



CÂMARA DOS DEPUTADOS

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
Data _____/_____/____
Cod. FID000109

O contraditório no procedimento de demarcação de terras indígenas

Júlio M. G. Gaiger (*)

Entre nós, País carente de estudos administrativos, a aplicação de princípios civilistas ao Direito Público tem raiado pelo exagero e causado não poucos erros judiciários nas decisões em que é interessada a Administração nos conflitos com o particular, merecendo a justa crítica de Bilac Pinto contra «essa imprópria filiação doutrinária das decisões jurisdicionais em matéria administrativa» (Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro – 16ª ed. atual. pela Constituição de 1988, 2ª tiragem. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 27/28).

A advertência de Hely Lopes Meirelles é apropriada à discussão sobre o contraditório no processo administrativo, que parte da prescrição do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. No caso, o debate é específico acerca da inserção do contraditório no procedimento, ou processo, de demarcação das terras indígenas.

Uma parte considerável da doutrina administrativista entende, a respeito de determinados atos da Administração, que eles sejam denominados **procedimentos** porque se constituem de uma série encadeada de atos menores, ou atos-trâmite, cada qual em si dotado de autonomia, de modo tal que todos são exigidos, na seqüência prevista, para a obtenção do resultado final. Se tal ou qual procedimento administrativo envolver um **litígio** então estaremos diante do **processo administrativo**, de que o contraditório será característica inerente. É exatamente o que reza o mencionado inciso LV do art. 5º da Constituição Federal:

Aos **litigantes**, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Portanto, se possível para fins desta exposição definir um pelo outro, poderíamos dizer que **processo administrativo é o procedimento que envolve litígio entre a Administração e a parte**. Claro está, então, que se todo processo supõe um procedimento, nem todo procedimento implica em processo. O importante é assinalar que o **processo administrativo** é uma espécie particular de procedimento, e é a ele que se remeteu o citado inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Ora, para fins da implementação dos deveres da Administração é fundamental distinguir cuidadosamente que situações deverão, ou não, ser tratadas como **processo**, pois que a exigência constitucional de contraditório, se aplicada indiscriminadamente, levaria o Poder Público à inércia completa. Há então casos, empiricamente constatáveis, em que não obstante a ocorrência de um determinado grau de possível lesão a interesse, ou direito, da parte, não se reconhece a ocorrência de processo. Os concursos públicos são o melhor exemplo.

Se dentre vários candidatos aprovados em concurso público, uns classificados e outros não, quaisquer oferecem recurso administrativo à instância própria, nem por isso a Administração determinará que se ouçam todos os possíveis atingidos com o deferimento de algum. Fazê-lo seria paralisar o concurso, impedindo a nomeação e posse, enfim pondo em risco o próprio serviço e, por conseqüência, afetando o público em geral. E a Administração



CÂMARA DOS DEPUTADOS

2

assim age tranqüilamente porque aos insatisfeitos sempre restará a via judicial – nesta sim, indispensável a escuta dos demais candidatos eventualmente lesados.

O procedimento que culmina com a edição de decreto declaratório de interesse social para fins de reforma agrária também envolve oposição a interesses, ou direitos, de particulares; nem por isso, contudo, se cogita de que este procedimento inclua a oitiva dos atingidos. O mesmo ocorre nas declarações de utilidade pública para a construção de hidrelétricas, rodovias, etc. Poderíamos coletar muitos outros exemplos.

Acontece que no Brasil não dispomos de uma regulamentação genérica dos procedimentos administrativos. Portanto, o debate precisa concentrar-se em cada hipótese, dada a ausência de critérios objetivos a que se pudesse recorrer. E quando, como no caso, se discute a pertinência de incluir o contraditório no procedimento – que então adquiriria feições nítidas de **processo** – administrativo de demarcação das terras indígenas, está-se de fato travando uma polêmica muito mais **política** que jurídica.

Isto não significa negar a possibilidade de elaborar um modelo teórico que auxiliasse a distinguir os procedimentos administrativos a que se deve conferir natureza processual, daqueles em que o contraditório é remetido à via judicial. Contudo, sempre haveria a interferência de considerações políticas, e estas, ao cabo, são as que prevalecem. Imagine-se que a depender da bancada ruralista no Congresso não se transformaria o procedimento de declaração de interesse social em processo...

As alegações conhecidas acerca da conveniência de se tratar como **processo** o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, referem a necessidade de se conferir maior **legitimidade política e social** ao procedimento. Verifica-se historicamente a incidência de elevado nível de questionamento às demarcações, que em determinados momentos, em instância judicial, ameaçaram gerar um verdadeiro impasse – lembrem-se as ações opostas à criação do Parque Indígena do Xingu, e mais recentemente as que se opõem a demarcações no Mato Grosso do Sul. Lamentavelmente, este não é um problema que se resolva com argumentos de ordem ética.

A principal linha de raciocínio dos que se opõem à demarcação consiste em negar o caráter indígena da terra, alegando que a declaração incide sobre títulos mais antigos, sobre áreas que os índios não ocupam, etc. Há uma aparente antinomia entre a declaração estatal de que tal área é terra indígena, e a existência de títulos reconhecidos pelo mesmo Estado.

Ora, não é novidade que a parcialidade do Estado conduz a tais contradições, tanto assim é que alguns instrumentos jurídicos são elaborados exatamente para corrigir os, digamos, exageros produzidos por tal parcialidade. Veja-se, por exemplo, o caso da **ação discriminatória**, em si algo bastante estranho nos seus pressupostos fáticos: trata-se de uma ação em que, por oposição aos títulos expedidos em favor de particulares, o Estado discriminará o que é seu... Ou seja, supõe-se que o Estado perde o controle sobre o que é seu, e expede títulos indevidamente. Não se poderia esperar outra coisa de um Estado cuja estrutura fundiária iniciou com capitânicas hereditárias e se consolidou numa lei como a Lei de Terras de 1850...

Parece então que uma solução possível seria embutir no procedimento demarcatório algumas providências de natureza discriminatória – o que, tenha-se claro e certo, não inibirá os contrariados de insistirem pelas vias judiciais. Pode-se talvez apostar em que a inclusão destas medidas torne mais fácil para a Administração o enfrentamento das oposições, e conduza o Judiciário a uma apreciação mais rigorosa das alegações que tenham sido alvo de pré-questionamento administrativo.

O cuidado que se deve ter, ao se optar por esta alternativa, é o de estabelecer prazos sempre preclusivos, tanto para os particulares quanto para os agentes da Administração,



resolvendo-se a inércia a favor dos direitos indígenas. Há igualmente que haver cautela na conferência de legitimidade para interferir no processo demarcatório.

Estas providências não se destinariam a afastar a natureza indígena das áreas questionadas pelo fato único da existência de títulos, até porque a Constituição reconheceu que os direitos territoriais dos índios são **originários** (e de uma vez por todas devem-se resgatar as conseqüências jurídicas deste reconhecimento); serviriam, tão-só, para antecipar composições indenizatórias se evidenciado prejuízo ao particular pelas atitudes contraditórias do Estado. Naturalmente, obstáculos na implementação destas composições não devem implicar no retardamento da demarcação.

Deve-se rejeitar totalmente a possibilidade de a própria Administração remeter de ofício questões ao Judiciário, assim suspendendo o processo. Isto configuraria inclusive atentado ao princípio da autonomia dos Poderes, como ocorre quando a Administração pede ao Judiciário que declare aquilo que a ela compete declarar.

Do ponto de vista jurídico, dada a prescrição constitucional, o primeiro passo é entender o **litígio**, especificamente aquele ocorível na instância administrativa. Litígio supõe confronto, controvérsia. Não havendo querela, não há processo, estritamente falando.

A demarcação é ato declaratório; como tal, não constitui nem extingue direitos e por isso resulta impossível haver litígio, pois não há, pela demarcação enquanto tal, ofensa a nenhum direito. O que pode haver são **pretensões** contrariadas.

A ofensa a direitos de terceiros, quando ocorre, é prévia à demarcação, pois existe desde o momento em que a Administração, indevidamente, por algum modo faz alguém crer, ou se omite diante da crença, em que este alguém não se encontra em terra indígena. A demarcação somente desvela o vício preexistente. O administrado faz jus à indenização do § 6º do art. 231 da Constituição independentemente da demarcação. Terá, além disso, eventual ação contra Estado-membro se este tiver concorrido para o erro – como nos tantos casos de titulação indevida de terras indígenas.

Portanto, se se recorre a qualquer das classificações propostas pelos publicistas não se chegará a caracterizar como processo, em sentido próprio, o procedimento demarcatório, dado que a demarcação não tem efeitos constitutivos (nem desconstitutivos), nem impõe gravame. Não é nela que se intersere a controvérsia, apesar de ser o procedimento demarcatório que, no mais das vezes, a revela. A disputa é contemporânea às disposições constitucionais, ou legais, por força de que se reconheceram as terras indígenas com o seu respectivo estatuto. E não há direito adquirido contra a Constituição.

Conclui-se que juridicamente não se justifica atribuir ao procedimento demarcatório natureza litigiosa que exigisse o contraditório. Apenas razões de natureza política – quem sabe, conceda-se, também de conveniência administrativa – o recomendariam.

(*) Advogado; assessor legislativo concursado na Câmara dos Deputados.