



NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
data 02/10/02
cod. GID00076

SUBSÍDIOS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

REFERENTE: MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21892-4

Impetrante: SATTIN S/A - AGROPECUÁRIA E IMÓVEIS

Impetrador: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

1º Litisconsorte Passiva: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI)

2º Litisconsorte Passiva: COMUNIDADE INDÍGENA DE SETE CERROS

Relator: MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA

Solicitado pelo Exm.º Sr. Dr. Moacir Antônio Machado da Silva
Subprocurador-Geral da República

SHIS QI 11 Bloco K Sobrelaje 65
Fone: 248-2439 / 248-5412 Fax: 248-6420
CEP: 71625-890 Brasília DF



NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS

I - BREVE RETROSPECTIVA

O processo administrativo de demarcação da Área Indígena de Sete Cerros foi homologado por Decreto do Presidente da República em 01 de outubro de 1993. Referido ato reconheceu aos índios Guarani Kaiowá e Nandeva a sua posse permanente e usufruto exclusivo sobre 8.584 hectares de terra no município de Coronel Sapucaia, Mato Grosso do Sul.

A empresa paulista Sattin S/A - Agropecuária e Imóveis, alegando ser proprietária da Fazenda Inhá Guayú, que engloba a totalidade da Área Indígena reconhecida, impetrou Mandado de Segurança (MS) perante o Supremo Tribunal Federal (STF) com vistas a desconstituir o referido ato presidencial, por considerá-lo nulo e ilegal, bem como ver declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de artigos do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) e do Decreto nº 22/91.

No dia 25 de março, o Ministro relator, Néri da Silveira, concedeu parcialmente a medida liminar requerida pela Impetrante, apenas para impedir o registro da homologação da demarcação administrativa da Área Indígena no Cartório do Registro de Imóveis da comarca de Amanibai.

Em 03 de agosto, a Comunidade Indígena de Sete Cerros foi expressamente admitida como litisconsorte passiva nos autos do MS. Na qualidade de beneficiária direta do ato impugando e, portanto, aquela que viria a ser de fato afetada por uma eventual concessão da segurança, a Comunidade Indígena peticionou, postulando pelo indeferimento do *mandamus* e pela declaração da legalidade do Decreto presidencial. A Comunidade propôs também ao STF uma Reclamação, que foi distribuída por dependência aos autos desse MS.

O Ministério Público Federal (MPF) manifestou-se pelo indeferimento do MS, invocando precedentes jurisprudenciais de inadmissibilidade da via do *mandamus* para dirimir questões que, como esta, pressupõem a feitura e análise de provas.

O caso foi levado a julgamento do Pleno na sessão do dia 02 de dezembro último, quando, após leitura do relatório, sustentação oral do advogado da Comunidade Indígena e apresentação do voto do relator, foram levantadas uma série de questões, que culminaram com a suspensão do julgamento e a sua conversão em diligências, para que os autos fossem remetidos ao MPF para parecer.



NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS

II - O JULGAMENTO

Iniciado o julgamento do MS, basicamente, o que se discutiu foi a constitucionalidade do Dec. 22/91, que estabelece o processo de demarcação das terras indígenas no país, com base no qual foi homologada a Área Indígena de Sete Cerros. A questão já vem sendo levantada em outros processos em trâmite no STF. No momento, há pelo menos quatro MS perante o STF, que versam sobre o mesmo assunto.

Alguns Ministros estão entendendo que o Dec 22/91 fere a garantia do contraditório e da ampla defesa em processos administrativos, estabelecida no art. 5º, LV, da Constituição Federal (CF). Em outras palavras, que o processo de demarcação de terras indígenas teria que permitir a participação efetiva dos particulares interessados, mais precisamente daqueles portadores de títulos de propriedade.

Opondo-se a isso, o Min. Néri da Silveira, ao relatar e votar no MS da Sattin, sustentou a tese de que o processo de demarcação não é, em verdade, um processo, mas um mero procedimento, por meio do qual a União demarca terras do seu próprio patrimônio, não havendo por isso mesmo litigantes, tão pouco terceiros legitimados a dele participarem. Com ele concordaram, em princípio, o Min. Rezek e o Min. Ilmar Galvão.

Mas, o Min. Moreira Alves, que encabeça a corrente contrária, seguido pelos Mins. Marco Aurélio e Sydney Sanches, não admite falar-se em procedimento que tem o condão de desapossar o "proprietário" portador de título, impedir que o mesmo faça uso de ações possessórias para garantia do seu pretense direito e de ainda, ao final, anular títulos de propriedade decorrentes de cadeias dominiais que datam até mesmo do início do século. Para ele, isso é processo, fere a garantia do contraditório e mais, deveria estar regulado em lei e não, em decreto do Executivo.

Este último argumento, trouxe uma outra questão defendida pelo Min. Moreira Alves com bastante ênfase (sobre o que deverá o MPF especificamente se manifestar): o art. 25 das disposições constitucionais transitórias revogou, após 180 dias da promulgação da CF, todos os dispositivos de lei que delegam a órgão do Executivo competência assinalada pela própria CF ao Congresso, especialmente quanto a ações normativas. No entender do Min., este dispositivo pode ter revogado o art. 19 do Estatuto do Índio, que delega ao Executivo poder para expedir o decreto que regulamenta o processo de demarcação. Ainda de acordo com o Min., esta seria uma atribuição exclusiva do Congresso, na forma do art. 48, V, da CF, que menciona expressamente os bens do domínio da União. Por fim, que, em estando revogado o art. 19 mencionado, nulo seria o decreto dele decorrente.

Contra esta afirmativa, sustentou o Min. Néri da Silveira que o Dec. 22/91 não decorre do Art. 19 do Estatuto. Que o mesmo seria a regulamentação direta do *caput* do art. 231 da CF, decorrente, portanto, do poder regulamentar da Administração (art. 84, IV da Carta), motivo pelo qual não se incluiria na hipótese do art. 25 das disposições



NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS

transitórias. Só que, justamente por isso e também por entender que se trata de um mero procedimento, o Min. Néri entende que o título resultante da homologação da demarcação de uma área indígena não pode ser imediatamente registrado no cartório de registro de imóveis, alterando a titularidade do domínio sobre um território, que, no caso, estava registrada em nome de um particular. Afirma o Min. que a União precisará, então, desconstituir o título do particular pela via judicial, pois só o Judiciário poderá declarar a nulidade dos títulos de propriedade incidentes em terra indígena. Que, portanto, a nulidade prevista no §6º do Art. 231 da CF é, em verdade, hipótese de anulabilidade.

O Min. Moreira Alves, por sua vez, contra-ataca dizendo que, primeiramente, seria "tapar o sol com a peneira" afirmar que o Dec. 22/91 não decorre do Art. 19 do Estatuto do Índio. Segundo, que se isso fosse verdade, o processo de demarcação estabelecido extrapolaria o poder regulamentar da Administração. Que, de qualquer maneira, seria matéria para ser regulamentada em lei. Por fim, o Min. admite que, se o processo de demarcação estivesse regulamentado em lei, contendo obviamente a previsão do contraditório e da ampla defesa, o ato presidencial de homologação anularia de imediato todo e qualquer título de propriedade incidente na área em questão, dispensando a declaração judicial, no seu entender, destituída de fundamento.

O Min. Néri ainda ponderou que a declaração de inconstitucionalidade do Dec. 22/91 geraria um caos para a questão indígena no país, tendo em vista as inúmeras áreas demarcadas a partir do processo nele estabelecido. Quanto a isso, porém, o Min. Moreira Alves limitou-se a afirmar que o STF não pode se responsabilizar pela negligência da Administração no trato de questões tão importantes.

Houve uma longa discussão em torno dessas posições, mas o julgamento foi afinal suspenso, para que o MPF se pronuncie quanto aos efeitos do art. 25 das disposições constitucionais transitórias sobre o Dec. 22/91, o que até então não havia sido objeto de análise por parte desse órgão.

III - O DECRETO Nº 22/91:

O Decreto nº 22, de 04 de fevereiro de 1991, "dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas", que, por disposição constitucional, na forma do Art. 231, *caput*, cabe à União promover.

Sobre a legitimidade da União para regulamentar esse processo, transcrevemos a seguir parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, constante dos autos da Ação Cível Originária nº 462-4/010 - PA, em que é Autor o estado do Pará e Ré, a União Federal:

"No caso concreto, cumpre estabelecer esta questão de competência. Competindo ao Poder Legislativo da União legislar sobre populações indígenas,



NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS

cujas terras de ocupação àquela pertencem, (CF, arts. 22, XIV, e 20, XI), tal competência privativa exercê-se presentemente pela Lei nº 6001/73, que, como admite o Autor, foi recebida pela Constituição de 1988. Esta lei, por sua vez, conferiu ao Poder Executivo Federal competência para estabelecer um procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, que o Autor busca caracterizar como matéria reservada à lei, no regime constitucional vigente.

Incide o Autor em erro, ao considerar o processo em causa abrangido pela disposição do art. 22, I, da CF, pois tal norma reporta-se ao direito processual, que se desmembra em civil e penal. Já o que a lei denominou de processo demarcatório é um mero procedimento administrativo, no qual a Administração ordena etapas de atos que levarão a outros, de sua atribuição. Inquestionável é que, dentre estas atribuições, figura a demarcação das terras indígenas, de acordo até mesmo com a ordem expressa contida no art. 67 do ADCT. Para a delimitação do conteúdo constitucional da expressão "direito processual", e correndo o risco óbvio, que julgamos desnecessário face aos termos da inicial, valemo-nos da lição de PINTO FERREIRA, em seu comentário ao art. 22, I, da Carta:

"O que abrange o direito processual? Dentro do âmbito do direito processual pode-se compreender a organização judiciária, estatuidando as pessoas que administram a justiça, o direito probatório determinando os meios de se estabelecer, em juízo, a verdade, e enfim o processo assegurando o método mediante o qual se inicia, se desenvolve e se conclui no próprio juízo" (in "Comentários à Constituição Brasileira", Ed. Saraiva, 1990, 2º Vol. pág 15.) (Ogrifo é nosso).

Ora, pretende que todo e qualquer procedimento esteja compreendido na disposição constitucional supra é rematado absurdo jurídico, para cuja evidência basta constatar que tal conclusão, na prática, equivaleria a cassar, do Presidente da República, o poder de regulamentar previsto no art. 84, IV, da Carta, mormente quando se considera que o procedimento é matéria tipicamente administrativa, pelo que é comum no ordenamento jurídico brasileiro que o legislador confira a sua disciplina ao regulamento." (fls. 40/41)

A Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça refuta ainda a alegação de que o referido Decreto viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, argumentando que:

"... não se cogita de aplicação de sanção, mas sim da atuação da vontade da Constituição e da Lei; age, portanto, o Poder Público com "jus imperii", valendo-se do princípio da auto-executoriedade do ato administrativo. A demarcação é um processo técnico que, de per si, não gera direitos e que, pelo exposto acima, não tem partes; não há acusação, não há réu. Ademais, entende a doutrina que o processo administrativo mencionado no dispositivo constitucional em comento é o



NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS

disciplinar; à guisa de exemplo, citamos o magistério do festejado jurista J. CRETELLA JUNIOR, em seus comentários ao texto ora estudado:

"Processo administrativo é o conjunto de iniciativas da Administração, que envolvem o servidor, ou funcionário público, possibilitando-se a ampla defesa, incluído o contraditório, antes da edição do ato final, absolutório ou condenatório, depois de analisar-lhe a conduta que, por ação ou omissão, teria configurado ilícito penal, administrativo, funcional ou disciplinar...
"Conforme a Constituição, a ampla defesa e o contraditório, nos processos administrativos, serão assegurados aos funcionários públicos, impropriamente denominados pelo texto de "litigantes". (in "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", Ed. Forense, 1993, pág. 528).

Finalmente, observe-se que o exercício do direito de defesa contra ato administrativo de demarcação, (e não contra o seu processamento, que seria uma heresia jurídica) está compreendido no § 2º do Estatuto dos Índios...

No mesmo sentido, eis o parecer da Exmª Srª Drª Maria da Glória Ferreira Tamer, Subprocuradora-Geral da República que se manifestou nos autos daquele mesmo processo:

"Por outro lado, não é demais lembrar que a Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, bem como as Constituições anteriores, agasalhavam o princípio da ampla defesa aos acusados (art. 153, § 15) e a instrução criminal contraditória (art. 153, § 16).

Destarte, a imposição só era dirigida ao processo penal, omitindo-se quanto ao processo civil e ao administrativo.

A jurisprudência da Excelsa Corte, porém, partindo para um interpretação extensiva e benigna, admitia a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa além do processo penal, também aos processos administrativo-disciplinares para a punição administrativa de funcionários públicos.

A Carta de 1988, inovando, acolheu a jurisprudência dominante, reunindo num só dispositivo - inciso LV, do art. 5º - o contraditório e a ampla defesa, dirigindo-se a todos os litigantes de processo judicial e administrativo e aos acusados em geral.

Tal inovação, no entanto, não pode ser interpretada no sentido de que a garantia do contraditório e da ampla defesa é aplicável a toda e qualquer atuação da Administração Pública que se formalize através de processo.

A ser aceita referida interpretação, restará inviabilizada a atividade do Poder Público, posto que sempre adstrita à prévia manifestação do administrado.



NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS

Deve-se entender, portanto, que a garantia do contraditório e da ampla defesa é conferida aos cidadãos que venham a ser parte em processo, administrativo ou judicial.

Entendendo-se que, no âmbito do processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa não de ser respeitados se houver partes litigantes. Na doutrina, a seguinte passagem é ilustrativa:

"Em nosso ordenamento jurídico positivo, o princípio do contraditório e da ampla defesa é uma imposição da ordem constitucional em vigor, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LV, da Magna Carta: "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." É, pois, uma das garantias constitucionais, e, por conseguinte, ao legislador ordinário, quer em matéria processual civil, quer em matéria processual penal e até em matéria de processo administrativo, não é lícito suprimi-la nem muito menos restringi-la em qualquer das fases processuais. A lei processual deve então assegurar a oportunidade de contraditório ou impugnação das partes entre si, bem como a de contraprova com relação à prova produzida. O autor, pugnando para convencer o julgador da razoabilidade de sua pretensão de direito material, produzindo provas e fazendo alegações, e o réu, por outro lado, tendo a oportunidade de, em cada momento próprio e marcado pela legislação, contestar aquela pretensão e contradizer ou ilidir por alegações ou até mesmos outras provas a prova produzida pelo autor, eis o âmago do contraditório, o qual se completa com a garantia da ampla defesa, no sentido de que a contestação ou oposição poderá ser expedida de modo amplo, sem restrições. A lei processual ou administrativo-processual que não observar isto será inconstitucional por infringência ao inciso LV do art. 5º, da Lei Fundamental." (EDVALDO BATISTA DA SILVA JUNIOR, in BAHIA FORENSE - VOL. 34/16) (grifamos)

No caso em tela, a questão posta em debate refere-se à validade do Decreto nº 22, de 1991. No julgamento da mencionada ADIN - 977-0-PA, o eminente Relator Ministro MARCÓ AURÉLIO, ponderou, com acuidade, que o DECRETO "consubstancia orientação no campo administrativo visando à demarcação das terras indígenas". Não há, iniludivelmente, um processo, com partes litigantes. Referido Decreto simplesmente disciplina, sob a coordenação da FUNAI, a atuação dos órgãos com vistas a delimitar a porção de terras tradicionalmente ocupadas por índios, a fim de garantir-lhes a posse permanente. Ipsa facto, emerge o entendimento de que é insuscetível a sua impugnação, sob color de infringência ao princípio do due process of law".

Com relação ao art. 25 do ADCT, importa ainda observar que não pode ser aplicado à hipótese do processo de demarcação de terras indígenas no país, tendo em vista



NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS

a existência de outro dispositivo, também do ADCT, o art. 67, que estabeleceu prazo de 5 anos - a contar da promulgação da Constituição - para que a União promovesse a demarcação de todas as terras indígenas restantes em nosso território.

Ora, comparando-se o disposto no art. 67 com o art. 25, impõe-se reconhecer que, por questão de ordem cronológica, não poderia ter o legislador constituinte imaginado que ao Congresso Nacional caberia votar uma lei que regulamentasse o processo de demarcação das terras indígenas, para que então a União iniciasse a sua implementação (e obviamente a concluísse), tudo isso num espaço de apenas 5 anos, a contar de 1988.

Tem-se, pois, que compatibilizar dispositivos constitucionais que, aparentemente, se opõem e militam em direções opostas, fica claro que o art. 25 do ADCT não pode ser aplicado ao caso em tela. O Decreto nº 22.91 não poder ser visto como mera resultante de delegação a órgão do Poder Executivo, mas sim, entendido como decorrente da direta regulamentação, pelo próprio Presidente da República, do *caput* do Art. 231, da CF, atendendo ainda a imposição, de caráter temporal (improrrogável), contida no art. 67 do ADCT.

Ressaltamos, por fim, que, já na vigência da Constituição de 1969 (sob a qual foi expedido o Estatuto do Índio, que contém a "delegação" questionada em princípio pelo Min. Moreira Alves), existia dispositivo quase idêntico àquele do art. 25 acima citado - art. 52, parágrafo único, o qual, no entanto, nunca chegou a constituir óbice à regulamentação do procedimento de demarcação das terras indígenas pelo Presidente da República.

Durante aquele período, o próprio Ministro Moreira Alves teve oportunidade de proferir pelo menos um voto, por meio do qual reconhecia, em caso muito semelhante, a constitucionalidade do decreto de demarcação de terras indígenas então em vigor e do próprio art. 19 do Estatuto do Índio (vide inteiro teor do acórdão do RE nº 97867-4 -MT).

Brasília, 21 de dezembro de 1994

Ana Valéria Nascimento Araújo Leitão
Assessora Jurídica

SHIS QI 11 Bloco K Sobreloja 65
Fone: 248-2439 / 248-5412 Fax: 248-6420
CEP: 71625-500 Brasília DF