



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Fic. N.º 36
Proc. N.º 1288/96

Roraima

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
Data <u>1/1/1</u>
Cod. <u>00200454</u>

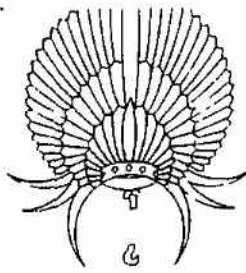
Fundação Nacional do Índio-FUNAI
Processo nº1288/96
Área Indígena: São Marcos/RR
Interessados: Orvaldir Alves da Costa e outros

EMENTA: Área Indígena São Marcos, Roraima. Eventual preliminar de vício quanto à representação superada para que se examine o mérito. Mérito: área que sucede a Fazenda Nacional São Marcos que, desde o século passado, está afetada aos índios. Presença indígena reconhecida pelo Estado Brasileiro há mais de 100 anos. Trabalhos técnicos realizados com segurança. Contestação à qual se deve negar provimento.

PARECER

I RELATÓRIO

I.1 Cuida-se de **contestação** apresentada pelos interessados acima nomeados, através de procurador, formulada com base no art. 9º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Alegam os contestantes que são senhores e possuidores de imóveis situados na *Vila de Pacaraima, dentro da área pretendida pela FUNAI, terra indígena São Marcos.*



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

38
12.89/96
L. 12.89/96

h) as terras da Vila de Pacaraima distam 66 Km da área de fronteira e, sendo devolutas, podiam ser cedidas gratuitamente para os nordestinos que acorreram para o Norte do Brasil;

i) devido a enorme presença de não índios na região, convivendo pacificamente com os índios, a própria FUNAI desaconselhou a demarcação de reserva indígena contínua, conforme demonstra o Parecer nº 94.945/89 (Processo/BSB/3255/77, pág. 5) que pretendia a demarcação da área indígena Ingariko.

1.3 Os requerentes concluem a **contestação** formulando dois pedidos que, resumidamente, são os seguintes:

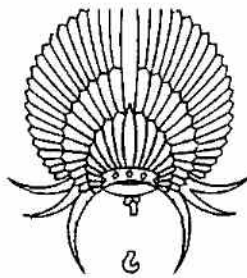
a) seja determinada a oitiva do Estado de Roraima, da Procuradoria Geral da República, da Advocacia geral da União, da Fundação Nacional do Índio-FUNAI e do MIRAD;

b) que seja reconhecida a nulidade dos atos praticados em afronta aos princípios constitucionais invocados, para o fim de declarar a improcedência do relatório e exclusão da área questionada como terras indígenas.

Protestam pela posterior juntada de instrumento de mandato e pela produção de todos os gêneros de prova admitidos pelo direito.

II PRELIMINAR

Eventual vício na representação, ocorrente em vários casos, fica superado pela decisão do Senhor Presidente da FUNAI, que determinou o exame do mérito em tais hipóteses.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

P. E. N.º 40
Proc. N.º 1288/96
— J —

III.4 Como elementos probatórios foram carreados aos autos, apenas e tão somente, licenças de ocupação, contas de luz(!) e guias de recolhimento de imposto predial territorial urbano expedidas pela Prefeitura Municipal de Boa Vista que, na hipótese de áreas indígenas, em face da incidência do § 6º do artigo 231 da Constituição, limitam-se a provar, em tese, a boa fé do ocupante de cada gleba.

III.5 A boa fé do interessado, entretanto, não é suficiente para, no caso de terras indígenas, assegurar a eficácia de seu título. Necessário se faz que, além do título, o interessado evidencie que, na hipótese, não se demonstraram os elementos constitucionais que caracterizam uma determinada porção de terra como terra indígena.

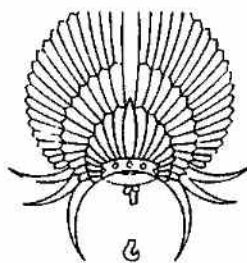
III.6 Somente através de estudos e critérios antropológicos, sociológicos e fundiários, é possível delimitar a área de cada etnia. Com estes estudos, nos termos do Decreto, procede-se à subsunção da norma constitucional que define o que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

III.7 O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em memorável aresto, decidiu que:

tema: Administrativo - Terras habitadas por silvícolas

1- Comprovado por laudo técnico-administrativo de natureza antropológica que a área questionada sempre foi "habitat indígena", far-se-ia prova judicial suficiente para elidir a verdade do ato administrativo. 2 - ausência de prova de iniciativa dos autores, para afastar a presunção de legalidade do ato administrativo. 3 - sentença confirmada (TFR da 1ª Região, Relatora Juíza Eliana Calmon, AC nº 89.01.21303-6- Roraima).

III.8 Os contestantes, no entanto, limitaram-se a contradizer os documentos técnicos que deram margem ao Decreto impugnado, sem



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

41,
1288/56
7

apontar as eventuais falhas e incoerências do laudo. Alegações sem base técnica, cabalmente demonstrada, não podem servir de móvel para que a Administração Pública anule seu legítimo ato. Para pleitear a anulação, *in totum*, do Decreto homologatório dos limites da terra indígena São Marcos, os contestantes deveriam demonstrar que a área proposta **não é**:

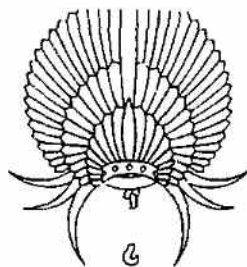
- a) habitação permanente dos Macuxi e Wapixana;
- b) local das atividades produtivas dos Macuxi e Wapixana;
- c) essencial para a preservação dos recursos naturais necessários aos Macuxi e Wapixana; e
- d) necessária à reprodução física e cultural dos Macuxi e Wapixana.

III.9 Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez afirmam:

Isto quer dizer que a presunção de validade que a lei estabelece não é algo gratuito e carente de fundamento, mas algo que se apoia em uma base real que lhe empresta em princípio, uma certa justificativa. O ato administrativo se presume legítimo na medida em que emana de uma autoridade que o é igualmente (Curso de Direito Administrativo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 502).

III.10 Miguel Seabra Fagundes assim lecionou sobre o tema:

Os atos da Administração são abonados por uma presunção de legalidade, de modo que, só muito excepcionalmente, poderão ser fulminados de ofício com a declaração de nulidade. Não é que nos pareça admissível dar validade ao ato inquinado de vício capital, só porque emane da Administração Pública. Mas, se em relação aos atos privados, não protegidos a priori com a presunção de legalidade, é raríssimo ter lugar o pronunciamento ex officio da invalidez, com maior razão o há de ser em se tratando de ato



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

U2
1288/56

público, amparado por tal presunção. Somente casos muito excepcionais, encaminharão a essa consequência (O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 6ª ed. – São Paulo : Saraiva, 1984, pág. 41).

III.11 Neste mesmo sentido, ensina o jurista Hely Lopes Meirelles:

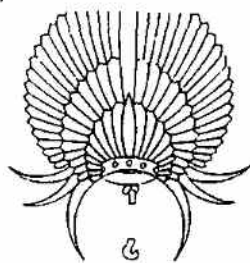
A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos.

(...)

Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até a sua anulação o ato terá plena eficácia (Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 135; grifos nossos).

III.12 A única prova que os contestantes lograram fazer, confirmando o laudo da FUNAI, foi a de que a área São Marcos, há muitos anos, sofre um processo constante de invasões por parte da população não índia, incentivado desde 1988 pela própria Prefeitura de Boa Vista!

III.13 Sintetize-se o histórico administrativo relativo à terra indígena de São Marcos. Trata-se de próprio nacional, assim reconhecido desde o século XVIII. De fato, a Fazenda São Marcos foi fundada em 1793 e entregue a



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

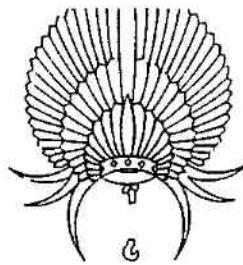
Fls. 43
Proc. N.º 1288/56

1980

administrações militares. Posteriormente, intentou-se discutir-lhe o domínio, tendo o Supremo Tribunal Federal, por acórdão de 7 de dezembro de 1907, confirmado a propriedade da União, inclusive porque se trata de imóvel localizado em zona de fronteira, nos termos da Lei nº 601, de 1850, combinada com o Decreto nº 1.318, de 1854. Apesar disso, o então Estado do Amazonas titulou parte da área – que não lhe pertencia – em favor de particular. A questão foi novamente a juízo, e o juiz Sadi Tapajós de Alencar sentenciou, em 16 de janeiro de 1926, em desfavor do suposto beneficiário. Tudo isto consta dos autos em poder da FUNAI, inclusive cópias dos originais, devendo-se ressaltar a Informação nº 832/DF/DGPI/81 de 2 de dezembro de 1981, da lavra de Ismael Marinho Falcão, então Chefe do Setor de Regularização Dominial, acostada às fls. 115 a 135 do processo FUNAI/BSB/168/82.

III.14 Não obstante a antiga presença indígena, cuja posse prevaleceu às inúmeras tentativas de esbulho, razões de segurança nacional determinaram, afinal, a **intervenção na terra indígena**, nos termos da alínea c do § 1º do art. 20 da Lei nº 6.001/73, editando-se o respectivo Decreto autorizador, nº 76.311, de 19 de setembro de 1975, a que se seguiu o Decreto nº 84.828, de 23 de junho de 1980, pelo qual se destacaram, para a instalação de um pelotão de fronteira, 916,96 ha. Esta área foi excluída do perímetro afinal demarcado, que foi homologado pelo Decreto nº 312, de 29 de outubro de 1991 (cf. seu art. 3º).

III.15 Em 30 de dezembro de 1981, pelo GAB/AVISO Nº 054/81, o então Governador do Território Federal de Roraima, Brigadeiro Ottomar de Souza Pinto, dirigiu-se ao Ministro do Interior da época, a quem a FUNAI estava subordinada, solicitando o demembramento de 999,99 ha da terra indígena para a ampliação da Vila de Pacaraima-BV-8, que se criava **irregularmente** junto à área do pelotão de fronteira. Contudo, o próprio Governador reconhece que a área é da FUNAI, ou seja, que se tratava de terra indígena! Confira-se na reprodução abaixo:



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

44
1288/96
[Handwritten signature]



GAB/A V I S O Nº 054/81.

BOA VISTA - T.F.R.
EM: 30. 12. 81.

De ordem a Secretária Geral
Antônio...

Senhor Ministro,

00-82-00224-x

Antônio...
Resp. pela...

O permanente intercâmbio entre o Brasil e a Venezuela tem determinado o crescimento da Vila do Pacaraima -BV-8, localidade situada na fronteira entre os dois países.

O Governo de Roraima está preocupado com a ampliação do espaço territorial da localidade, para que o seu crescimento possa vir a ser ordenado e disciplinado.

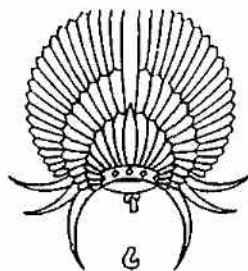
Porém, em razão das terras limítrofes pertencerem à FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, encaminho a Vossa Excelência o anexo Memorial Descritivo de uma área de 999,99 ha., pleiteando que a mesma seja desmembrada da FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, e destinada à ampliação da Vila do Pacaraima-BV-8.

Esperando contar com o valioso e inestimável apoio de Vossa Excelência para o pleito, reitero os protestos do meu apreço e da minha consideração.

[Handwritten signature]
OTTOMAR DE SOUSA PINTO
Governador

Ao
Excelentíssimo Senhor
Doutor MÁRIO DAVID ANDREAZZA
Digníssimo Ministro de Estado do Interior
BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL.

605
26/12/81
[Handwritten initials]



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Fl. 45
Proc. 12.88/56
[Handwritten signature]

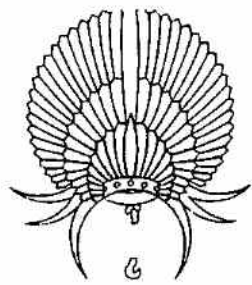
III.16 Embora tenham havido alguns ensaios em contrário, a flagrante impossibilidade legal do pedido de S. Exa. foi finalmente apontada pela FUNAI, que então, como decisão última, negou-se a atender tal pleito e encaminhou a demarcação física da área e sua posterior homologação.

III.17 Infrutífera a tentativa, não se satisfizeram as autoridades públicas roraimenses. Em flagrante agressão à ordem constitucional, incentivaram a povoação da malfadada Vila de Pacaraima com tamanha impavidez que, após 1988, a própria Prefeitura de Boa Vista passou a expedir as **licenças de ocupação** agora trazidas pelos contestantes! Ainda, a Prefeitura lhes cobra IPTU! Contudo, como a municipalidade de Boa Vista não possuía título sobre a área, tais licenças concederam-se, desde então até 1995 (!), ressaltando-se que se davam a **título precário**, como se percebe pela reprodução que segue (ver o item 2 da cártula).

III.18 Ora, as licenças mais antigas apostas aos autos das contestações datam de 1988; é esta a “posse mansa e pacífica” que os ilustres pretendentes afirmam ter *desde a colonização*??? Ademais, se os próprios pretensos títulos são reconhecidamente **precários**, as posses que neles se fundam são **posses injustas** (art. 489 do Código Civil), a que a ordem jurídica não dá abrigo:

Para poder a posse gozar da proteção legal é necessário que ela seja justa e de boa fé e, conseqüentemente, não tenha sido obtida de modo vicioso (6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 196/92).

III.19 Constata-se que se está diante de um flagrante caso de **esbulho de terras federais**, patrocinado pela Prefeitura de Boa Vista, de que são instrumentos diretos os ora contestantes.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Proc. N.º 426
Proc. N.º 12.987/91
[Signature]



PREFEITURA MUNICIPAL DE BOA VISTA
RORAIMA
ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE PACARAÍMA

Proc. N.º *[Handwritten]*
Fl. *[Handwritten]*
Rubrica *[Handwritten]*

[Signature]
Custodei com o Original

O ADMINISTRADOR REGIONAL DE PACARAÍMA, no uso de suas atribuições legais, faz saber que **CONCEDE**.

LICENÇA DE OCUPAÇÃO Nº 028/86

Para o **LOTE n.º 17**, da **Quadra n.º 24** do **PLANO DE URBANIZAÇÃO** desta Vila, a(o) Sr.(a) **JOSÉ CAVALCANTE ROCHA**, nacionalidade **BRASILEIRA** CIC n.º *[Handwritten]* CI n.º **72.498/SSP/RR** casado(a) com filho(a) de **JOSE CECILIO CAVALCANTE** e de **MARIA DO SOCORRO ROCHA CAVALCANTE**, com a área total de **525,00** metros quadrados, e as seguintes confrontações:

- FRENTE: 15,00 mts. com RUA 'E'
- FUNDO: 15,00 mts. com LOTE 07
- L. DIREITO: 39,00 mts. com LOTE 16
- L. ESQUERDO: 39,00 mts. com LOTE 18

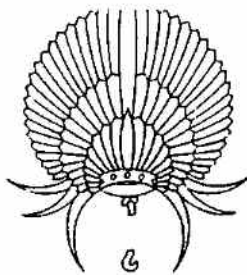
Esta **LICENÇA DE OCUPAÇÃO** está absolutamente dependente da observância das seguintes condições:

- 1 - O presente **LOTE** é **INEGOCIÁVEL** e **INTRANSFERÍVEL**;
- 2 - A concessão é feita a **Título Precário**, por um prazo de **90 (noventa) dias**;
- 3 - Findo o prazo definido em 2, e não efetivada a construção, o direito ao uso cessará, e o **LOTE** será automaticamente reintegrado ao Patrimônio da Administração, sem que o beneficiário tenha direito a qualquer indenização, em Juízo ou fora dele;
- 4 - Após a construção, e aprovada pela Administração, esta Ocupação será devidamente legalizada, de conformidade com a Lei vigente;
- 5 - É **PROIBIDO** a concessão de **LICENÇA DE OCUPAÇÃO** a quem possuir Direitos ou Propriedade sobre Lote(s) Urbano(s), nesta Vila de Pacaraima

Vila de Pacaraima (RR), em 29 de junho de 1986.

[Signature]
JOSE CAVALCANTE ROCHA

[Signature]
JOSE FAUSTINO DA SILVA
ADM. REG. DE PACARAÍMA



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

47
Proc. n.º 95.683-9
L. 10/10/96

III.20 As autoridades públicas de Roraima foram além: para dar foros de legitimidade ao esbulho, articularam a criação dos municípios de Pacaraima e Uiramutã, o primeiro incidindo sobre a área demarcada. Foi necessário que a FUNAI promovesse ação possessória, em que obteve terapêutica liminar determinada pelo juiz Marcos Augusto de Souza, da 1ª Seção Judiciária de Roraima (processo nº 95.683-9, classe-5104; FUNAI contra o Estado de Roraima):

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA

Em se tratando de liminar, mormente em não tendo sido ainda instaladas as ditas sedes municipais, com as edificações necessárias ao abrigo dos Poderes locais, penso que o seu deferimento, conquanto vise diretamente à proteção da posse dos índios, prevenirá, por via indireta, prejuízos ao erário estadual que, certamente, verificar-se-iam em decorrência de uma eventual remoção de tais sedes para outros locais.

Vale aqui destacar que não se deve confundir o fato de que uma determinada área indígena pode estar compreendida no território de um ou mais municípios, mas um município não deve estar compreendido em uma ou mais áreas indígenas, uma vez que nesta última hipótese a sede municipal, necessariamente teria que se situar em área indígena, o que não se harmoniza com a posse dos índios sobre tais terras, reconhecida constitucionalmente.

Ademais não é difícil prever que, ao se admitir tais sedes municipais em área indígena e a consequente expansão urbana, disto, certamente advirão conflitos que devem ser prevenidos quer pelo Poder Público estadual, quer pelo Poder Público federal.

Assim sendo patente a posse dos índios sobre as terras compreendidas pelos territórios dos recém criados municípios de Pacaraima e Uiramutã e considerando que a instalação das sedes desses municípios representa risco de turbação dessa posse, tenho que ocorre na espécie, os requisitos da antecipação liminar na tutela possessória, quais sejam o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora".

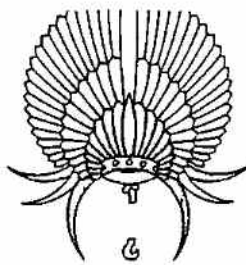
Ante o exposto, com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil concedo a liminar pleiteada na inicial, determinando a expedição de mandado proibitório ao Estado de Roraima, a fim de que se abstenha de instalar as sedes dos novos municípios de Pacaraima e Uiramutã em local compreendido pelas terras indígenas São Marcos e Raposa Serra do Sol, sob pena de pagamento da pena pecuniária que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento da presente liminar, em favor das comunidades indígenas habitantes das referidas áreas.

Incline-se o Estado de Roraima desta decisão, citando-o a oferecer resposta à presente ação no prazo legal.

Intimem-se a FUNAI e o Ministério Público Federal.

Boa Vista, 15 de março de 1996.

MARCOS AUGUSTO DE SOUZA
Juiz Federal



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Proc. N.º 288/96
L. Lima

III.21 Portanto, é absolutamente frouxa a pretensão dos contestantes, porque ilícitos os títulos que apresentaram. Dado que toda a sustentação das suas pretensões escudou-se na sua posse, revelada injusta e decorrente de esbulho, por isso já seria permitido concluir pela absoluta improcedência das contestações.

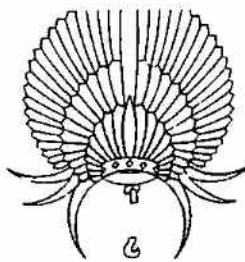
III.22 Contudo, observe-se que os contestantes reduziram a questão a uma discussão possessória, como visto. Superada esta, resta que nada mais se disse que atacasse o laudo da FUNAI que conduziu à demarcação da área e à respectiva homologação. A vinculação entre o conceito constitucional do § 1º do artigo 231 da Lei Fundamental da República, os elementos probatórios que acarretaram o reconhecimento da área indígena São Marcos, e o Decreto que lhe homologou os limites, foi total. Mesmo assim, passaremos a examinar as demais alegações e os pedidos dos contestantes.

IV. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES

IV.1 Desmembramento do território estadual

IV.1.1 Argumentam os contestantes que a demarcação da terra indígena de São Marcos constitui desmembramento do território estadual, violando o art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e que para tal teria sido indispensável ouvir-se a Assembléia Legislativa de Roraima. Trata-se de alegação de vício de forma, dado que não há legitimação dos contestantes para alegar matéria do interesse precípua da Unidade federada.

IV.1.2 Ocorre que a demarcação de terras indígenas, extremando domínio da União, não afeta o território dos Estados. Se assim fosse, quaisquer próprios federais seria considerados subtração aos territórios estaduais, e teriam, então, para se legitimarem, que se submeter às normas constitucionais invocadas pelos contestantes. O absurdo da conclusão desnuda o absurdo da premissa. Ademais, ainda que assim fosse, o tema não afeta, nem positiva nem negativamente, às pretensões dos contestantes: se as terras indígenas pertencessem ao domínio dos estados, ao invés de



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

49
128/96
[Handwritten signature]

integrarem os bens da União, os contestantes estariam igualmente insatisfeitos.

IV.2 Faixa de fronteira ou terras devolutas

IV.2.1 Os contestantes suscitam a impossibilidade de demarcação de áreas indígenas em faixa de fronteira. A alegação não tem sentido, porque o só fato de uma terra ser declarada faixa de fronteira não impede que haja uma dupla afetação, sobretudo porque as terras são próprios nacionais.

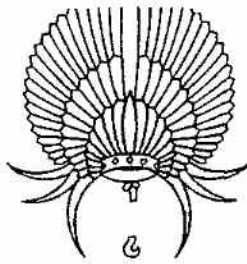
IV.2.2 Neste sentido, o Parecer N° AGU/PRO-06/95, da lavra do Consultor da União, Miguel Pro de Oliveira Furtado, em cujo item 8, parte final, lê-se que *Dessa divergência, talvez, tenha nascido a dúvida sobre a possibilidade de situarem-se terras indígenas na faixa de fronteira, mas nenhuma incompatibilidade existe no se superporem* (grifos nossos).

IV.2.3 Ademais, as terras em questão jamais foram devolutas pois, conforme demonstrado acima, o próprio Estado Brasileiro era o titular do domínio da Fazenda Nacional São Marcos e sempre reconheceu ali a presença de índios. Lembre-se, ainda, que na disputa de fronteira com a Guiana Inglesa, Joaquim Nabuco argumentou, em favor do Brasil, com a posse de índios brasileiros na região – isto, em 1903.

IV.2.4 Na época do Império, o art. 3° da Lei n° 601/1850 definia:

*Art. 3° São terras devolutas:
§ 1° As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal.*

Ou seja, estando a Fazenda São Marcos aplicada a uso público nacional, **não era devoluta**. Ao regulamentar a Lei de Terras, o Decreto n°1.318, de 30 de janeiro de 1854, dispunha:



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Proc. N.º 50
1288/56
Luisff

Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos distritos, onde existirem hordas selvagens.

Art. 73. Os Inspetores e Agrimensores, tendo notícia da existência de tais hordas nas terras devolutas, que tiverem de medir, procurarão instruir-se de seu gênio e índole, do número provável de almas, que elas contêm, e da facilidade, ou dificuldade, que houver para o seu aldeamento; e de tudo informarão o Diretor-Geral das Terras Públicas, por intermédio dos Delegados, indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de o obter; bem como a extensão de terra para isso necessária.

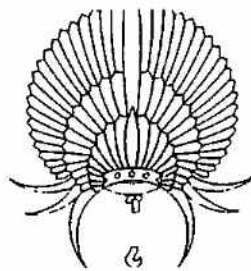
Art. 74. A vista de tais informações, o Diretor-Geral proporá ao Governo Imperial a reserva das terras necessárias para o aldeamento, e todas as providências para que este as obtenha.

Art. 75. As terras reservadas, para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim permitir o seu estado de civilização.

Portanto, ainda que devoluta tivesse sido, a área da Fazenda São Marcos teria sido reservada aos índios.

IV.3 Publicidade dos atos administrativos

IV.3.1 Os contestantes afirmam que se não houve a publicação determinada pelo § 7º do art. 2º do Decreto nº 1.775/96, ficou ferido o princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Constituição. Desejam a



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

F. 1. 6. 2. - SA
Proc. N.º 1288/56
L. Lima.

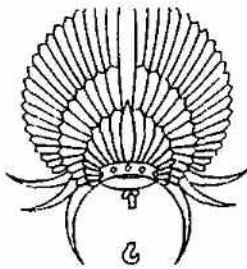
retroatividade da norma regulamentar, à revelia do que atestam os documentos trazidos aos autos: o fato de que São Marcos reconhecidamente é terra indígena, como, recentemente, admitiu até o então Governador Ottomar Pinto. Os autos são fartos na demonstração do atendimento da publicidade, mesmo antes da vigência da atual Constituição.

IV.3.2 Alegam, ainda, que o laudo antropológico é síntese de brochura que fora publicada pela Diocese de Roraima. Contudo, nem sequer trouxeram tal brochura com suas contestações. E o fato, em si, não constitui nenhum vício apto a desautorizar o laudo.

IV.4 Área descontínua

IV.4.1 O patrono dos contestantes traz à colação o Parecer nº 94.945/89 (Processo BSB/3255/77), em cuja pág. 5 a FUNAI teria desaconselhado a demarcação da reserva indígena contínua.

IV.4.2 Em realidade, não existe um parecer nº 94.945/89; existiu, sim, o Decreto nº 94.945/87, que dispunha sobre a demarcação das terras indígenas. Este regulamento ficou superado pela edição do Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991, e este pelo atual Decreto nº 1.775/96. Tampouco existe um Processo/BSB/3255/77; existe o Processo/BSB/3233/77, relativo à terra indígena Raposa-Serra do Sol, em cuja fl. 5 lê-se o trecho transcrito pelo patrono dos contestantes, em carta – nada mais que tal – do então diretor substituto do Departamento Geral de Operações, datada de 17 de março de 1977. O que porventura haja em tais autos, não guarda relação com as pretensões dos contestantes, todos sedizentes ocupantes da terra indígena São Marcos.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Proc. n.º 52
Proc. n.º 1288/56
Lauri

V. O PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA DA ÁREA INDÍGENA SÃO MARCOS

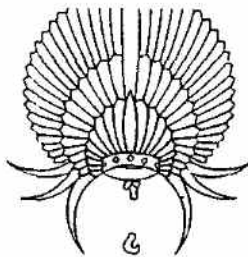
V.1 A pretensão improcede. Conforme foi demonstrado acima, o procedimento de demarcação administrativa da área indígena São Marcos, no Estado de Roraima, foi feito com base em análises técnicas que demonstram a existência da comunidade indígena na região.

V.2 Nos autos demonstrou-se, também, que os índios da terra indígena São Marcos **têm habitação permanente** no território, embora tal habitação permanente venha sendo turbada ao longo de anos e anos. Tal turbção, entretanto, não é suficiente para desnaturar a idéia de habitação permanente prevista no art. 231, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

V.3 O requisito de habitação permanente não pode ser confundido com o instituto civil da posse. Como ensinou o Ministro Victor Nunes Leal,

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 seus 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 à 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



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Proc. n.º 53,
12.88/56

[Handwritten signature]

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 equivale dizer que continuariam na posse do mesmo (Min. Victor Nunes, RE nº 44.585, Referências da Súmula do STF, 1970, v. 25, pág. 360).

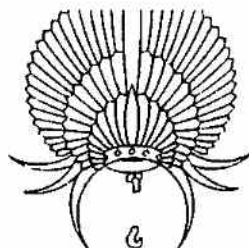
V.4 As Constituições Federais desde 1934, sucessivamente, determinaram o respeito à posse indígena. A Constituição de 1934 estatuiu:

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

Pontes de Miranda, no comentário deste artigo, disse:

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).



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

54
Proc. n.º 1288/56
Cariluz

V.5 Dizia o art. 154 da Carta de 1937:

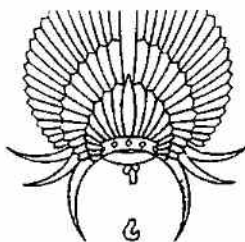
Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

V.6 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 a transferirem.

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 exhiba o título de domínio. Desde que há posse e localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, é 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, pág. 335, apud Gilmar Ferreira Mendes, O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu. -



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

SS
1288/50
L. L. L.

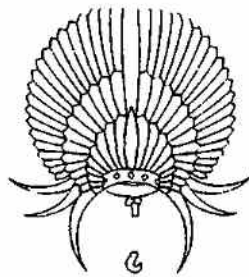
Brasília : Ministério Público Federal, 1988, pág. 67; grifos nossos).

V.7 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 antigo 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).

V.8 A demarcação da área foi realizada sob a égide do Decreto nº 94.945, de 23 de setembro de 1987. Não foi apontada qualquer violação de forma ou de fundo das disposições do Decreto. As alegações genéricas já foram respondidas.

V.9 Lembre-se 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 de 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, mantidos na exclusividade da sua posse.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

F. U. F. 56
Proc. 1288/56
Lauri

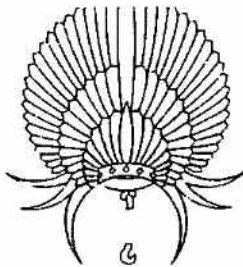
V.10 A alegação de direito adquirido contra o direito dos índios não prospera. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tanto quanto o ensinamento da doutrina, são monolíticos, como demonstra Gilmar Ferreira Mendes:

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 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 hem geral ; e eis por que têm pleno efeito com relação a fatos



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Proc. N.º 57
1288/76
L. L. L.

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, n° 505, nota 7).

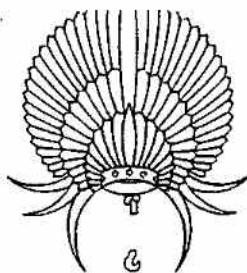
No mesmo sentido, manifesta-se Pontes de Miranda, em mais de uma passagem de seus Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n° 1, de 1969:

"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, § 3° 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 eficaz das regras jurídicas constitucionais, porque, se o não fizesse, os direitos adquiridos pelas pessoas mencionadas estariam prejudicados (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).

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, n° 43, p. 60; e Bento de Faria, *Aplicação e Retroatividade da lei*, Rio de Janeiro, 1934, n° 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. (RIDA 160/149).



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

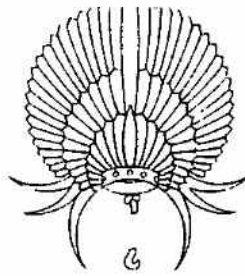
Proc. N.º 58
Proc. N.º 1288/56
C. J.

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 2º 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 Transitoire, 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, 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, 1, 1969, pp. 276, 287 e 288).

107. Da mesma forma, a regra constante do art. 153, § 2º, 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



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

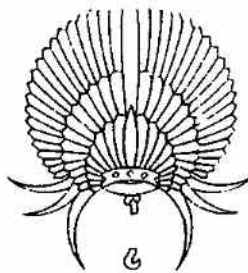
59
Proc. n.º 1288/56
Luz

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 de 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 n.º 94.020, in verbis:

(...), em matéria de direito adquirido, vigora o princípio - que este Tribunal tem assentado inúmeras 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, 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).



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

60
Proc. n.º 1288/96
Linsy

V.11 Em suma, as pretensões dos contestantes são corolário de uma absoluta ignorância sobre a natureza jurídica das terras indígenas. Contudo, sobre o tema, os juristas da atualidade sintetizam a construção doutrinária e jurisprudencial que consolida a tradição constitucional brasileira.

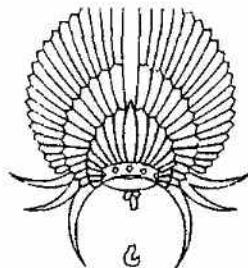
V.12 *As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, na expressão que sucedeu às terras em posse de, habitadas ou ocupadas por, silvícolas, estão reconhecidas como direito originário dos índios. A prevalência da posse ou ocupação indígena sempre foi entendida como excludente de quaisquer outros títulos, 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).

V.13 O Mestre ainda explicou, glosando o art. 198 da Emenda nº 1, de 1969:

São nenhuns quaisquer títulos, mesmo registados (sic), contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores (os títulos) à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registo (sic) anterior de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição (sic) (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, 2ª ed., tomo VI : São Paulo, Editora Revista



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

61
2288/96
Luz

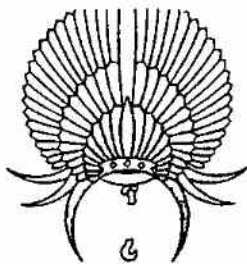
dos Tribunais, 1974, pág. 457; grifos e parênteses nossos).

V.14 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).

V.15 No início do século, João Mendes Júnior analisou o instituto do indigenato:

(O indígena, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitue o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do juriconsulto Paulo (Dig., tit. de acq. vel. amitt. possess., l. 1), a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

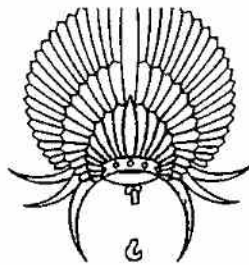
62
Proc. N.º 1288/96
L.º 1

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 congênito.

(...)

Só estão sujeitas á 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 aquisição, só pôde ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A occupação é uma apprehensio rei nullis ou rei derelictæ (conferam-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de acq. rerum domin., L. 3, e tit. de acq. vel. amitt. poss., L. 1); ora, as terras de indios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como res nullius, nem como res derelictæ; por outra, não se concebe que os indios tivessem adquirido, por simples occupação, aquillo que lhes é congênito e primario, de sorte que, relativamente aos indios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um titulo immediato de dominio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado (Os indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos – São Paulo : Typ. Hennies Irmãos, 1912; grifos do original).

V.16 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:



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

63
1288/56
Kupax

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).

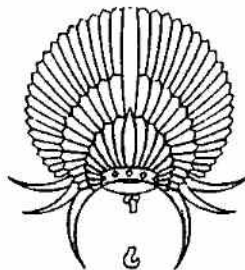
V.17 Em conclusão, não procede o pedido de anulação da declaração dos limites das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios em São Marcos.

VI. DO PROTESTO POR OITIVA DO ESTADO DE RORAIMA, DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, DA FUNAI E DO MIRAD

Os contestantes aduziram tal pedido apenas para alongar o seu texto, já que as interferências de quaisquer órgãos públicos só se podem dar em estrita obediência às normas legais e regulamentares aplicáveis à espécie. Ademais, o MIRAD não existe mais na estrutura administrativa federal...

VII. DO PROTESTO POR PRODUÇÃO DE PROVAS

VII.1 A faculdade prevista no § 8º do art. 2º do Decreto nº 1.1175/96, como já e repetiu, **exclui a produção de provas**. A exemplo do mandado de segurança, também neste hipótese entendeu o regulamento de admitir apenas as provas pré-constituídas, que devem, todas aquelas de que disporem os contestantes, ser trazidas com as razões formuladas. Portanto, trata-se de pedido juridicamente impossível.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

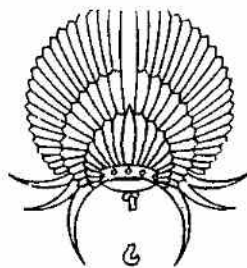
64
1288/96
Luzia

VII.2 Lembre-se, neste passo, que admitir produção de provas no procedimento demarcatório seria permitir que fosse remetido às calendas. A demarcação das terras indígenas é atribuição do Poder Público, e dois prazos – um legal, o do art. 65 da Lei nº 6.001/73, e o constitucional, do art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – já foram violados. O descumprimento dos prazos legal e constitucional não desnatura a obrigação da União, senão que a torna ainda mais urgente. Destarte, aqui mais que de ordinário, ao editar a norma que dispôs sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, lembrou-se o Chefe do Executivo que seu poder regulamentar atrela-se à exigência constitucional de criar as condições para a fiel execução das leis (art. 84, inc. IV, 2ª parte, da Constituição; sobre o tema, confira-se em, entre outros, Geraldo Ataliba, O decreto regulamentador no sistema brasileiro, in RDA 97/29). Não poderia pois, o decreto, sob pretexto de operacionalizar a atribuição da União Federal, sofismar mediante a adoção de um procedimento que, na prática, inviabilizaria o cumprimento daquela atribuição.

VIII. DA EVICÇÃO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

VIII.1 O exame dos argumentos, e respectivos fundamentos, trazidos aos autos com as contestações ora analisadas, 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.

VIII.2 No ensejo deste parecer, foi lembrado um sólido acúmulo de interpretações jurisprudenciais e doutrinárias que reproduzem e consolidam a tradição jurídica brasileira sobre as terras dos índios. O fato de que os direitos dos índios sobre tais terras sejam originários, e por consequência 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



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

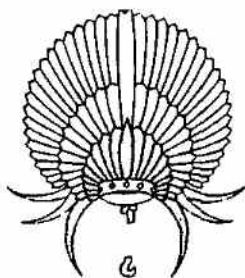
Proc. N.º 65
Proc. N.º 1288/56
[Handwritten signature]

imprescritíveis; o fato de que tais direitos são desde sempre exereitáveis, 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.

VIII.3 O Brasil se constituiu historicamente às 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 extermínio. 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.

VIII.4 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.

VIII.5 Portanto, a disposição governamental de demarcar 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.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

F. N. N.º 66
Proc. N.º 1288/96
L. V. G.

VIII.6 Estas pessoas, entre as quais sem dúvida se incluem os ora contestantes, 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 as terras sob demarcação buscam negar que seja indígena a terra, a partir mesmo da negação de que sejam índios os beneficiários. Como se demonstrou neste parecer, não é este o caminho.

VIII.7 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 da normas civis acima lembradas, devem perceber, todavia, que a oposição à demarcação não é, definitivamente, a via correta para a defesa dos seus interesses.

VIII.8 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 poderão, os contestantes, ressarcir dos prejuízos havidos com a aquisição das terras que não lhe podiam ter sido cedidas. 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.

VIII.9 Além disso, diante da consagração constitucional da responsabilidade objetiva do Estado (§ 6º 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. Confirase, 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.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

File. N.º 67,
Proc. N.º 1288/96

IX. CONCLUSÃO

Considerando que não foi provada a fragilidade da demonstração administrativamente efetuada da existência dos pressupostos constitucionais estabelecidos pelo § 1º do artigo 231 da Constituição, para que uma porção do território nacional seja reconhecida como terra indígena;

Considerando que os contestantes não trouxeram nenhuma prova aos autos, que questionasse eficazmente os trabalhos efetivados pela equipe técnica da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, o laudo antropológico nem o decreto homologatório;

Lembrando que a presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos que reconheceram como terra indígena a área de São Marcos permanece válida, eis não abalada pela contestação;

O parecer **confirma** a homologação da demarcação da terra indígena São Marcos, em todos os seus termos.

Brasília, 3 de maio de 1996.

Otávio Uchôa Guedes Cavalcanti
Advogado. Funai. OAB/PB 4699

