho nº 080, publicado no DOU de 24.12.96 (fls. 15 a 18).

4. Considerando o contido na Informação nº 007/DEID/98, acostado ao Processo nº 0889/93, cujo termos foi devidamente aprovado pela Diretoria de Assuntos Fundiários desta Fundação, em 18.06.98, o Presidente da FUNAI, encaminha pedido em caráter excepcional ao Ministério da Justiça para reconsiderações das determinações elencadas no Despacho nº 080/MJ/96.

5. Em 10.12.98, pelo Despacho nº 050, publicado no DOU de 11.12.96, o Excelentíssimo Sr. Ministro da Justiça, considerando manifestação do Consultor Jurídico daquela Pasta, **"Decide expedir portaria declaratória da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, determinando que fiquem ressalvadas, para solução posterior, as situações controvertidas,** nos termos do Parecer n º 036/DID/DAF/93, de 12.04.93, (fls. 21) portanto, revoga-se o Despacho nº 080/MJ/96.

6. Através da Portaria Ministerial nº 820, de 11.12.96, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi declarada de posse tradicional permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Macuxi, Wapixana e Taurepang, com superfície aproximada de 1.678.800 ha e 1000 km de perímetro também aproximados, determinando a citada Portaria Ministerial que a FUNAI promova a demarcação administrativa e posterior homologação e registro pelas autoridades competentes nos termos do art. 19, § 1° da Lei nº 6001/73, e 5° do Decreto nº 1775/96, (fls. 22/23).

7. No seguimento, os trabalhos de demarcação topográficos foram realizados no curso do ano de 1998, pelos técnicos da Fundação Nacional do Indio – FUNAI, resultando na superfície de 1.751.330,9285 ha e perímetro de 934.279,58 m.

8. Há que se ressaltar que a diferença encontrada na superfície e no perímetro dos limites da área especificada no art. 1° da presente minuta de decreto homologatório e a Portaria Declaratória, ocorre em virtude de maior

Acervo ISA

previsão dos trabalhos técnicos realizados na demarcação, o que não acontece na ocasião dos trabalhos de delimitação. Observa-se que na Portaria Declaratória, os limites previstos são "**aproximados**", devido à técnica utilizada, os quais na fase da demarcação são "**precisos**", conforme informação do setor competente – DED/DAF.

9. O levantamento fundiário a ser procedido na Terra Indígena Raposa Serra do Sol pela FUNAI em conjunto com o órgão federal competente INCRA, indicará os ocupantes não índios com benfeitorias implantadas e passíveis de indenização, em determinação ao § 6° do art. 231 da Constituição Federal.

10. Com efeito ao consoante no art. 2° § 8° e no art. 9° **caput** do Decreto 1.775/96, as contestações à caracterização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, foram julgadas improcedente pelo Despacho n° 080/MJ/96, além do que a decisão ministerial não foi objeto de reparação judicial.

11. Vale ressaltar que ficam abstraídos os aspectos técnicos fundiários e antropológicos, de responsabilidade das áreas correspondentes e que refogem aos limites da análise jurídica ora, realizada.

III – DO DIREITO

12. A homologação da demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, se faz na forma ora proposta, necessária e urgente, não só pela obediência aos dispositivos legais previstos na Lei 6.001/73 e no Decreto n° 1.775/96, mas para solucionar uma questão fundiária que em se alongando por anos e anos, e que só aos grupos indígenas que habitam aquela Terra Indígena pode mencionar o valor desse direito Constitucional.

13. Há que se repelir proposta de alteração de limites, como se fosse possível a demarcação de uma terra indígena aqui ou acolá. Tal argumento demonstra que se dá à posse indígena o mesmo entendimento da posse civil. Entretanto, são institutos completamente diferentes, como ensinou o Ministro Victor Nunes Leal:

Acervo ISA

" Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios (...) ***Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.***
Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam eus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária á sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que mandou. Respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a 'posse' estaria materializada nas malocas. Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto eqüivale dizer que continuariam na posse do mesmo (Min. Victor Nunes, RE nº 44.585, Referências da Súmula do STF, 1970, v. 25, pág. 360).

14. As constituições Federais desde 1934, sucessivamente, determinaram o respeito á posse indígena. A Constituição de 1934 estatuía:

"Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliena-las."

15. Ponte de Miranda, no comentário deste artigo, disse:

"A proibição de alienação (das terras em posse dos índios) tem como conseqüências:

Acervo ISA

a) ***a nulidade absoluta de qualquer acto de disposição, incluídos os que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse*** *(uso, fruto, garantia real, locação); b) não há prescrição contra o silvícola, ainda que trintenal; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, por infringirem texto constitucional"* ***(Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil,*** *tomo II – Rio de janeiro: Editora Guanabara, 1937, pág. 348 349; grifos nossos).*

15. Dizia o art. 154 da Carta de 1937:

"Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas."

16. Veja-se a redação do art. 216 da Constituição de 1946:

"Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não transferirem."

17. Pontes de Miranda também comentou este dispositivo:

" O texto respeita a posse do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba o título de domínio. Desde que há posse e localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, ***e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas, ou em que se achem permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula, por infração da Constituição.*** *Aquelas mesmas que forem em virtude do art. 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas* ***(Comentários à Constituição de 1946,*** *vol. V, 1953,*

Acervo ISA

pág. 335, apud Gilmar Ferreira Mendes, **O domínio da União sobre as terras indígenas: O Parque Nacional do Xingu** – Brasília: Ministério Público Federal, 1988, pág. 67; grifos nossos).

18. A vigente Constituição Federal, portanto, seguiu exatamente a trilha das Cartas precedentes, trazendo para o art. 231 proteção à posse indígena. O constitucionalista José Afonso da Silva afirma, comentando estes preceitos:

> *"A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios* ***não é a simples posse regulada pelo direito civil;*** *não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para a sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela* ***possessio ab origine*** *que, no início, para os romanos, estava na consciência do amigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio (****Curso de Direito Constitucional Positivo,*** *8ª ed. rev. e ampl.- São Paulo: Malheiros Editores, 1992, pág. 729; grifos nossos).*

19. Contudo, justa ou injusta esta posse concorrente com a dos índios é posse nula, nos termos do § 6° do art. 231 da Constituição. E, em realidade, a posse dos índios Macuxi Taurepany e outros, comprovadamente mantida por eles ao longo dos tempos, apenas não logrou exclusiva, porque se violaram as sucessivas garantias constitucionais que determinavam o respeito à posse indígena. Por isso é que o § 1° do art. 62 da Lei n° 6.001/73 determinou aplica-se tal nulidade *às terras que tenham sido desocupadas pelo índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.*

20. É necessário compreender que a Constituição não exige que a *habitação permanente,* um dos requisitos do conceito e "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", seja **exclusiva.** Ao contrário, o procedimento demarcatório tem por finalidade essencial, exatamente, **devolver o caráter de exclusividade** à posse indígena, nos termos garantidos pelo § 2° do art. 231. Se a exclusividade da ocupação territorial já fosse um dado, **inexistiria a necessidade de demarcação.**

Acervo ISA

21. Esclareça-se, desde logo, que os direitos dos índios sobre suas terras são **originários,** ou seja, precedem ao próprio Estado, conforme tese a que aderiu Raymundo Laranjeira (**A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito à indenização por benfeitorias, *in* Os direitos indígenas e a Constituição.** – Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pág. 97) e, como se viu acima, na lição e Pontes de Miranda, não há títulos alegáveis contra a posse indígena. Os direitos indígenas sobre suas terras são imprescritíveis, e por isso não os atingiu nenhuma decadência pelo fato de não terem sido, os índios, manutenidos na exclusividade da sua posse.

22. A alegação de direito adquirido contra o direito dos índios não prospera. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tanto quanto o ensinamento da doutrina, são monolíticos, como demonstra Gilmar Ferreira Mendes:

> *"103. Tendo a Constituição declarado a nulidade dos títulos dominiais existentes sobre áreas habitadas por indígenas, nos termos estabelecidos em lei federal, não se há de invocar a proteção constitucional aos direitos adquiridos (C.F. art. 153, § 3º) e ao direito de propriedade (C.F. art. 153, § 22 e 5º), para legitimar a propositura da presente Ação Cível.*
>
> *104. À evidência não pode haver direito adquirido à propriedade de terras habitadas por indígenas, em face da regra expressa no art. 198, da Lei Maior. Como se sabe, é de nenhuma valia a invocação do princípio do direito adquirido contra norma constitucional. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência da Excelsa Corte, tal como se vê no voto proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves, no RE nº 94.414,* ***in verbis:***
>
> *"As normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas e figura do direito adquirido. Mesmo nas constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a*

Acervo ISA

coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não, ao constituinte, seja ele originário, seja ele derivado. Por isso, Barbalho, ao comentar o art. 11, 3º, da Constituição de 1891 (dispositivo que vedava aos Estados e à União prescrever leis retroativas), acentuava:

"Mas, porquanto a proibição de leis retroativas é estabelecida por amor e garantia dos direitos individuais, não há motivo para que ela prevaleça em casos nos quais ofensa não lhes é feita e a retroação é proveitosa ao bem geral; e eis por que 'têm pleno efeito com relação a fatos anteriores: 1. As leis constitucionais ou políticas (...)" (Constituição Federal Brasileira – Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 42). Igualmente, Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 141, § 39, da Constituição de 1946, escreve ao examinar o conceito de direito adquirido:

" Não há direitos adquiridos contra a Constituição" (Comentários à Constituição Brasileira, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1954, v. 3, nº 505, nota 7).

No mesmo sentido, manifesta-se Pontes de Miranda, mais de uma passagem de seus Comentários á Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969:

"Impõe-se ao legislador cogitar de lei que de certo modo indenize as perdas, porque não basta invocar-se a proteção dos direitos adquiridos (art. 150, § 3º e 22), pois as constituições são retroeficazes" (op. Cit. t. I, p. 538); (...)

No retirado art. 176, no art. 177 (hoje art. 194) e nos retirados arts. 179 e 180, parágrafo único, a Constituição de 1967 abria exceção ao princípio da imediatividade eficacial das regras jurídicas constitucionais, porque, se o não fizesse, os direitos adquiridos pelas pessoas mencionadas estariam prejudicadas (op. cit. t. VI, p. 389);

As constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesmo fixou como aquele em que começaria a incidir. Para as constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não; (op. cit. t. Vi, p. 392).

Acervo ISA

Afirmações semelhantes – com larga citação de autores nacionais e estrangeiros – se encontram em obras dedicadas, em nosso país, ao direito intertemporal. Assim, em Carlos Maximiliano, Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis, Rio de Janeiro, 1946, nº 43, p. 60; e Bento de Faria, Aplicação e Retroatividade da Lei, Rio de Janeiro, 1934, nº 8, p. 25 e segs.

Essas assertivas se coadunam com a natureza mesma das coisas. Se se elabora uma norma constitucional que veda situação anteriormente admitida, quer isso dizer que o poder constituinte, originário ou derivado, entende ser essa vedação exigida pelo interesse comum, e, portanto, aplicável de imediato, salvo disposição expressa em contrário. (RDA 160 149).

105. E, manifestando-se especificamente sobre a matéria, assevera Celso Bastos que:

O inciso IV do art. 4º da Constituição há de ser entendido conjugadamente com o art. 198 e seus parágrafos. À União, com efeito, fica deferido o domínio das terras ocupadas pelos silvícolas, mas a este cabe a sua posse permanente assim como fica reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Ficaram extintos todos e quaisquer direitos que pudessem incidir sobre as referidas terras, sem que os lesados possam pleitear indenização contra a União, por força dos § § 1º e 29 do art. 198. O princípio do direito adquirido, assegurado pelo § 3º do art. 153, ficou excepcionado em face do conteúdo dos referidos dispositivos. (Curso de Direito Constitucional, 1912, pp. 109 110).

106. De resto, vale notar que o princípio de direito adquirido não subsiste diante de preceito que disciplina a existência ou a extinção de instituto jurídico, visando aos efeitos e ao conteúdo jurídico de determinada situação (Roubier, Droit Tansitoire, 1960, 2º edition, pp, 210 213; Carlos Maximiliano, Direito Intertemporal, 1955, pp. 61 62; Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, Tratado de Direito Civil Brasileiro,

Acervo ISA

1932, v. II, pp. 187 188; Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 1974, t. V, pp. 77-78; O. A. Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, I, 1969, pp. 276, 287 e 288).

107. Da mesma forma, a regra constante do art. 153, §22, ou do art. 5º, da Constituição, não pode emprestar fundamento à pretensão do litigante, porquanto é a própria Lei Maior que consagra a insubsistência de qualquer título de propriedade sobre as áreas de posse permanente dos silvícolas (C.F., art. 4º IV e 198). Tenha-se presente que as regras constantes dos arts. 198 e 4º, IV, da Lei Maior, contêm em verdade, uma declaração de extinção da propriedade em terras habitadas em caráter permanente pelos silvícolas. Não há, pois, como afastar a incidência imediata e geral, com a alegação de direito adquirido ou e situação jurídica consolidada.

108. Assinale-se que a aludida orientação mostra-se inteiramente consentânea com diversos precedentes da Excelsa Corte que têm reafirmado a inexistência de direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. A propósito, vale ressaltar a seguinte passagem do voto proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves no RE nº 94.020, ***in verbis:***
"(...), em matéria de direito adquirido, vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inumeráveis vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como o é a propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato. (RTJ 104 272)

109. Como se constata, é palmar o equívoco em que laboraram eminentes juristas como Carlos Medeiros e Cretella Júnior, ao sustentarem que a disposição contida no art. 198, da Constituição, não se aplicava aos títulos de propriedade outorgadas na vigência da Constituição de 1946,

Acervo ISA

tendo em vista a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (cf. Pareceres in RDA, 122 383 e RDA 128 641) (ob. cit., págs. 54 a 56).

23. As *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*, na expressão que sucedeu às *terras em posse de, habitadas ou ocupadas por silvícolas*, estão reconhecidas como direito originário dos índios. A prevalência da posse ou ocupação indígena sempre foi entendida como excludente de quaisquer outros títulos, como se viu na transcrição de Pontes de Miranda no comentário ao art. 129 da Constituição de 1934:

> *"A proibição de alienação (das terras em posse dos índios) tem como conseqüências:*
>
> *a) a nulidade absoluta de qualquer acto de disposição, incluídos os que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); b) não há prescrição contra o silvícola, ainda que trintenal; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, por infringirem texto constitucional"* ***(Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil,*** *tomo II – Rio de janeiro: Editora Guanabara, 1937, pág. 348/349; grifos nossos)."*

24. O Mestre ainda explicou, glosando o art. 198 da Emenda nº 1, de 1969:

> *"São nenhuns quaisquer títulos, registrados (sic), contra a posse dos silvícolas,* ***ainda que anteriores*** *(os títulos)* ***à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse.*** *O registro (sic) anterior de propriedade é* ***título de propriedade sem uso e sem fruição*** *(sic)* ***(Comentários à Constituição de 1967, com*** *a Emenda nº 1, de 1969, 2ª ed., tomo VI: São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1974, pág. 457; grifos e parênteses nossos).*

Acervo ISA

25. Em suma, a Carta de 1988 adotou, atualizando-o, o instituto do indigenato, quanto às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Assevera José Afonso da Silva que:

> *"Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e no reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares,* ***seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas (...)*** *O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, 'não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem'* ***(Curso de direito constitucional positivo,*** *8ª edição revista e ampliada de acordo com a nova Constituição – São Paulo: Malheiros Editores, 1991, pág. 728).*

26. No início do século, João Mendes Júnior analisou o instituto do indigenato:

> *" O indígena, primariamente estabelecido, tem a* ***sedum positio,*** *que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig., titul.* ***De acq. Vel. Amitt. possess., L.I),*** *a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas, o indígena, além desse* ***jus possessionis,*** *tem o* ***jus possidendi,*** *que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como* ***direito congenito.***
> *(...)*
> *Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de occupante (art. 3º da Lei de 18 de setembro de*

> *1850); ora, a **occupação**, como título de acquisição, só pode ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por eu antigo dono. A **occupação** é uma **apprehensio rei nullis** ou **rei derelictae** (confiram-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. **de acq. Rerum domin., L. 3, e tit. de acq. Vel. Amitt. poss., L. I);** ora, as terras de índios, **congenitamente** apropriadas, não podem ser consideradas nem como **res nullis,** nem como **res derelictae;** por outra, não se concebe que os índios tivessem **adquirido,** por simples **occupação,** aquillo que lhes é **congenito e primário,** de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, ha um título **immediato de** dominio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado (**Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos** – São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912; grifos do original).*

28. Por conseguinte, revela-se óbvio que a demarcação administrativa das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios nada mais faz que, apenas e tão somente, **declarar** os limites da terra sobre as quais os índios exercem **direito pré-constituído e reconhecidamente originário.** Voltemos a José Afonso da Silva.

> *"De qualquer forma, não é da demarcação que decorre qualquer dos direitos indígenas. **A demarcação não é título de posse nem de ocupação das terras.** Como mencionamos há pouco, **os direitos dos índios sobre essas terras independem de demarcação** (ob. cit., pág. 731; grifos nossos).*

28. O exame dos argumentos, e respectivos fundamentos, trazidos aos autos com a contestação ora analisada, revela que persiste um grave equívoco acerca das terras indígenas, dos efeitos do ato demarcatório e das vias pelas quais possam, terceiros prejudicados, buscar compensações.

29. No ensejo deste parecer, foi lembrado um sólido acúmulo de interposições jurisprudenciais e doutrinárias que reproduzem e consolidam a tradição jurídica brasileira sobre as terras dos índios. O fato de que os direitos

Acervo ISA

dos índios sobre tais terras sejam originários, e por conseqüência disso, fiquem invalidados os títulos nelas incidentes; o fato de que, sabiamente, a Constituição de 1988 tenha afastado o requisito da imemorialidade, substituindo-o pela da tradicionalidade; o fato de que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam sejam imprescritíveis; o fato de que tais direitos são desde sempre exercitáveis, independentemente de demarcação; o fato de que a demarcação é, destarte, ato declaratório que visa a especificar os limites físicos do exercício dos direitos territoriais indígenas; e, finalmente, o fato de que a indenização constitucional restringe-se às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé, não são determinações a serem execradas ou lamentadas.

30. O Brasil se constituiu historicamente ás custas de um território que já foi inteiramente indígena, e isso não está em questão. No passado, entendeu-se legítimo simplesmente fazer guerra de extermínio aos índios – primeiro, as guerras desejadamente "justas", depois, as declaradas como de conquista. Depois, entendeu-se que os índios deveriam ser rapidamente assimilados, tendo no fundo deste entendimento a perspectiva de que, assim, ficariam livres as terras que eles ocupavam em prol dos colonos adventícios; e mais recentemente, concedeu-se que tal assimilação deveria ser, ao invés de rápida, progressiva e harmoniosa. No limiar do séc. XXI, o constituinte de 1987/88 percebeu que após séculos de políticas assimilacionistas cujo único resultado foi a degradação, era chegada a hora de abdicar delas.

31. Os direitos indígenas reconhecidos pela Carta de 1988 compõem um sistema ímpar no mundo. Seriam, contudo, apenas retórica não fossem acompanhados de sólidas disposições acerca da terra, que é, afinal, a base física para o exercício da diversidade étnica acolhida pela Constituição. Consumar a demarcação das terras indígenas em prol daquelas etnias que lograram sobreviver, é um imperativo constitucional, legal, ético e moral. E se isto não impressionasse, lembre-se que a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é condição fundamental para a consolidação do perfil fundiário do País, sem o que jamais se atingirá o patamar desejado de segurança social e econômica.

32. Portanto, a disposição governamental de dermarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, no estrito atendimento de uma atribuição constitucional, deve ser acolhida e festejada. Se isto impõe eventuais

ônus a quem herdou situações irregulares, nem por isso se admite relativizar a obrigação constitucional.

33. Estas pessoas, acostumaram-se a considerar a desídia do Estado como capaz de lhes consolidar tais situações irregulares. E a história parece lhes dar razão. Por isso, a cada vez que o Estado se movimenta para demarcar as terras indígenas, a iniciativa é rejeitada. Em defesa do que consideram ser direitos seus, terceiros não índios que almejam como suas terras sob demarcação buscam negar que seja indígena a terra, a partir mesmo da negação de que sejam índios os beneficiários.

34. O Estado, porém, admite que a omissão administrativa, ao longo dos tempos, coonestou com as estratégias de ocupação indevida das terras indígenas. Ocupantes de quarta ou quinta geração, embora a rigidez das normas civis acima lembradas, devem perceber, todavia, que a oposição à demarcação não é, definitivamente, a via correta para a defesa dos seus interesses.

35. A estes, colhe-se a oportunidade deste parecer para lhes lembrar o instituto da evicção (arts. 1.107 e seguintes do Código Civil), pelo qual se poderá os ocupantes não índios ressarcirem dos prejuízos havidos com a aquisição das terras que não lhe podiam ter sido vendidas. Há, a respeito, farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo inclusive a responsabilidade de Estados Federados pela indenização integral dos prejuízos havidos em função da alienação de terras cujo domínio não lhes pertencia.

36. Além disso, diante da consagração constitucional da responsabilidade objetiva do Estado (§ 6° do art. 37 da Constituição) pelos danos que os agentes estatais, em tal condição, causam a terceiros, bastará aos prejudicados a demonstração do nexo causal entre ação e prejuízo para, em tese, fazerem jus às reparações de que se julgam merecedores. Confira-se, por exemplo, em Renan Miguel Saad (**O ato ilícito e a responsabilidade civil do estado: doutrina e jurisprudência.** – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1994). Tudo isto, sem necessidade de atacar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

DESPACHO Nº 042 /PG/99
Ref.: Processo nº 08620.0772/99
Ass.: homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Senhor Diretor,

Submeto à elevada apreciação de Vossa Senhoria, com vistas ao encaminhamento à autoridade superior, o presente processo em que são ultimados os procedimentos para a edição do decreto de homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, conforme minutas elaboradas por essa Diretoria de Assuntos Fundiários.

Na oportunidade, esclareço a Vossa Senhoria que, em vista da urgência que se imprime ao assunto, não foi emitido o devido parecer da Coordenação de Assuntos Contenciosos, onde se esclareceria a inexistência de ações, com decisões de mérito, impedindo o prosseguimento administrativo do feito, embora, nesta Procuradoria-Geral, não tenha tramitado nenhuma informação nesse sentido.

Assim sendo, aprovo a Informação nº 006 /PG/99, da Dra. Alda Freire de Carvalho, pelos seus fundamentos jurídicos.

Atenciosamente,

M. LOUREZI R. SEPTIMIO
Procuradora-Geral