

Porto Alegre, 17 de setembro de 1982

Caro Dirceu e companheiros,

segue uma primeira apreciação sobre as consultas feitas na sua carta de 24 de agosto. De acordo com as opções que vocês fizerem, e considerando ainda algumas informações complementares que deverão buscar, os temas poderão ser aprofundados. Vamos por partes, para facilitar.

I. Doação de terras para os índios

Cabem, antes, algumas perguntas cujas respostas podem alterar as coisas.

a) A que título o Norberto tem as terras?

Ou seja, se os Karajá habitam as terras, presume-se que há tempo, então os títulos do Norberto não valem; seria bom verificar de quem ele comprou, enfim, desde quando estas terras estão sendo negociadas como se fossem propriedade particular. Aliás, ou muito me engano ou este Norberto Schwantes é um ex-pastor, ligado à Cooperativa Canarana, que em 1979 andou levando colonos expulsos da reserva de Nonoai ao Mato Grosso, com todo tipo de falcatruas possíveis. Seria bom checar estes dados porque se o homem é quem penso, então sua intenção de doar as terras deve esconder algo. b) De qualquer modo, a doação de terras (ou de qualquer coisa) aos índios, diretamente, é possível. Inclusive a FUNAI somente pode pretender intervir se a doação não for a "título gratuito"; em outras palavras, se se tratar de uma doação pura e simples, sem nenhuma obrigação para o donatário, ela pode ser feita e a FUNAI não tem nada com isto. A doação aos índios é expressamente permitida no art. 32 do Estatuto, já que doação é uma forma de aquisição de domínio (diz o art. 32: São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas da aquisição do domínio, nos termos da legislação civil). Vejam, a lei fala em "propriedade plena" e "domínio", o que significa que nestes casos a terra doada é propriedade dos indígenas e não da União, como o são as demais terras habitadas pelos índios (art. 4º, IV, da Constituição

Federal). Aliás, o próprio Código Civil já permitia que as pessoas que não podem contratar (caso dos índios, que têm capacidade relativa) podem aceitar doações puras (art. 1170). Além disso, os encargos da doação (imposto de transmissão, custo da escritura, etc...) são obrigação do doador (art. 1180 do Código Civil). c) Concluindo: deve-se verificar a validade da propriedade do Norberto; se estiver tudo OK, nada impede que os índios recebam a doação, em seu próprio nome, independentemente da FUNAI (as formas de fazer isto seria tema para outra consulta, onde eu dispusesse de mais dados). Se não estiver OK, eu preciso saber o que for constatado para reexaminar a questão. É possível que, mesmo sendo anuláveis os títulos do Norberto, a doação seja medida aconselhável para que, de qualquer forma, os índios venham a ter a terra.

II. Responsabilidade da Prelazia, etc...

Não há nenhuma exigência legal de que o transporte de índios seja feito somente mediante autorização da FUNAI. A menos que este transporte implique, de alguma forma, prejuízo aos índios transportados, a FUNAI não pode impedi-lo. Não é o caso. Apesar disto, talvez fosse conveniente comunicar à FUNAI, para que o órgão saiba que a Prelazia assiste aos índios. Seria bom que esta comunicação, de algum modo, contivesse a participação do chefe do posto (por exemplo, através de uma declaração que fosse anexada). A única responsabilidade possível seria em caso de acidente durante o transporte, que resultasse em lesões corporais ou morte; neste caso, o condutor do veículo (piloto ou motorista) será responsabilizado penalmente (sofrerá processo, que poderá concluir pela presença ou ausência de culpa) e o proprietário do veículo (seja automóvel ou avião ou qualquer coisa) será responsabilizado civilmente (provavelmente a FUNAI, ocorrendo a hipótese, moveria ação cível para obter indenização). Assim, a única observação é que o Dom Tomás não confunda teco-teco com concorde nem voyage (é este o carro dele, não?) com teco-teco.

III. A questão da reserva - Parque Indígena do Araguaia

Esta, sem dúvida, foi a questão que

me quebrou mais a cabeça. Mas estudei bastante o caso, e também submeti minhas conclusões a gente mais experiente em direito, de modo que alguma coisa dá para dizer. Vamos por partes.

Em princípio, toda a lei (lei, aqui, em sentido amplo; pode ser tanto Constituição, emenda à Constituição, leis complementares à Constituição, leis ordinárias, leis delegadas, decretos-leis, decretos legislativos ou resoluções) que disciplina determinado assunto REVOGA automaticamente todas as leis anteriores, de hierarquia igual ou inferior, em tudo aquilo que, em relação à(s) lei(s) anterior(es), inovar. Em relação à Ilha do Bananal, houve cinco decretos sucessivos. O Decreto 47.570/59 criou o Parque Nacional do Araguaia (abreviação para nosso uso: PNAr), ocupando toda a ilha; o Decreto 68.873/71 alterou os limites do PNAr, reduzindo a área, e confinando-o na parte norte da Ilha; o Decreto 69.283/71 criou o Parque Indígena do Araguaia (PIAr), que ocupava o restante da Ilha em relação aos limites do PNAr, conforme o Decreto anterior; o Decreto 71.879/73 alterou a área do PNAr, aumentando-a, e, conseqüentemente, reduzindo a superfície do PIAr; e, finalmente (pobre Ilha!), veio o Decreto 84.844/80, que tornou a alterar, expressamente, tanto a área do PNAr como a do PIAr.

Em tese, estaria em vigor o Decreto 84.844/80, com os limites que estabelece, e não o Decreto 71.879/73, como me pareceu afirmado na carta de vocês. Ocorre que o Decreto 84.844/80, fixando limites de desenho até estranho, deixou fora do PIAr a Aldeia de Boto Velho (assinalada no mapa) e, segundo a carta, também a de Macaúba (não está no mapa*). Considerando que os índios de ambas as aldeias estão lá há muito tempo (secularmente?), as questões que se colocam são:

- a) São válidas as alterações do Decreto 84.844/80?
- b) Como reestabelecer os limites dos Decretos 68.873/71 e 69.263/71, que colocavam ambas as aldeias dentro dos limites do PIAr?

Primeiro: as leis vigentes que, direta ou indiretamente, falam em terras habitadas por índios, em nenhum lugar contemplam a hipótese de REDUZIR área indígena. Ao contrário,

*VEJAM o mapa do Arquivo ISA.

a obrigação sempre imposta á a PROTEÇÃO da posse dos índios. Vejamos:

Constituição Federal: art. 198 e seus parágrafos

Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio): art. 2º, IX; art. 18; art. 19, em seu § 2º; art. 22; art. 23; art. 24; art. 25; art. 34; art. 35; art. 36; art. 38; inciso II do art. 40; e art. 62

Lei 5.371/67 (autoriza a instituição da FUNAI): art. 1º, I, b

Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra): art. 2º, § 4º

Decreto 84.638/80 (Estatuto da FUNAI): art. 1º, II, b; art. 3º

Como vêem, lei é que não falta.

Segundo: é dever expresso da União garantir aos índios a posse permanente das terras que habitam (art. 2º, IX, da Lei 6.001/73).

Terceiro: a Constituição determina expressamente a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos que tenham por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos silvícolas (§ 1º do art. 198). A Constituição fala em "efeitos de qualquer natureza"; portanto, inclui os efeitos gerados por lei. Como a Constituição é a lei maior, prevalece sobre todas as demais, mesmo as que lhe são posteriores. Não há direito invocável contra a Constituição (Dalmo Dallari, Direitos sobre Terras Indígenas, "in" Terra dos Índios Xocó, São Paulo, Comissão Pró-Índio, 1980). Esta nulidade é total, e o único requisito é que a terra em questão seja efetivamente posse permanente de índios, pois a proteção às terras indígenas independe de demarcação (art. 25 da Lei 6.001/73; Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, tomo VI, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, pág. 455 e segs.; e, ainda, uma ótima decisão do Tribunal Federal de Recursos, cujo acórdão - que eu não tenho - vocês poderiam providenciar: Acórdão de 28/11/80, 3ª Turma do TFR, na Apelação Cível nº 31.078, de Minas Gerais, relator o Min. Adhemar Raymundo. Este acórdão, na ementa, diz textualmente: "...São manifestamente inconstitucionais

leis e convênios estaduais, que visem a reduzir as terras reservadas aos silvícolas, ou transferi-las a terceiros"). Vejam que a única lei que não pode ser inconstitucional é a própria Constituição. Assim, embora aquela decisão do TFR falasse em leis estaduais, é óbvio que mesmo leis federais ou decretos, se pretenderem reduzir terras indígenas, serão flagrantemente inconstitucionais.

Quarto: não bastasse isto, a lei vai além. A mesma nulidade do § 1º do art. 198 da Constituição abrange os atos que atinjam as terras que tenham sido desocupadas pelos índios justamente em virtude destes atos ilegítimos da AUTORIDADE ou particular (§ 1º do art. 62 da Lei 6.001/73). A esta altura, o Decreto 84.844/80 já não tem mais salvação. A questão passa a ser, então, caracterizar determinada terra como área ocupada por índios. Primeiramente, é necessário provar, por todo documento possível, que os índios estão na terra há tempo (se possível, de modo que se possa dizer que a ocupação data de "tempos imemoriais"). Quanto à extensão admitida por lei a esta posse, temos as disposições seguintes:

Quinto: a lei define o que se deve entender por posse de índio, no art. 23 da Lei 6.001/73, de forma bastante abrangente. Juntando esta disposição com as provas mencionadas acima, estaremos demonstrando que a posse dos Karajá das aldeias Botó Velho e Macaúba inclui toda a área subtraída pelo Decreto 84.844/80 em relação à área fixada pelo Decreto 69.263/71.

Sexto: até agora, estivemos tratando do conteúdo do Decreto 84.844/80. A meu ver, contudo, ele peca também por defeitos de forma. Vejam: as terras indígenas são bens da União (art. 4º, IV, da Constituição). Legislar sobre os bens da União é atribuição do Poder Legislativo, através do Congresso Nacional (art. 43, VI, da Constituição Federal).

Sétimo: ora, como é que então o Figueiredo, mediante decreto, se põe a legislar sobre bens da União? Observe-se que as atribuições invocadas no preâmbulo do Decreto 84.844/80 - art. 81, III, da Constituição Federal - são de caráter genérico, e portanto não se podem opor às atribuições de natureza específica assinaladas na mesma Constituição. Principalmente se ocorrer alguma forma de apropriação ou apossamento, por parte de particulares, de

parcelas do PNAr, como aliás vocês dizem na carta.

Por tudo isto, me parece que a inconstitucionalidade, a invalidade, a insubsistência do Decreto 84.844/80 é total. O ato é ilegal. Nulo. Sendo nulo, não tem a capacidade de autorizar o pessoal do IBDF a incomodar os índios, pressionando-os pra que abandonem o local. A atitude do pessoal do IBDF, es-cudando-se em ato nulo do poder executivo, é também ela ilegal. Assim, o que o pessoal do IBDF está fazendo, em última análise, é tur-bar ou ameaçar a posse dos índios, posse esta legítima e autorizada na Constituição. Não se diga que está em jogo a preservação de Par-que Nacional, nem se diga que a criação do PANr, historicamente, an-tecedeu a criação do PIAR (através do Decreto do Juscelino), porque, conforme vimos, tudo isto cai por terra diante da Constituição em vigor e das leis que estão conformes com ela. Além disso, o pró-prio Código Florestal dispõe que as florestas que integram o patri-mônio indígena (são do patrimônio indígena as terras pertencentes ao domínio ou posse dos índios, bem como seu usufruto sobre o que se contém sobre as mesmas terras) são de preservação permanente (Lei 4.771/65, art. 3º, g e § 2º). Assim, tirar a terra dos índios não a protege melhor do que respeitando sua posse.

Caracterizada a ilegalidade e nulidade do Decreto 84.844/80, o que se faz? Como reestabelecer os limites ante-riores?

A primeira idéia que ocorre é, naturalmente, o Mandado de Segurança, que seria impetrado contra o ato do Sr. pre-sidente. Porém o Mandado de Segurança deve ser impetrado dentro de 120 dias a contar do ato que se quer atacar. Ora, o decreto é de 1980, há muito escoaram os 120 dias... Ocorre-me lembrar que uma das atribuições de uma assessoria jurídica permanente é policiar os atos da administração, precavendo-se contra ilegalidades e pre-juízos aos índios, e tomando em seguida as iniciativas cabíveis.

A segunda possibilidade seria a ação dire-ta de inconstitucionalidade, através da qual se pretenderia ver declarada a inconstitucionalidade do Decreto 84.844/80. Porém, se-gundo as leis em vigor, esta ação somente pode ser proposta pelo

Procurador-Geral da República, que pode agir mediante representação mas não está obrigado a acatá-la. Nós faríamos a representação, com todos os dados, etc..., mas provavelmente o Procurador não ingressaria com a ação, pelo simples fato de ser homem do presidente. Descarta-se, assim, a hipótese.

Ação popular é outra idéia. Ela pode ser proposta por qualquer cidadão brasileiro contra qualquer ato da administração lesivo ao patrimônio público. E a lei 4.717/65, que trata da Ação Popular, considera protegíveis bens culturais e ecológicos, segundo Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança e Ação Popular, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, pág. 78/79). Só que, segundo o mesmo autor, a ação popular não autoriza o Judiciário a se manifestar sobre opções administrativas. Isto significa que, se o ato é ilegal - e, portanto, caberia apreciação pelo Judiciário - não é, necessariamente, ao mesmo tempo, lesivo ao patrimônio público. No nosso caso, em tese não houve lesão ao patrimônio público, pois a área subtraída ao PIAR não deixou o domínio da União. E seria árduo demonstrar, para fins de ação popular, que a exclusão das duas aldeias é lesivo ao patrimônio cultural, pois sempre a administração poderá responder que basta transferi-las ao PIAR atual que a cultura se mantém... A dificuldade de obter um resultado desejável, em tempo razoável, desaconselha a ação popular.

O que resta? A meu ver, uma ação protetiva da POSSE dos índios. Concretamente, um Interdito Proibitório, se ao tempo da interposição da ação os índios ainda estiverem nas aldeias, ou uma Ação de Reintegração de Posse se eles tiverem sido já transferidos. De fato, ficou demonstrado que a lei, desde a própria Constituição, protege a posse dos índios; ficou demonstrado que o Decreto 84.844/80 é ilegal. Portanto, as ameaças à posse dos índios ^é, também, ilegais. Cabe, então, ação possessória. Quem entra com a ação? Estou seguro: os próprios índios, conforme permite o art. 37 da Lei 6.001/73. Foi uma reintegratória a ação que fizemos em Chapecó para garantir a posse de dois índios sobre terras que eles detinham por força de contratos de parceria agrícola. Verdade que a ação recém foi intentada, mas não vejo possi-

bilidade de se negar aos índios o direito de defenderem eles mesmos, em juízo, os seus direitos. Bastaria, a este respeito, que os Karajá outorgassem procuração por instrumento público a um advogado. A possessória, inclusive, admite liminar (Antonio Macedo de Campos, Medidas Cautelares e Procedimentos Especiais, São Paulo, Sugestões Literárias, 1975, pág. 193; Guido Arzua, Posse- O Direito e o Processo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, pág. 202). A ação seria proposta contra o IBDF, pois são seus agentes que estão ameaçando e/ou turbando a posse dos índios, e o foro competente é o da comarca local. Sendo esta a alternativa, seria necessário:

- a procuração
- todas as provas, possíveis e imagináveis, sobre a ocupação dos índios (documentos etnográficos, antropológicos e históricos, relatórios do SPI e/ou FUNAI, relatórios de missões e viajantes, depoimentos testemunhais, enfim, tudo). Lembro mais uma vez que deveria ser tarefa permanente este "coleccionar" documentos sobre comunidades indígenas e respectivas terras, porque então, na hora de tomar alguma medida, é só fazer uma seleção.

- todas as provas possíveis de que a posse dos índios está sendo ameaçada e/ou turbada; provas das datas destas ameaças e/ou turbações; prova de que são agentes do IBDF os responsáveis (vale tudo, principalmente testemunhos).

Com tudo isto em mãos, se redige uma petição inicial e se ingressa em juízo, pedindo liminar. A ação não custaria caro, pois os índios são merecedores de assistência judiciária (Lei 1.060/50). A procuração deve ser passada pelo maior número de índios possível; a presença do cacique (ou caciques) é indispensável. No mais, ao se entrar com a ação, se pediria a intervenção do Ministério Público ou da FUNAI. Se for possível reunir os documentos necessários, tenho certeza quase plena do sucesso da medida. Com isto, qualquer advogado confiável pode se encarregar do assunto. Escrevo na sexta-feira, dia 17. Creio que somente poderei colocar esta no correio na segunda. Se até lá chegar a cópia da ação que fizemos em Chapecó, envio cópia a vocês, para terem uma idéia melhor da coisa. Evidente que aqui os motivos são outros, mas não menos válidos, para ingressar com a ação.

Para terminar, bom dizer que uma medida destas supõe uma mínima coesão no grupo indígena em torno da iniciativa e condições para acompanhar a ação na comarca onde ela deve tramitar. Vale dizer, também, que se decidirem por esta hipótese, convém não tomar muito tempo na coleta de material, pois o tempo só faz piorar a situação.

Por último: o recurso ao Judiciário é uma das alternativas possíveis. No caso, acho até que teria ótimas possibilidades de sucesso. Contudo, ele não exclui as providências de cunho político: pressões à FUNAI, denúncia à imprensa, etc..., que poderão até produzir resultado mais rápido do que a ação. Foi o que aconteceu com os Tapirapé: não foi sequer necessário entrar com a ação. Acho que tais medidas deveriam ser tomadas com toda a disposição, aproveitando que o Cel. Leal ainda é o presidente e que a FUNAI ainda não passou à órbita do Ministério da Terra.

Mandem toda informação nova que tiverem. De minha parte, forneço todo novo esclarecimento que for necessário. Desculpem o tamanho da carta, mas não podia ser menor...

Um abraço a todos. Do companheiro,

Julio Gaiger

* Em relação à aldeia de Macaúba, em releitura, verifico que, conforme o mapa, o P.I. Macaúba ficou dentro do PIAR. Qual é a distinção? O P.I. não fica na aldeia?

JULIO GAIGER
Caixa Postal 10465
90000-Porto Alegre-RS