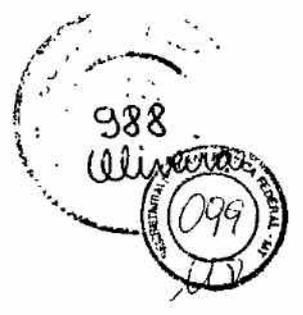


Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



EXMO SR. DR. JUIZ FEDERAL DA 14ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
Data <u> </u> / <u> </u> / <u> </u>
Cod. <u>TAD00042</u>

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, fundação pública do gênero autarquia, instituída pela Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967, com sede e foro em Brasília-DF, no SRTVS 702, Projeção "A" - Edifício "Lex", 3ª andar, Zona Central, por seus advogados que esta subscreve (doc. 01), nos autos da AÇÃO ORDINÁRIA Nº 95.0007030-8 que lhe move e à UNIÃO FEDERAL, CARLOS ROBERTO TARALLO RODRIGUES e OUTROS, vem, respeitosamente, à presença de V.Exa. para, em CONTESTAÇÃO, arguir a matéria de fato e de direito que se segue:

I - DAS ALEGAÇÕES DOS AUTORES

Os autores alegam, em preliminar, que:

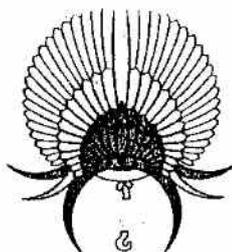
O Decreto nº 22, de 04 de fevereiro de 1991, que dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas, e a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, são inconstitucional, por ferirem, frontalmente, tanto o disposto no art. 231 quanto no art. 22, incisos XIV, da Constituição Federal.

O Decreto nº 22/91 é, igualmente, inconstitucional, por ferir os incisos XII e LIV do art. 5º da Constituição Federal.

São senhores e legítimos possuidores, a justo título e boa-fé, das glebas constantes dos documentos inclusos, que, originariamente, pertenceram ao Estado de Mato Grosso.

Os títulos de domínio dos autores encontram-se devidamente transcritos e matriculados no Registro de Imóveis, o qual tem feito "erga omnes", considerando-se o

96.830-2 - II Vol.
3º V.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



989
Oliveira

princípio da publicidade do Registro Público, assegurado pela Lei nº 6.015/73.

A Portaria PP nº 1.013, de 11 de outubro de 1993, do Presidente da FUNAI, através da qual se pretende ampliar a área da reserva indígena do grupo Tapirapé sob a denominação **Urubu Branco**, sem a observância do devido processo legal e do respeito ao legítimo direito de propriedade, fere, frotalmente, os comandos constitucionais retro mencionados.

O devido processo legal, assegurado pelo inciso LIV, do art. 5º, da Carta Magna, foi, também, inobservado pela FUNAI, na medida que os autores não participaram, em momento algum, do levantamento fundiário que concluiu pela ampliação da mencionada terra indígena, razão porque, deve ser considerado nulo e ineficaz em relação aos autores, o mencionado trabalho de campo e laudo antropológico.

Após suscitarem a preliminar acima aduzida, os autores adentram as razões de fato propriamente ditas, alegando que:

São senhores possuidores das glebas rurais descritas e avaliadas às fls. 10 a 35 da petição inicial, todas elas situadas no Estado de Mato Grosso.

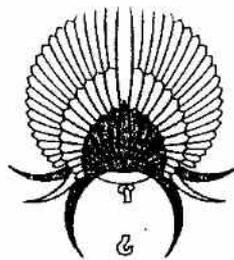
Referidas propriedades foram adquiridas pelos autores originariamente do Estado de Mato Grosso, quando ainda unificado.

O Estado de Mato Grosso só titulou referidas áreas, após processos legais de **discriminação de terras** coadjuvando a implantação de projetos agro-econômicos, com incentivos fiscais e aportes de capitais da SUDAM.

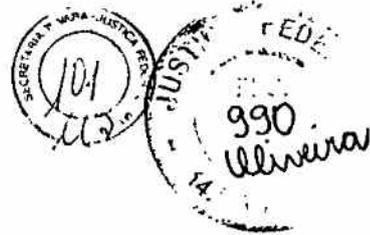
As propriedades dos autores foram objeto de financiamento para construções, benfeitorias, acessões e implantações de grandes projetos agropecuários, tudo em razão de obediência a um Plano Governamental de Desenvolvimento.

Os autores sempre mantiveram a posse mansa e pacífica de suas respectivas propriedades, as quais contribuem, tanto com a produção para a qual se encontram voltadas, bem como para geração de imposto e taxas do mister oriundos.

Ao sul das propriedades dos autores, à distância de 100 (cem) quilômetros, aproximadamente, existe, devidamente delimitada e respeitada por todos, uma reserva indígena da Comunidade dos Tapirapé, com 66.166,3050 hectares, com perímetro total de 109.660 Km nos Municípios de Luciara e Santa Terezinha, Estado de Mato Grosso.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



A paz da região sempre foi mantida até que, recentemente, a Comunidade Indígena Tapirapé começou alvoroçar a população local na medida a que possui a apregoar a extensão do usufruto indígena e o domínio da União sobre as terras dos autores, a pretexto de observância da Portaria PF nº 1.013, de 11.10.93, expedida pela FUNAI.

Segundo os autores, os técnicos da FUNAI pretendem, com esse expediente, ferir o dispositivo constitucional que assegura a observância do devido processo legal, desconSIDERANDO, em consequência, todas as escrituras públicas de aquisição das terras, bem como todos os contratos celebrados pelos autores com autarquias e entidades financiadoras.

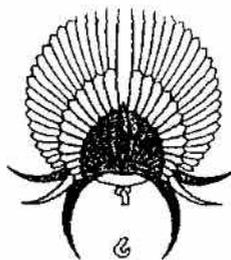
Ainda de acordo com a mesma fonte, a FUNAI pretende, sob o falso pretexto de defesa de interesses indígenas, confiscar as propriedades, benfeitorias, direitos e interesses dos autores, num malfadado ato de inobservância, tanto da Constituição Federal quanto do Código Civil Brasileiro e da Lei de Registro Público.

As terras que a FUNAI pretende expropriar indiretamente pertenciam ao Estado de Mato Grosso, tituladas como terras devolutas, que o Estado podia negociar livremente, sem quaisquer objeções, por não se enquadrarem elas nos parágrafos 1º e 2º, do art. 198, da Constituição, vigente à época, porque não eram objeto de posse em caráter permanente por silvícolas.

Nem se diga que a Portaria nº 1013/93 da FUNAI tem seu fundamento no Decreto nº 22 de 04 de fevereiro de 1991. Não se afirme o fato porque tal decreto se refere às "terras indígenas" ou àquelas ocupadas pelos aborígenas desde datas imemoriais, terra da União.

No caso, as terras são particulares, daí porque elas não podem ser objeto de demarcação ou sofrer "caracterização" como se, de indígenas, fossem.

Afora isto, impõe-se acrescentar que o Decreto nº 22/91 não tem o condão de revogar regras de Constituição, além do que o procedimento administrativo deve subordinar-se aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, da Isonomia, do Contraditório, da Ampla Defesa e dos Meios a ele inerentes.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



991
Oliveira

**II - DAS QUESTÕES SUSCITADAS PELOS AUTORES
COM RELAÇÃO A REGULARIDADE E LEGALIDADE DAS
ALIENAÇÕES DE SUAS GLEBAS DE TERRAS.**

Após ventilarem a preliminar de inconstitucionalidade e as razões de fato acima expostas, os autores adentram a matéria respeitante à regularidade e legalidade das alienações das glebas de terras sub judice, arguindo, em síntese, que:

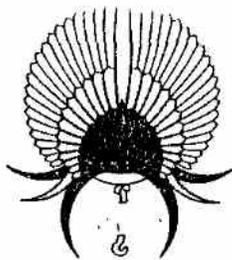
De acordo com os autores, a alienação de terras devolutas estaduais foi regulamentada pelo Decreto Estadual Matogrossense nº 19.924, de 27 de abril de 1931, reconhecendo o direito e a competência dos Estados-Membros para "regular a administração, concessão, exploração, uso e transmissão das terras devolutas que lhes pertencem, excluída sempre a aquisição por usucapião (art. 1º)".

O Estado, segundo o estabelecido na Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 - Estatuto da Terra -, tem por obrigação viabilizar a transferência de suas terras devolutas como bens públicos (art. 65, CC), para a livre iniciativa, a fim de possibilitar a função social da mesma conforme prescrição contida na Lei Fundamental.

É de se observar que o Estado de Mato Grosso, antes de vender as terras em questão, procedeu à discriminação das mesmas conforme comprovam os processos de Titulação pelo Departamento de Terras e Colonização do Estado de Mato Grosso. Claro e insofismável que as glebas de terras objeto da presente ação sofreram processo de discriminação, tudo na forma da lei à época vigente.

De consequência, as glebas transferidas para o domínio privado, atingidos pela Portaria nº 1.013/93, são derivadas de titulação sem qualquer eiva de nulidade, e o Estado, quando as vendeu, exercia o domínio pleno sobre essas terras, bem assim o perfeito controle das terras reservadas ao grupamento indígena Tapirapé, sendo certo que as terras ocupadas pelos aludidos indígenas só passaram a constituir bens da União pelo art. 4º, IV, da Carta Magna de 1967.

Sob a vigência da Constituição de 1946, as glebas, objeto desta ação, foram alienadas uma vez que nelas não estava permanentemente localizada (art. 216) nenhum indígena.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

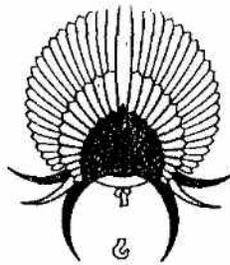


9921
Oliveira

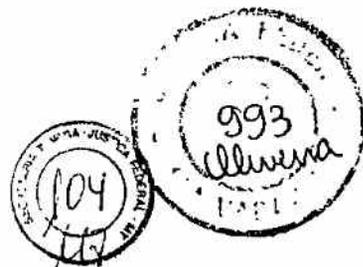
III - DA CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 22.

O Decreto nº 22/91, ora atacado de inconstitucional pelos autores, foi objeto de profunda análise do Ministério Público Federal, que, em trabalho intitulado "A Demarcação das Índigenas e a Constitucionalidade do Decreto nº 22", da lavra do Procurador Regional da República Paulo de Bessa Antunes, cópia em anexo (doc. 02), assim se manifestou:

"Além dos problemas acima mencionados, o próprio Decreto nº 22/91 vem sendo acoimado de inconstitucional e, portanto, imprestável para a demarcação das terras indígenas. A matéria como é evidente, é muito complexa, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista social, haja vista as imensas repercussões que decorrerão de uma eventual declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos contidos no Decreto em questão. A tese que sustenta a inconstitucionalidade baseia-se no fato de que o artigo 25 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) extinguiu todas as delegações para que o Poder Executivo deliberasse sobre matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional. Portanto, em consequência da norma contida no ADCT, o artigo 19 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) estaria revogado. Para os adeptos da tese ora apresentada, o Decreto nº 22/91 é uma mera regulamentação do artigo 19 da Lei nº 6.001/73 e, portanto, é nulo de pleno direito. Acresce, dizem os adeptos da tese, que o artigo 5º, LV da Constituição Federal assegura a todos o direito ao contraditório seja no processo administrativo, seja no processo judicial e o Decreto 22/91 não respeitou o aludido princípio constitucional pois, não trata dos mecanismo de defesa de terceiros interessados.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



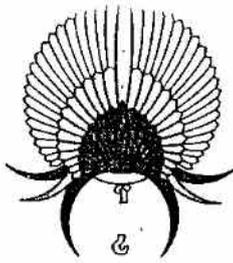
O que se pretende demonstrar no presente trabalho é a constitucionalidade integral do decreto nº 22/91.

(...)

2.1 - Direitos adquiridos sobre terras indígenas?

Um problema importante que não pode deixar de ser abordado neste trabalho é aquele que diz respeito a pretensos direitos adquiridos por terceiros sobre as terras indígenas. Como esta estabelecido pelo parágrafo 6º do art. 231 da Lei Fundamental, não é devida qualquer indenização em razão de atos ou negócios jurídicos praticados por terceiros e que envolvam terras indígenas. A única exceção é para as benfeitorias feitas por terceiros de boa fé. A Constituição de 1988 não criou novas áreas indígenas. Ao contrário, limitou-se a reconhecer as já existentes. Tal reconhecimento, contudo, não se cingiu às terras indígenas já demarcadas. As áreas demarcadas, evidentemente, não necessitavam do reconhecimento constitucional pois, ao nível da legislação infra-constitucional, já se encontravam afetadas aos povos indígenas. O que foi feito pela constituição foi o reconhecimento de situações fáticas, isto é, a Lei Fundamental, independentemente de qualquer norma de menor hierarquia, fixou critérios capazes de possibilitar o reconhecimento jurídico das terras indígenas. Não se criou direito novo.

É preciso estar atento ao fato de que as terras indígenas foram reconhecidas como pertencentes aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, isto é, direito precedente e superior a qualquer outro que,



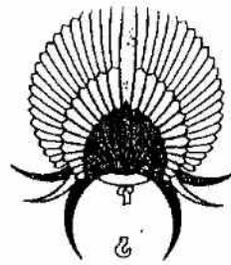
Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

eventualmente, se possa ter constituído sobre o território dos índios. A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena e de opô-la a terceiros. A demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira.

(...)

No Direito Brasileiro, também, existe tradição de reconhecimento do direito dos indígenas às terras por eles habitadas. Logo no início do século XVII é possível constatar-se que a legislação colonial reconhecia a existência de terras indígenas, isto é, de terras de posse e domínio exclusivamente indígenas. Manuela Carneiro da Cunha nos informa que as Cartas Régias de 30 de julho de 1609 bem como a de 10 de setembro de 1611, expedidas por Felipe III, reconheciam o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos. Ainda no século XVII, surgiram outros Alvaras e atos governamentais que dispunham sobre o direito dos índios às suas terras. Neste sentido é interessante observar a própria redação do Alvará Régio de 10 de abril de 1680, pelo qual foi estabelecido que os povos indígenas "foram os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras". Em razão deste reconhecimento, o Estado passa a estabelecer áreas exclusivas para os índios buscando compensar as enormes perdas sofridas pelos índios e manter sobre um determinado grau de controle a expansão da colonização. A principal destas compensações é a indicação e o reconhecimento de áreas que serão dedicadas à posse exclusiva dos indígenas.

leis



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

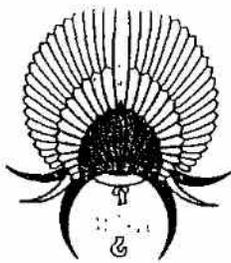


995
Almeida

O Alvará de 1º de abril de 1680 foi destinado ao tratamento das questões relativas aos povos indígenas do Grão-Pará mas, apesar disto, pode ser apresentado como um marco para a legislação dedicada aos problemas indigenistas e geral vez que, pelo Alvará de 08 de maio de 1758, foram estendidas as determinações contidas no Alvará de 10 de abril de 1680 para todo o Brasil. O parágrafo 4º do Alvará de 1680 determinou fossem destinadas terras aos índios que descessem do sertão. Havia a proibição explícita de que os silvícolas fossem mudados das terras a eles destinadas sem que assim o consentissem. Os índios não estavam obrigados ao pagamento de qualquer tributo por suas terras.

Modernamente, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são bens de propriedade da União (CF. art. 20, XI). Tais terras são destinadas à posse permanente dos indígenas e a eles cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em seu interior (CF. art. 231, parág. 2º). A União compete demarcar, proteger e fazer respeitar as terras indígenas, (CF. art. 231, caput).

Terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são aquelas "por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias ao seu bem-estar e a necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF. art. 231, parág. 1º)". O parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que: "São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



996
Ullena

ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé. "o dispositivo constitucional recém mencionado não se constitui em novidade no Direito Brasileiro.

A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo, cabalmente, a nulidade de qualquer título que pretenda traduzir direito de propriedade privada "incidente" sobre terras indígenas. Pontes de Miranda afirma que: "São nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registro anterior de propriedade é título é de propriedade sem uso e sem fruição. A posse do silvícola pode ser alegada como pressuposto para usucapião.

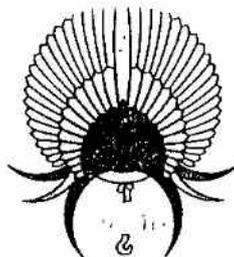
(...)

Portanto, é fácil constatar que o Direito Brasileiro não reconhece, desde longa data, qualquer direito adquirido sobre terra indígenas e, neste sentido, é juridicamente impossível qualquer reivindicação privada sobre áreas indígenas.

(...)

2.2 - Salvo Competência exclusivas do Congresso Nacional

Importante crítica formulada contra o Decreto nº 22/91 é aquela que afirma que o mesmo teria disposto sobre bens de domínio da União e que, na forma do artigo 48, V da

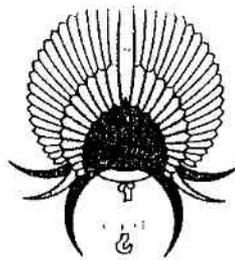


Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Constituição da República Federativa do Brasil, tal atribuição pertence ao Congresso Nacional e não ao Poder Executivo. O argumento, em síntese, é o seguinte: As terras indígenas são terras públicas federais (CF. art. 20, XI), com uma destinação específica conferida pelo artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil. O artigo 48, V da Lei Fundamental da República estabelece que: " Cabe ao Congresso Nacional (...) dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União."

Inicialmente, cumpre observar que ao Congresso Nacional cabe dispor sobre todas as matérias de competência da União. Ora, ao se admitir a tese de que o Decreto nº 22/91 é inconstitucional pois, dispôs sobre matéria de competência do Congresso Nacional, implicitamente, estaríamos admitindo a tese de que a Carta de 1988 extinguiu o Poder Regulamentar do Poder Executivo e mais, que nenhum Decreto ou Decreto-lei foi recepcionado pela atual Constituição Federal. O que é, evidentemente, absurdo. O próprio Supremo Tribunal Federal, não raras vezes, tem declarado a recepção de Decretos e Decretos-Lei; especialmente em matéria tributária, que, como se sabe, contempla a defesa de direitos e garantias individuais; além disso o inciso I do mesmo artigo 48 afirma que compete ao Congresso Nacional dispor sobre sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas.

O artigo 34, 29 da Constituição de 1891 dispunha que: " art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 29 - Legislar sobre terras e minas de propriedade da União." O artigo 39, 8, e d da Constituição Federal de 1934



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

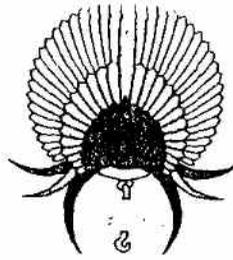


dispunha ser da competência exclusiva do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, legislar sobre todas as matérias de competência da União, conforme estabelecido no artigo 5º daquela Carta Constitucional. A alínea j do inciso XIX do artigo 5º mencionava, expressamente, os bens de domínio federal. O artigo 16 da constituição de 1937, em seu inciso XIV, estabelecia que competia privativamente a União o poder de legislar sobre os bens de domínio federal.

A Constituição de 1946, em seu artigo 65, IX determinava que; " art. 65 - compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República: (...) IX - legislar sobre os bens do domínio federal (...)." O artigo 66 da Constituição dispunha sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional. Portanto, a Carta de 46 reconhecia duas formas de competência do Congresso Nacional, sendo que apenas uma delas era exclusiva.

A Constituição de 1967, em seu artigo 46, VI, determinava que: "art. 46 - ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, cabe dispor, mediante lei, sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: VI - (...) os bens de domínio da União." O artigo 47 estabelecia a competência exclusiva do Congresso Nacional. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 manteve a atribuição do Congresso Nacional, artigo 43, VI:

A Constituição de 1988, por seu artigo 48, V estabelece que compete ao Congresso Nacional dispor sobre "bens do domínio da União"; já o artigo 49 estabelece aos competências exclusivas do Congresso Nacional. As competências exclusivas ou privativas, são aquelas que não podem ser delegadas.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

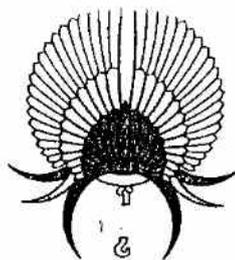


Argumenta-se, contra o Decreto nº 22/91, que a delegação para que o Executivo dispusesse sobre Terras Indígenas fora revogada pela Constituição de 1988 e, portanto, o referido Decreto é juridicamente nulo. Tal nulidade resultaria da revogação do artigo 19 da Lei nº 6.001/73.

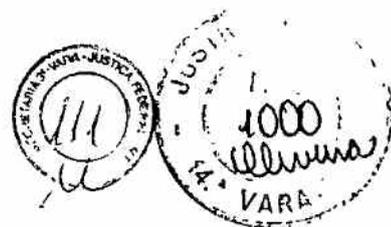
2.2.1 - Artigo 19 da Lei nº 6.001/73. Delegação Legislativa?

O artigo 19 da Lei nº 6001 / 73 determina que: "art. 19 - As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo." Existira nesta norma legal qualquer delegação feita pelo Legislativo ao Executivo? Evidentemente que não. Aqui não existe uma delegação legislativa mas, apenas e tão somente, a determinação para que o Executivo, no uso de seu Poder Regulamentar, disponha sobre o procedimento administrativo a ser adotado para a identificação e demarcação de terras que já integram o seu domínio.

A delegação legislativa é, evidentemente, no regime jurídico-constitucional brasileiro, uma excepcionalidade. Na condição de excepcionalidade não pode ser presumida. No regime constitucional de 1969, no qual foi promulgada a Lei nº 6.001/73, existiam condições bastante claras para que o Congresso Nacional delegasse poderes de sua atribuição tanto para o Poder Executivo, como para uma Comissão do próprio Congresso Nacional. A matéria estava regulada pelos artigos 52 e seguintes daquela Carta. No caso que nos diz respeito interessa examinar a delegação ao



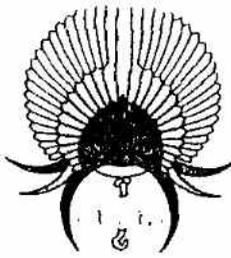
Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



Poder Executivo. O artigo de regência é o 54 da Carta de 69, cujo teor é seguinte: "A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará o seu conteúdo e os termos do seu exercício." Termos, desta forma, que a delegação legislativa ao Executivo deve ter uma forma determinada que é a Resolução Congressual e, igualmente, deve ter um conteúdo determinado que é constituído pelos limites do exercício do poder delegado. O artigo 19 da lei nº 6.001/73, sem nenhuma dúvida, não preenche nenhum dos requisitos estabelecidos na Carta de 1969 para que pudesse ser interpretado como delegação legislativa.

Examinemos, porém, a Constituição de 1988 para saber se é possível que, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, se compreenda o artigo 19 como se delegação legislativa fora. Também não é possível, à luz da atual Constituição Federal, identificar delegação no artigo 19 do Estatuto do Índio. Com efeito, determinado o artigo 68, parág. 2º da Lei Fundamental da República: "art. - 68 - As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...) parág. 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício." Como se vê, inexisteram mudanças. Ora, em assim sendo, seja no regime de 1969, seja no regime de 1988 o artigo 19 da lei nº 6.001/73 nunca foi expressão de delegação legislativa. Ele é, isto, sim a expressão do Poder Regulamentar próprio ao Poder Executivo.

A Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

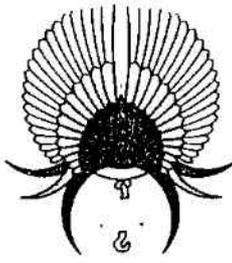


4001
Uluuua
Linha 3

Constitucional nº 1 de 1969, em seu artigo 43, VI determinava: "art. 43 - Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União: VI - limites do território nacional; espaço aéreo e marítimo; bens de domínio da União." Pontes de Miranda, ao comentar o dispositivo Constitucional, assim se pronunciou. " Só o Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República, pode legislar sobre bens da União. Mas, com isso, que se estabelece no art. 43, VI, 3ª parte, da Constituição de 1967, não se pré-excluem as leis-delegadas (...)." A toda evidência que o conteúdo da norma contida no artigo 25 do ADCT é o de fazer cessar qualquer efeito de delegação legislativa que tenha sido feita em favor de Executivo pelo Legislativo pré-Constituinte. É necessário ser mais explícito: o que foi declarado extinto pelo artigo 25 do ADCT foram as delegações feitas com base nos artigos 52/54 da Constituição de 1967.

Observe-se que, no momento em que o Constituinte pretendeu estabelecer uma competência exclusiva do Congresso Nacional em matéria de terras indígenas, isto foi feito. Assim é que o artigo 49 da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inciso XVI, determina: "art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais."

Como se sabe, o verbo dispor possui inúmeros significados e, evidentemente, o Constituinte não pretendeu proibir o Executivo de arrecadar e demarcar as terras da União. O objetivo é muito outro.

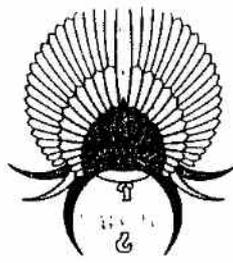


Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



que se proibiu foi a disposição de terras públicas no sentido de sua alienação, de sua transferência. Assim é que o artigo 49, XVII da Lei Fundamental da República é bastante explícito no sentido de que a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares depende de prévia autorização congressual.

O Poder Regulamentar não é uma delegação do Legislativo ao Executivo; ao contrário, é uma atribuição inerente à natureza do próprio Poder Executivo e decorre do artigo 2º da Lei Fundamental da República. Delegação legislativa é um conceito jurídico que não pode ser confundido com o conceito de Poder Regulamentar. Examinando o tema referente às leis delegadas Cretella Jr assim se pronunciou: "Para que compreenda de modo preciso a delegação legislativa, instituto que diz respeito em concreto, à lei delegada, é preciso ter, como pressupostos, a existência de um poder delegante, de um poder delegado e o objeto da delegação - a lei delegada." O Poder Regulamentar é inteiramente diverso. Analisando-o sob o ponto de vista constitucional, mais adequado para o nosso estudo, José Afonso da Silva nos lembra que: "O princípio é o que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício da função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto." A função administrativa, no caso presente, é diretamente subordinada ao artigo 231 da Lei Fundamental da República e ao artigo 19 do Estatuto do Índio. Como será visto adiante, o Decreto nº 22/91, apenas e tão somente, aplicou conceitos legais já existentes em nosso ordenamento jurídico.



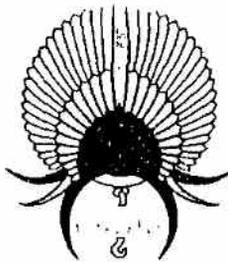
Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

2.3 Contraditório e ampla defesa

Quanto à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, estabelecidos no artigo 5º LV da Constituição da República Federativa do Brasil, igualmente não procede a implantação de inconstitucionalidade. À primeira vista o argumento impressiona mas, em realidade, o que pretendem os arautos da tese é criar uma confusão conceitual entre os princípios fundamentais da defesa na esfera do Direito Penal e do Direito Administrativo disciplinar com os princípios vigentes no âmbito do processo civil e do procedimento administrativo não disciplinar.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o princípio da ampla revisão judicial dos atos administrativo e o da inafastabilidade da apreciação judicial de qualquer violação de direito ou de simples ameaça de violação de direitos. Em assim sendo, mesmo que o Executivo pretendesse violar direitos constitucionais, especialmente os do contraditório e da ampla defesa, a Lei Fundamental da República não o admitiria. Vale ressaltar que o Poder Judiciário Brasileiro tem sido bastante firme na defesa dos mencionados princípios quando se trata de matéria penal ou administrativo disciplinar. Ocorre que demarcação de terras indígenas na é processo administrativo disciplinar, nem processo penal. É um mero procedimento administrativo.

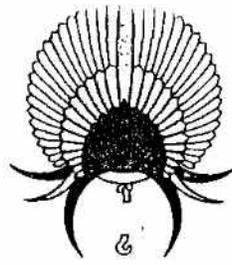
Na hipótese em tela não poderia haver processo administrativo para a demarcação de terras indígenas pois, em última análise, quem examinaria a procedência ou não das reclamações feitas pelo interessado seria o próprio Estado-Administração e não o Estado-Juiz. Evidentemente que, no regime constitucional brasileiro não



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

é possível que uma mesma entidade seja parte e julgador em um mesmo processo. Em realidade não existe lide no interior da Administração Pública. A propósito vale relembrar as sempre válidas palavras do Ministro Moacyr Amaral Santos: " A lide se estabelece entre dois sujeitos, titulares de interesses contrários, um a pretender subordinar o interesse do outro ao próprio e outro a opor resistência a essa pretensão. Ambos interessados. A função de dirimir a lide com justiça ou seja, conforme a vontade da lei que regula o conflito, terá que ser atribuída a um terceiro sujeito, desinteressado e imparcial, e esse é o Estado. (...) A essa função do Estado se dá o nome de função jurisdicional, ou, simplesmente jurisdição (...)." 7

Merece ser ressaltado que a própria Constituição de 1969, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 1/69, ao prever a possibilidade da existência do sistema de contencioso administrativo para examinar causas tributárias e previdenciárias jamais admitiu que os tribunais administrativos pudessem examinar causas relacionadas com o direito de propriedades pública ou privada. Aqueles que admitem a existência de processo administrativo não disciplinar no Direito Brasileiro, em realidade, admitem que direitos individuais basilares possam ser decididos, definitivamente, no interior da Administração Pública, em concepção evidentemente autoritária. Como se sabe "o direito de ser ouvido pelos tribunais é assegurado a todos indistintamente, tanto aos que tenham quanto aos que não tenham sofrido qualquer violação ou ameaça de violação a seus direitos, e até mesmo àqueles que, sabendo que não têm direito algum, exijam que o Estado lhes preste cautela jurisdicional, ainda que



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

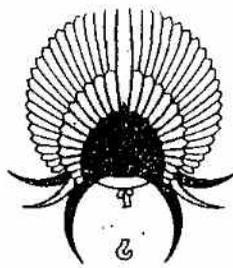
4005
Uluwina

SECRETARIA PARA JUSTIÇA FEDERAL
116
117

seja para que o juiz o declare sem direito."

As regras constitucionais da ampla defesa e do contraditório têm origem na luta pelo estabelecimento de critérios jurídicos capazes de impedir a arbitrariedade e a violência contra os cidadãos. Tais regras, portanto, estão intimamente vinculadas à aplicação de normas penais ou de sanções e punições administrativas. Vale observar que os incisos XXVII / LXVIII do artigo 5º da Lei Fundamental da República são todos voltados para a proteção da liberdade individual contra prisões ou apenamentos arbitrários. Já a proteção aos direitos de propriedade e do proprietário está contemplada nos incisos XXII/XXXI do mesmo artigo 5º.

A própria localização topográfica do inciso LV do artigo 5º nos demonstra que o mesmo não está voltado para a proteção da propriedade. O inciso LV do artigo 5º é uma explicitação de princípios que já se encontravam implícitos nas Constituições anteriores. O próprio Supremo Tribunal Federal, historicamente, sempre tem compreendido que a norma tem o nítido conteúdo de defesa da liberdade individual e da apuração isenta de falta disciplinar. A propósito vale trazer à colocação a lição do Professor Cretella Jr.: "Em 22 de julho de 1936, o Supremo Tribunal Federal, então denominado Corte Suprema, julgando arguição de inconstitucionalidade de dispositivo de processo civil, diante da Constituição de 1934, vigente, art. 113, parág. 23, que assegurava aos acusados ampla defesa, manifestou-se pelo voto do relator, e firmou, para sempre, o princípio de que a CARTA consagra garantias a réus, em processo criminais, ou acusados DE CRIME, propriamente ditos, e não cogita de estabelecer nenhuma norma fundamental para o direito civil."

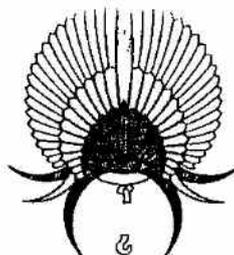


Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



Assim em 1934, Art. 113, parág. 24, como já, antes, em 1891, art. 72, parág. 15 e, como depois, em 1937, art. 122, parág. 11; em 1946 art. 141, parág. 25; em 1967, art. 150, parág. 15; em 1969, art. 153, parág. 15; em 1988, art. 5º, inc. LV "AMPLA DEFESA" é regra peculiar a processo em que o Estado acusa e não existe em processo no qual o Estado, por meio de magistrado, é estranho à lide, procurando dar razão a quem a tem. No processo administrativo, que alguns denominam de inquérito administrativo, é necessária ampla defesa para demissão de funcionário admitido por concurso" (Súmula 20 do STF), sendo "nula a demissão de funcionário com base em processo administrativo no qual não lhe foi assegurada ampla defesa" (STF, em RDA, 73:136), porque em inquérito administrativo, destinado a apurar a falta de funcionário e a aplicação da pena de demissão, a ampla defesa deve ser-lhe assegurada (STF, em RDA 47:108)."

O Ministro Celso Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o artigo 153, parág. 15 da Constituição de 1969 assim se pronunciou: "O STF ao interpretar a regra em análise, decidiu que: a defesa a que alude o parág. 15 do art. 153, da EC 1/1969, é a defesa em que há acusado; portanto, em processo penal ou processo fiscal-penal..." (RTJ 83:385). Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender. A preterição do direito de defesa torna irrito e nulo o ato punitivo (RT, 239, 255). Contra: RT, 296, 555 (entendeu-se, nesse acórdão, que a garantia constitucional de ampla defesa refere-se, apenas, ao processo penal, sendo inaplicável ao procedimento administrativo). Essa decisão, que é bastante restritiva, limita indevidamente o alcance da



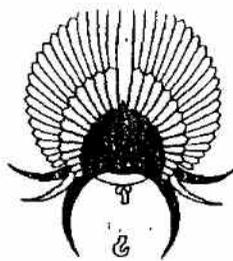
Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

tutela constitucional."

O maior dos comentadores das Constituições Brasileiras, Pontes de Miranda, cujas concepções democráticas são de todos conhecidas, assim lecionou: "A defesa a que alude o parág. 15, é a defesa onde há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial." De resto, há uma unanimidade doutrinária quanto à extensão do conceito de ampla defesa e do contraditório existentes no texto constitucional de 1969.

Poder-se-ia argumentar que o texto da Constituição de 1988 trouxe uma inovação significativa pois, menciona expressamente o processo administrativo e se utiliza do vocábulo litigantes. Tais acréscimos, contudo, nada mais foram do que a explicitação de princípios implicitamente contidos nas Constituições anteriores, como já ficou demonstrado acima. A propósito, vale o comentário da profa Ada Pleggrini Grinover: "Numa visão não estritamente jurisdicional, mas processual, abrangente, portanto, não apenas nos processos que são instrumento de ação jurisdicional, mas, também, de outros processos ("procedimentos") em que se garanta o direito de defesa, não se pode deixar de lado o processo administrativo disciplinar a que, muito embora não haja o exercício de função jurisdicional, se aplica a garantia constitucional expressa de direito de defesa."

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva atentos que estavam às ampliações terminológicas do princípio do contraditório estabelecidas pela Carta de 1988, anotaram: "Em princípio, pois, não há senão que se tecer encômios a este alargamento. Por mais que, em



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



4008.
Uluuwa

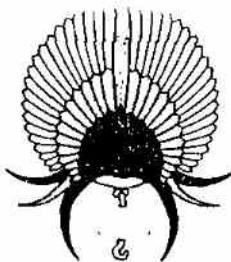
certos casos, ele possa se afigurar desnecessário, ou mesmo desprezível, o certo é que calha muito bem em um Estado de Direito que ninguém seja apenado senão de uma defesa contraditória, " Em igual sentido é o pensamento de José Afonso da Silva.

Portando, contraditório e ampla defesa são princípios constitucionais destinados à defesa de acusados em matéria penal ou administrativo-disciplinar. Tais princípios não se aplicam a outros tipos de procedimento, como é tradicional no Direito Brasileiro.

3 - A demarcação administrativa de terras indígenas.

A demarcação das terras indígenas, repita-se, é uma imposição constitucional, dirigida ao Poder Executivo e cujo cumprimento é de obrigatoriedade inafastável. A demarcação administrativa das terras indígenas tem sido regida, ao longo do tempo, por diversos diplomas legais. Todas ostentando a forma de decreto. Doravante, passaremos a examinar como tem sido o "processo" administrativo de demarcação das terras indígenas. É possível adiantar-se o fato de que todos os decretos em questão tiveram o seu período de vigência nos regimes constitucionais anteriores e, como já foi exaustivamente examinado, a Constituição de 1988 não trouxe qualquer inovação de fundo quanto à tramitação, direitos e garantias a serem observados nos procedimentos administrativos. O que foi feito,

repita-se, foi a explicitação dos direitos implicitamente contidos nas Constituições anteriores quanto à apuração de infrações disciplinares cometidas por servidores públicos.

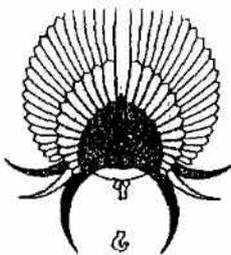


Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



Decreto nº 76.999, de 8 de janeiro de 1976 que "dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências" estabelecia o seguinte procedimento para a demarcação das terras indígenas: a) reconhecimento prévio da área a ser demarcada, b) nomeação de grupo de trabalho formado por um antropólogo e um engenheiro ou agrimensor que apresentará relatório, c) o relatório é apresentado ao presidente da Fundação Nacional do Índio - FUNAI para a provação, d) demarcação administrativa e homologação. Para a atuação do grupo de trabalho foram fixados os seguintes critérios a serem observados: atendimento da situação atual e o consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação dos índios. O Decreto determinava, ainda, fossem publicados e afixados editais para conhecimento do início dos trabalhos de demarcação por parte dos confinantes.

O Decreto nº 88.118, de 23 de fevereiro de 1983 que "dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências", estabeleceu o seguinte procedimento a ser observado pela Administração Pública: a) reconhecimento e delimitação das áreas, b) exame da proposta de demarcação por grupo de trabalho composto por representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio - FUNAI e outros órgãos que forem julgados convenientes que emitirá parecer conclusivo, c) decisão conjunta dos Ministros do Interior e dos Assuntos Fundiários, d) remessa da proposta aprovada ao Presidente da República, e) decreto presidencial delimitando a área que será demarcada. O decreto estabelece, ainda por seu artigo 2º, pará. 2º que os levantamentos

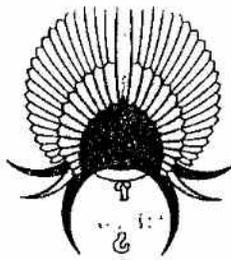


Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



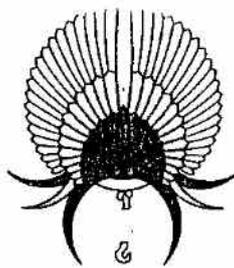
deverão levar em consideração para que seja definida a área indígena "o consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação e a situação atual, indicando, quando for o caso, a presença de não índios na área proposta, bem como a existência de benfeitorias, povoados ou projetos oficiais".

A legislação anterior foi revogada pelo Decreto nº 94.945, de 23 de setembro de 1987 que "dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências". O decreto, ora examinado, estabelecia os seguintes procedimentos a serem cumpridos para que uma área indígena fosse demarcada: a) reconhecimento e delimitação a serem realizados por equipe técnica, b) após o exame do trabalho da equipe técnica a Fundação Nacional do Índio - FUNAI propõe a demarcação, c) A proposta de demarcação é examinada por grupo de trabalho interministerial que emitirá parecer, d) o parecer é submetido à consideração dos Ministros do Interior, da Reforma e do Desenvolvimento Agrário e quando se tratar de Faixa de Fronteira, também, ao Secretário Geral do Conselho de Segurança Nacional, e) Aprovada a proposta é baixada Portaria Interministerial declarando a área de ocupação indígena e estabelecendo seus limites, f) demarcação administrativa pela Fundação nacional do Índio - FUNAI, f) homologação da demarcação pelo Presidente da República. O artigo 3º, em seu parágrafo 3º estabelecia que: "em função do exame procedido e levado em consideração o interesse público, os interesses indígenas, os problemas sociais e outros, o Grupo de trabalho Interministerial poderá sugerir o reestudo da área proposta."



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

O polêmico Decreto nº 22/91 que "dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências" estabelece o seguinte procedimento a ser adotado: a) estudos e levantamentos para fins de identificação por grupo técnico, b) o grupo técnico é coordenado por antropólogo e deverá realizar estudos etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários, o grupo indígena envolvido deve participar do processo, c) o grupo técnico apresenta relatório à Fundação Nacional do Índio - FUNAI, d) aprovado o relatório, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI determina a sua publicação no Diário Oficial da União, incluindo as informações recebidas, e após a publicação o processo (rectius: o relatório encaminhado pelo grupo) de demarcação é encaminhado ao Ministro da Justiça que poderá solicitar informações adicionais a serem prestadas em 30 dias, e) aprovado o processo (rectius: o relatório encaminhado pelo grupo), Ministro da Justiça, por Portaria declara os limites da área indígena a ser administrativamente demarcada, f) a demarcação é submetida à homologação do Presidente da República. Dentre as diversas disposições do Decreto 22/91 destacam-se, ainda, aquelas que determinam o reassentamento prioritário de todos os ocupantes não índios das terras indígenas (art. 4º), a possibilidade de utilização de estudos e levantamento anteriormente realizados, desde que coerentes com o novo decreto e que isto tenha sido permitido pelo grupo indígena envolvido (art. 3º) e, a possibilidade de interdição provisória de áreas nas quais se encontrem grupos de índios isolados (art. 8º) ou de outras em que a interdição se faça necessária, para a preservação da integridade dos índios e dos respectivos territórios.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

1012
Ulisses

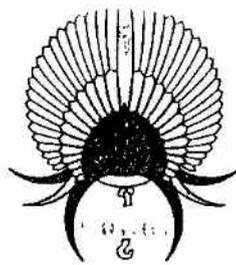


Vale ressaltar que o Decreto nº 22/91 admite que os interessados não indígenas possam intervir no processo de demarcação. Visando a assegurar-lhes a defesa de eventuais direitos de terceiros, o parág. 7º do Decreto determina a publicação do relatório que caracteriza a terra indígena a ser demarcada. As impugnações ao relatório podem ser feitas no prazo de 30 dias (parág. 8º). Somente após o prazo do parágrafo 8º é que o Ministro da Justiça determinará a demarcação da Terra Indígena. Relewa notar que, mesmo após terem sido demarcadas, as terras indígenas, ainda, dependem da homologação do Presidente da República. Existem, portanto, três momentos nos quais os eventuais interessados podem opor sua irresignação ao processo de demarcação. A homologação presidencial, como se sabe, tem a função de realizar um último controle de legalidade no âmbito do Poder Executivo.

O que se pode verificar, tranquilamente, é que, embora sem exigência constitucional, o Decreto nº 22/91 assegurou um amplo espectro de participação para todos os interessados na eventual declaração de uma área como de ocupação tradicional indígena. Vale ressaltar, ademais, que quando da ocasião do registro da área demarcada será dada publicidade ao título.

~ 1775

Inexistindo diferenças ontológicas entre os conceitos de processo administrativo que tradicionalmente têm sido reconhecidos pelas Constituições Brasileiras, pela legislação e pela doutrina especializada e, reconhecendo-se que há uma evidente similitude entre os quatro decretos presidenciais que, sucessivamente, disciplinaram o tema, não se pode admitir qualquer vestígio de inconstitucionalidade no



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

1013
Ulveira
ESTADO DA PARAÍBA
124
117

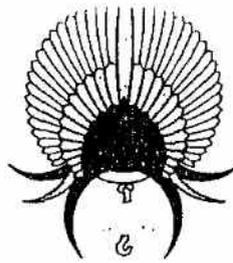
Decreto 22/91. o que se observa, claramente, é que o Decreto 22/91 é aquele que admite a maior participação de todos os interessados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. Por outro lado, é o Decreto que estabelece um sistema menos burocrático e mais ágil portanto.

Por fim, é importante verificar uma lição do Direito Comparado, em matéria de tutela dos direitos indígenas. "To compensate for the disadvantage at which tehe treaty-making process placed the tribes, and to help carry out the federal trust responsibility, the Supreme Court has fashioned rules of construction sympathetic to Indian interests. Treaties are to be construed as they were understood by the tribal representatives who participated in their negotiation (para compensar as desvantagens sofridas pelos índios no processo de realização dos tratados e para preservar as responsabilidades federais sobre as terras indígenas, a Suprema Corte desenvolveu regras de interpretação favoráveis aos interesses indígenas. Os tratados devem ser interpretados tal como eram compreendidos pelos representantes tribais que participaram de sua negociação).

4 - Conclusão

O Decreto nº 22/91 é plenamente constitucional pois:

- a) como ficou demonstrado, em sua edição o Poder Executivo não invadiu qualquer área de atribuição exclusiva do Congresso Nacional;
- b) o artigo 19 do Estatuto do Índio não é delegação legislativa, nos termos da Constituição de 67/69 ou nos termos da Constituição de 1988;



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



c) não foi violado o princípio do contraditório e da ampla defesa estabelecidos pelo artigo 5º, LV da Lei Fundamental da República pois, tais princípios são válidos para o processo penal, processo administrativo disciplinar e para o processo fiscal tributário, como é antiga tradição no Direito Brasileiro;

d) ante a inexistência de direitos adquiridos sobre terras indígenas, inexistente qualquer direito de propriedade privada violado;

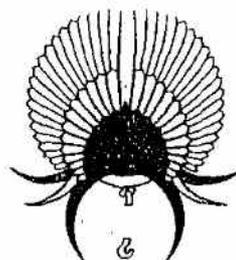
e) as novas medidas introduzidas no procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas são plenamente compatíveis com as leis vigentes no País e com a Constituição da República Federativa do Brasil".

IV - DA CONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA PP Nº 1013, DE 11.10.93

A Portaria em epígrafe tem como escopo legal o parág. 1º do art. 2º, do Decreto nº 22, de 04.02.91, verbis:

"Art. 2º - A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será precedida de identificação por Grupo Técnico, que procederá aos estudos e levantamento, a fim de atender ao disposto no parág. 1º do art. 231 da Constituição.

Parág. 1º - O Grupo Técnico será designado pelo órgão federal de assistência ao índio e será composto por técnicos especializados desse órgão que, sob a coordenação de antropólogo, realizará estudos etno-históricos, sociológicos,



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



cartográficos e fundiários
necessários".

O Grupo de trabalho instituído pela Portaria supra apresentou, ao final, "Relatório de Identificação e Delimitação da Área Indígena Urubu Branco", datado de março de 1994, (Doc. 03). De acordo com esse documento, a ocupação dos índios Tapirapé na área denominada "Urubu Branco" é secular, conforme atesta a vasta bibliografia especializada.

Acrescentam os membros do citado GT que a presença dos índios Tapirapé naquela área é fato notório e de conhecimento público na região; devendo-se ressaltar que na definição do território indígena conhecido como "Urubu Branco" os Tapirapé abriram mão de importantes parcelas do território que efetivamente ocupam, objetivando uma acomodação com outros segmentos da sociedade nacional.

Referido GT traz, no bojo de seu relatório, farta prova documental de que a Terra Indígena Urubu Branco é habitat tradicional indígena, nos termos do art. 231 e seus parágrafos da Carta Magna brasileira.

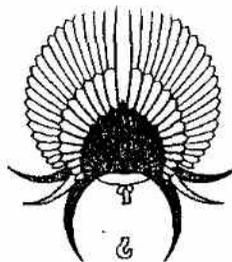
Assim, remetemos os interessados para a leitura integral do relatório de identificação e delimitação da área em questão, a fim de melhor conhecer a história desses índios.

Cai por terra, pois, a alegação dos autores de que a FUNAI ao expedir a portaria ora atacada pretendeu ampliar, sem observância do devido processo legal e do respeito ao legítimo direito de propriedade, a área indígena denominada "Tapirapé", criando, com isso, uma nova área indígena conhecida como "Urubu Branco".

Comprovado está que a Portaria PP nº 1.013/93 tem amparo legal no Decreto nº 22/91, e, que, portanto, não apresenta resquícios de inconstitucionalidade.

V - CONCEITO CONSTITUCIONAL DE POSSE INDIGENA

Cumprе notar, outrossim, que a posse a que se refere o preceito constitucional não pode ser reduzida a conceito de posse do Direito Civil, como pretendem os autores. A posse dos silvícolas abrange todo o território indígena propriamente dito.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

1016
Uluva



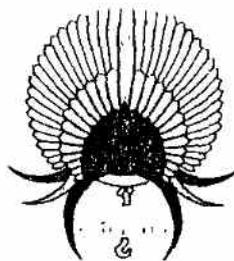
isto é, toda área por eles habitadas, utilizadas para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural. Tal peculiaridade não passou despercebida ao saudoso Ministro Victor Nunes, que em pronunciamento verdadeiramente luminoso, fixou o efetivo alcance da proteção constitucional à posse dos silvícolas, como se constata, *in verbis*:

"Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena sob guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não têm a disponibilidade das terras.

O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

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 a sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outras dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a "posse" estaria materializada nas malocas. (grifamos).



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



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.

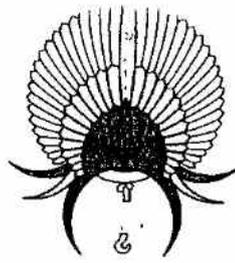
Entendo, portanto, que, embora a demarcação desse território resultassem, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispõe sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer disponibilidade de reduzir a área que, na época da Constituição, era o ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico."

(RE nº 44.585, Rel. Min. Victor Nunes, Referências da Súmula do STF, 1970, V. 25, pp. 360/361).

Trata-se, sem dúvida, de manifestação fulgurante do saudoso magistrado e humanista. É interessante notar que a tese, brilhantemente desenvolvida pelo eminente Juiz, em 1961, veio a ser adotada, integralmente, pela legislação ordinária, como se pode depreender da leitura do art. 23, da Lei nº 6.001/73, in verbis:

"Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil."

Portanto, não se pode, conceitualmente, atribuir à posse de Direito Civil a mesma dimensão da posse indígena. Enquanto aquela é caracterizada como poder de fato, que se exerce sobre uma coisa (cfr. José Carlos Moreira Alves. Direito Romano, vol. I, 1978, p. 357), a ocupação efetiva da terra pelo silvícola deve ser definida tendo em vista os usos, costumes, tradições culturais e religiosas. Nesse sentido, convém registrar a lição de Ismael Marinho Falcão, in verbis:



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

1018
Ulucua
SECRETARIA PARA JUSTIÇA SOCIAL
129
UH

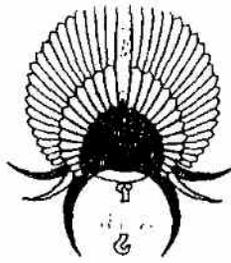
"A posse indígena, pois, traz uma conotação diferente, em seu conceito da conotação emprestada à posse civilista e à posse agrarista. A posse tal como concebida pelos civilistas, é a exteriorização do domínio, de corrente do exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao proprietário (art. 485, C.C.).

8

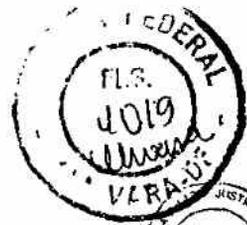
Já para o Direito Agrário, a posse se configura pelo exercício e junção de três elementos básicos: morada permanente do possuidor no imóvel posseado; cultura efetiva implantada e mantida pelo próprio posseiro e sua família, com capacidade de proporcionar-lhe o progresso sócio-econômico seu e de seus familiares; e, como último elemento básico, mais de ano e dia de ocupação definitiva.

A posse indígena, diferentemente destas, é caracterizada pela ocupação efetiva da terra por parte do elemento silvícola ou indígena, ocupação que haverá de ser comportar de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, vale dizer, não é apenas indígena a terra aonde se encontrar edificada a casa, a maloca ou a taba indígena, como não é apenas indígena a terra aonde se encontra a roça do índio. Não. A posse indígena é mais ampla, e terá que obedecer aos usos, costumes e tradições tribais, vale dizer, o órgão federal de assistência ao índio, para poder afirmar a posse indígena sobre determinado trato de terra, primeiro que tudo, terá que mandar proceder ao levantamento destes usos, costumes e tradições tribais a fim de coletar elementos fáticos capazes de mostrar essa posse indígena no solo, e será de posse indígena toda a área que sirva ao índio ou ao grupo indígena para caça, para pesca, para coleta de frutos naturais, como aquela utilizada com roças, roçados,

alduca
março
caro



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



cemitérios, habitação, realização de cultos tribais etc., hábitos que são índios e que, como tais, terão de ser conservados para preservação da subsistência do próprio grupo tribal.

A posse indígena, pois, em síntese, se exerce sobre a área necessária à realização não somente das atividades economicamente úteis ao grupo tribal, como sobre aquela que lhe é propícia à realização dos seus cultos religiosos."

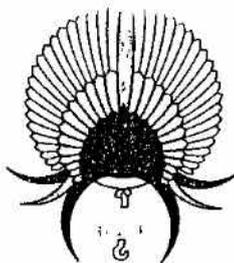
(O Estatuto do índio, p. 65).

Não se pode olvidar que eminentes juristas e magistrados têm censurado a aparente indefinição desse conceito, entendendo que, se aplicada na extensão dos seus termos, essa orientação acabará por frustrar a marcha desenvolvimentista e dará ensejo a conflitos de grandes e imprevisíveis proporções.

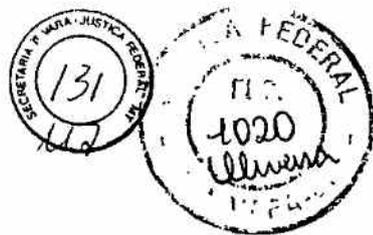
Não há dúvida de que o conceito de posse indígena dimana do próprio texto constitucional, como demonstrado no preclaro voto proferido pelo saudoso Min. Victor Nunes. Não há, pois, como reduzir a sua expressão, por mais relevantes que possam parecer os argumentos nesse sentido. Ainda aqui é de se invocar pronunciamento do insigne Ministro Victor Nunes, desta feita no MS nº 16.443, de 1967, in verbis:

"A lei nº 1.077, de 10.04.58, de Mato Grosso, reduziu certa área habitada por indígenas e que fôra demarcada por lei estadual anterior. Argumentava o Estado que, se a demarcação fôra feita por lei estadual, outra lei estadual poderia reduzir a área.

O tribunal, entretanto, contra dois votos, manteve o acórdão local, que declarou a inconstitucionalidade da cit. lei nº 1.077, concluindo o seu julgamento após pedido de vista da V.Exa., Sr. Presidente, no RE nº 44.585 (30.08.61. Pesou nesse julgamento, o artigo 216 da C.F. de 1946, a que há pouco se referiu o Sr. Min. Amaral Santos. Por este dispositivo, não só a posse das terras habitadas pelos índios seria



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



respeitada, como também não poderia ser transferida, nem pelos próprios silvícolas.

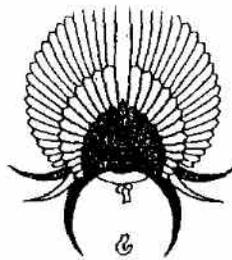
A Constituição atual dispõe que as terras ocupadas pelos silvícolas pertencem à União, mas o seu art. 186 reproduz o art. 216 da Constituição anterior, com este acréscimo:

"... reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas utilidades nela existente".

Farece, pois, que o simples fato de pertencerem à União as terras ocupadas pelos índios, não as sujeita integralmente ao regime local de venda dos bens públicos, dado o seu caráter de inalienabilidade. Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram.

A Constituição atual foi além da anterior, que só protegia a posse, porque ela também protege o usufruto exclusivo, pelos índios, dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras. Pela Constituição, mesmo a alienação de certos frutos dessas áreas pode ficar dependendo de condições que não sejam normalmente exigidas para alienação dos bens públicos em geral." (Referências das Súmulas do STF, cit., pp. 351/352).

Sem embargo da relevância de eventuais objeções que podem ser levantadas contra a posse indígena, não se há de perder de vista que a proteção, que constitucionalmente se



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



lhe empresta, vem da Carta Magna de 1934 (art. 129), configurando, sem dúvida, princípio já tradicional do Direito Público brasileiro (Carta de 1937; art. 154; Constituição de 1946, art. 216; Constituição de 1967, art. 186; Constituição de 1969, (Emenda nº 1), art. 198).

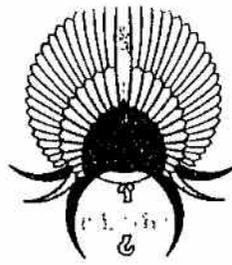
Dessarte, antes de assumir uma posição atenuadora do preceito constitucional em apreço, cumpre ao intérprete assegurar-lhe a plena força ou eficácia normativa (normativa Kraft). Estará atuando, assim, de forma compatível com o princípio de hermenêutica constitucional que recomenda a adoção de exegese que preserve a integral eficácia da norma constitucional (Princípio da Força Normativa da Constituição).

De resto, as razões inspiradoras do legislador constituinte não parecem assentar-se em mero sentimento de culpa, nem constituem expressão de um sentimentalismo naif. Ao revés, considerou o Texto Magno que a preservação dos silvícolas com as suas características, culturas e crenças, constituía, em verdade, imperativo de uma sociedade que se pretende aberta. Vê-se, pois, que o preceito constitucional traduz o próprio reconhecimento de que existem valores e concepções diversos dos nossos, e de que o nosso modelo de desenvolvimento não é único. E, sobretudo, a regra constitucional revela a crença na adequada coexistência dessas diversidades como corolário de uma sociedade pluralista e justa.

VI - A CONSTITUIÇÃO DE 1934 E O DOMÍNIO DA UNIÃO SOBRE AS TERRAS HABITADAS PELOS SILVICOLAS

Sob o império da Constituição de 1891 já não se afigurava pertinente considerar como devolutas as terras ocupadas pelos indígenas. Em erudita conferência proferida na antiga Sociedade de Ethnographia e Civilização dos índios, nos idos de 1902, demonstrou, o insigne Professor João Mendes Junior, que as terras do indigenato não podiam ser tratadas, como se devolutas fossem. Faz-se mister registrar o seu magistério, verbis:

"A Constituição Federal, no art. 64, determina que pertencem aos Estados as terras devolutas situadas nos respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para defesa



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federaes.

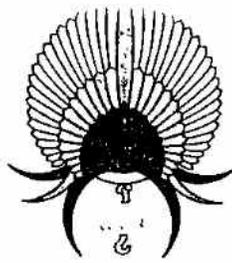
Os Estados passaram então, a estabelecer cautelas sobre o reconhecimento dos títulos de domínio, subordinados sempre, como devem ser, às regras de direito civil; além disso, estabeleceram regras sobre a revalidação de títulos de domínio, sobre a legitimação de posses, sobre a discriminação das terras possuídas, das terras reservadas e das terras devolutas, devendo respeitar os princípios, regras e leis que affectam a acção judiciária quanto à índole da acção, visto que esta índole affecta o direito de agir.

Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora, as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvara de 1º de Abril de 1680 e por dedução da propria Lei de 1850 e do art. 24 parág. 1º do Decr. de 1854; as terras reservadas para o colonato de indígenas passaram a ser sujeitas às mesmas regras que as concedidas para o colonato de imigrantes, salvo as cautelas de orphanato em que se acham os índios (*); as leis estadoais não tiveram, pois, necessidade de reproduzir as regras dos arts. 72 a 75 do Decr. nº1318 de 30 de janeiro de 1954."

(Os Indígenas do Brazil e seus Direitos Individuais e Políticos, 1912, pp. 61/62). (Grifamos)

E, mais adiante, ensina o eminente jurista que

"Os nossos sertanejos acham-se, portanto, diante dos seguintes títulos originários de propriedade:



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



1º - O das terras possuídas por hordas selvagens collectivamente organizadas, cujas posses não estão sujeitas à legitimação, visto que o seu titulo não é a ocupação, mas o indigenato (Alvará de 1º de Abril de 1680)".

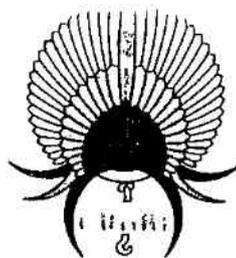
(João Mendes Junior, op. cit., p. 64).

A magnífica lição de João Mendes foi retomada, recentemente, pelo eminente Professor Marcelo Caetano. Adotando o entendimento segundo o qual somente integrem o domínio público os bens indisponíveis, o notável administrativista assevera que as terras vagas ou devolutas - isto é, "aquelas que não tendo dono, não sejam objeto de posse legitima nem se acham aplicadas a algum uso público" (...) "não estão no regime do domínio público uma vez que "o seu destino é serem alienadas. "(Princípios fundamentais do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1977, pág. 418).

Evidentemente, as terras vagas ou devolutas não se confundem com as áreas reservadas. É o que ensina com proficiência o emérito publicista, verbis:

"Grande importância tinham também, as áreas reservadas - reservas - que a lei constituía, umas vezes em benefício das populações indígenas para que nelas livremente habitassem e fizessem suas culturas, em geral divagantes, ou criassem seus gados, outras vezes reservas para colonização, para proteção da Natureza - florestais, zoológicas, biomarítimas, formando parques nacionais - ou para exploração pecuária, aproveitamento hidráulico ou fins turísticos.

A característica das reservas é a indisponibilidade. Nalgumas, como as reservas indígenas, vedando quaisquer usos diferentes dos visados com a sua criação, noutras, como as florestais, zoológicas e que jandas, abrangendo na proibição quaisquer usos por entidades públicas ou particulares, salvo as atividades necessárias para conservação e a exploração com fins



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



1024
Almeida

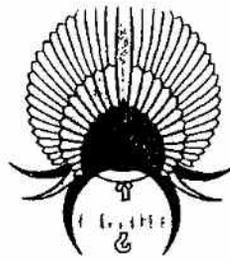
científicos ou turísticos
condizentes com os fins
justificativos da sua instituição.

Sendo as reservas por princípio indisponíveis pela Administração, parece, à primeira vista, que todas deveriam ser incluídas entre os bens sujeitas ao regime do domínio público. Mas há que distinguir.

As reservas para proteção da Natureza, sim creio que no domínio público deveriam ser consideradas.

Quando às constituídas para garantir o habitat e a livre subsistência de populações silvícolas, têm de ser preservadas de atentados e cobiças alheias. Os terrenos para esse efeito reservados deverão antes ser considerados concessão coletiva à tribo para seu exclusivo uso comunitário art. 198 da Constituição Brasileira fala em "posse permanente" com "direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades, nela existentes". Em geral, silvícolas não têm a noção da propriedade privada das terras, habituados como estão a mover-se em largos espaços desocupados e sempre ao seu dispor. Mas possuem a idéia de que a terra que ocupam ou por onde divagam deve ser dominada pela comunidade com direito de exclusão de terceiros. São essas noções que têm de ser conhecidas e acatadas." (Op. cit., pp. 420/421).

E, se essa orientação afigurava-se irrefutável no regime de 1891, após o advento da Constituição de 1934, constitui uma inequívoca *contradictio in adjecto* falar-se em terras devolutas ocupadas por silvícolas. Em verdade, a Constituição de 16 de julho de 1934 veio ilidir qualquer dúvida que, porventura, pudesse pairar sobre o tema. Foi Pontes de Miranda um dos primeiros a perceber, entre nós, essa nova realidade normativa, destacando que o constituinte atribuíra aos indígenas o domínio coletivo das terras ocupadas como emanção do alto-fato da posse em caráter permanente (tratado de Direito Privado, t. XII. 1971, p. 450/451).



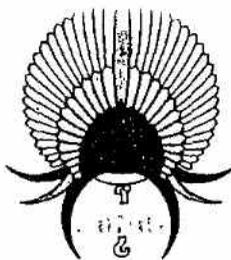
Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

SECRETARIA GERAL - JUSTIÇA FEDERAL
136
1025
llm

da Constituição de 1946, ^{E o insigne jurista, em escólio ao art. 261,} enuncia lição, que vale reiterar:

" O texto respeita a "posse do silvícola, posse a que 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 pelos silvícolas, ou constem dos autos, ainda que alguns das partes ou terceiro exhiba título de domínio. Desde que há posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas, ou em que se achem permanentemente localizados e com posse os silvícolas, é nula, por infração da Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do art. 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juizes não podem expedir mandados contra silvícolas que tenham posse, e nas terras, de que se trata, se localizaram com permanência. A proibição de alienação tem como consequências: a) a nulidade de qualquer ato de disposição incluídos aqueles que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (usufruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra os silvícolas ainda que por posse de quinze anos; d) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo para preclusão, por infringirem texto constitucional" . (grifamos)
(Comentários à Constituição de 1946, vol. V. 1953, pp. 335/336).

Vê-se, pois, que, como consequência da posse indígena das áreas ocupadas, impunha-se reconhecer, de plano, a nulidade de todo e qualquer ato de disposição e elas concernentes. Essa orientação foi integralmente acatada pelo



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



1026
Ullena

Supremo Tribunal, no RE nº 44.585, tendo ficado assente que, "embora a demarcação desse território resultasse, originalmente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir a área, que, na época da Constituição, era ocupada pelos Índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico" (Rel. Victor Nunes, Referências da Súmula do STF, vol. 25, pp. 360/361).

Idêntica orientação viria a ser perfilhada no MS nº 16.443, como já ressaltado (Rel. Min. Barros Monteiro, Referências da Súmula do STF, vol. 25, pp 345).

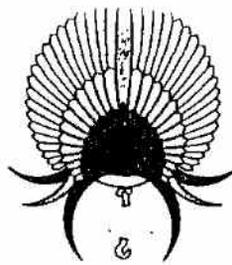
Também os Ministros Amaral Santos, Hermes Lima e Aliomar Baleeiro reconheceram a procedência da terra sustentada pela Consultoria Geral da República, no sentido de que o patrimônio indígena inseria-se, de forma ampla, no domínio da União. É o que se pode constatar na leitura de seus pronunciamentos, verbis:

" Acompanho o voto do Relator, aditando o seguinte: já o art. 216 da Constituição de 46 reconhecia as terras dos silvícolas como do domínio público: " Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não se transferirem." Estava, portanto, expresso que as terras eram do domínio público; apenas permaneciam na posse dos silvícolas."

(Voto do Min. Amaral Santos, Referências da Súmula do STF, cit., ol. 25/349).

O Ministro Hermes Lima, por seu turno, ratificou essa posição, afirmando que:

" As terras dos índios são patrimônio público, na verdade desrespeitado, invadido, mas é patrimônio público e, portanto, o contrato podia ser desfeito pela Administração, porque a concorrência era administrativa. Faltaram requisitos para uma verdadeira



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

SECRETARIA DE JUSTIÇA FEDERAL
138
4027
llm

concorrência pública. O fato de haver formalidades de concorrência pública não lhe tira esse caráter de concorrência administrativa. A verdadeira concorrência pública é aquela que é submetida à aprovação do Tribunal de Contas". (Referências da Súmula do STF, cit. vol. 25/351).

Da mesma orientação compartilhava o Ministro Aliomar Baleeiro, como se depreende do voto proferido, verbis:

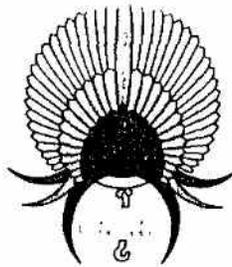
"(...) Tenho para mim que as terras dos índios são públicas. Eram públicas, e o Governo não as desconstituiu, apenas as afetou a um serviço especial, de natureza pública". (Referências da Súmula do STF, cit. vol. 25/350).

Dessarte, firmou o Supremo Tribunal Federal entendimento definitivo no sentido de que, em verdade, as terras ocupadas pelos silvícolas integravam o domínio da União. Como já realçado, essa posição foi explicitada, de forma inequívoca, no voto proferido pelo Ministro Themístocles Cavalcanti, na Apelação Cível nº 9.620, conhecida como Ação Cível Originária, que foi julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade, pela segunda vez, da Lei nº 1.077, de 10.04.58, do Estado do Mato Grosso. É oportuno recordar que o aludido diploma estadual reduzia para 100.000 ha a área indígena dos índios Cadiueus, estabelecida pelo Decreto Estadual nº 54, de 09.04.1931, com 400.000 hectares de extensão. Na oportunidade, asseverou a Assembléia Legislativa de Mato Grosso, na sua contestação que:

"De fato, a Lei nº 1.077, de 10 de abril de 1958, acresceu o Patrimônio do Estado de Mato Grosso em mais de 300.000 ha. de terras, possibilitando a Administração Pública, na sua venda, em ver acrescida sua Renda Pública em quantia superior a Cr\$ 100.000.000,00". (Referências da Súmula do STF, cit. vol. 25/343).

DEPT

Handwritten signature



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

SECRETARIA PARA JUSTIÇA FEDERAL
139
117
4028
Ulluna

A Excelsa Corte rechaçou, de plano, essa alegação imoral (Cfr. voto do Min. Thompson Flores, Referências, cit., vol. 25/345) e, na linha do entendimento firmado no RE nº 44.585 (Rel. Min. Victor Nunes), reiterou a declaração de inconstitucionalidade do malsinado diploma, tendo o Ministro Themístocles Cavalcanti destacado em seu voto, que essa

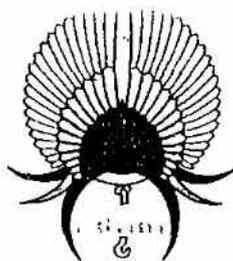
(...) lei não é instrumento hábil para transferir pra o domínio do Estado os bens pertencentes aos índios e à União. O Decreto-Lei nº 9.960, de 1946, já considera que pertencem à União os terrenos pertencentes aos índios ou colônias militares. De modo que esses bens de há muito são incorporados ao patrimônio da União.

Considero inconstitucional esta lei, de acordo com o eminente Relator." (Referências da Súmula, cit., vol. 25, p. 344).

Portanto, mesmo antes do advento da Constituição de 1967, já não subsistia dúvida de que as áreas ocupadas pelos silvícolas integravam o patrimônio da União. E essa orientação veio a ser consolidada na Súmula 480, do Supremo Tribunal Federal, que tem como precedente fundamental o RE nº 44.585, de 30 de agosto de 1966 (Cfr. Referência da Súmula, cit., vol. 25, p. 338 e 353 e segs.).

Reconheceu-se, dessarte, a ampla significação jurídica atribuída pelo constituinte, desde 1934, ao ato-fato de ocupação permanente praticada pelos silvícolas, admitindo que o texto constitucional não garantia apenas a posse dos silvícolas sobre as terras por eles ocupadas em caráter permanente, mas atribuía o domínio desses bens à União Federal. Inegável, portanto, que o ato-fato de ocupação permanente produzia já no sistema constitucional vigente antes de 1967 dois efeitos jurídicos de capital importância:

- a) atribuía aos indígenas à posse sobre os imóveis ocupados, com todos os seus consectários;
- b) outorgava à União o domínio sobre as terras ocupadas pelos indígenas, originando a propriedade, exclusiva



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



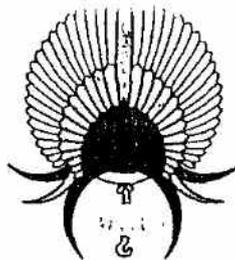
e unicamente, do ato-fato relativo à posse.

Diante dessas conclusões, há de se admitir que as disposições contidas no art. 198 e 4º, IV, da Constituição Federal de 1967/69, apenas explicitam princípios integrantes do nosso Direito Constitucional positivo desde, pelo menos, 1934. Observe-se, que, a propósito do disposto no art. 198, da Constituição, assim se pronunciou o Ministro Néri da Silveira, verbis:

"Não cabe, dessarte, compreender o parágrafo 1º e o art. 198 da Constituição vigente, no que concerne a negócios jurídicos a eles anteriores, senão como mera forma de índole explicitante, pois, em realidade, antes de seu advento, já seria nulo e sem qualquer efeito, ao menos quanto à ocupação, posse a utilização, o negócio jurídico de concessão ou venda de terras, onde silvícolas estivessem permanentemente localizados. Desde a Constituição de 1934, a posse dos silvícolas estava protegida, quanto às terras onde localizados, em caráter permanente. Nessa linha, escreveu Pontes de Miranda, acerca do art. 216, da Carta Política de 1946:

"Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula."
(Op. cit., pág. 217, grifamos).

Afigura-se despiciendo qualquer esforço de argumentação para demonstrar que o constituinte acabou por consagrar a ocupação indígena, na hipótese, como modo de aquisição originária de propriedade (Cfr., sobre o assunto, José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, vol. I, Rio, 1978, pp. 398 e segs). Tão limpa e inquestionável é essa conclusão do ponto de vista teórico que mais parece a enunciação de um truismo.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



1030
Ulman

Não obstante, colocam-se algumas questões que podem causar embaraço sob o prisma da dogmática jurídica. A primeira indagação diz respeito à validade, ou não, dos títulos incidentes sobre terras indígenas concedidos antes da promulgação da Constituição de 1934. Outro ponto controvertido concerne à situação jurídica das terras que, na vigência da Constituição de 1934, eram ocupadas pelos silvícolas e vieram a ser alienadas a terceiros.

Parece isento de dúvida que os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição de 1934 estão abrangidos pela declaração de nulidade que do texto constitucional dimana. Assim, com a disposição do art. 129, da Constituição, opera-se uma peculiar e para espécie de nulidade, a chamada nulidade superveniente ("Nachträgliche Nichtigkeit") (Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, vol. II, Berlin, 1979, p. 550). Trata-se de inequívoco exemplo de uma "lei de proibição" (Verbotsgesetz), que alcança situação já estabelecida (Cfr. Flume, Ob. cit., p. 550).

Nesse sentido, é igualmente, o magistério de Pontes de Miranda, *verbis*:

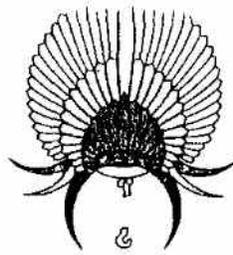
"São nenhuns quaisquer títulos registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registro anterior de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição".

(Comentários à Constituição de 1967/69, t. VI, 1972, p. 457).

Vê-se, pois, que as terras ocupadas pelos silvícolas, que, sob o regime da Constituição de 1891, haviam sido concedidos pelos Estados a particulares ou que ainda quedavam, como se devolutas fosse, no patrimônio da unidade federada, passaram, com a Constituição de 1934, irreversivelmente, para o domínio da União.

Há, portanto, flagrante contradição nos termos quando se fala em terras devolutas estaduais ocupadas por silvícolas: ou se cuida de terra devoluta, integrante do domínio estadual, ou de terra ocupada por indígena, e, por isso, do domínio da União. Nesse sentido, já estabelecia o art. 3º do Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios que:

"O Serviço de Proteção aos Índios promoverá os actos mais



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



convenientes:

- a) para impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fosse, demarcando-as, fazendo respeitar, garantir, reconhecer e legalizar a posse dos índios, já pelos Governos Estaduaes ou Municipaes, já pelos particulares".
(Decreto nº 736, de 06.04.36, art. 3º).

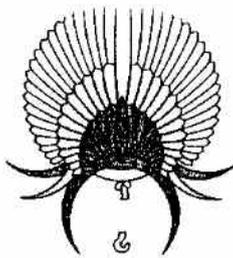
Tal constatação permite abordar o segundo aspecto mencionado, isto é, a situação jurídica das terras que, na vigência das Constituições de 1934, de 1937 ou de 1946 eram ocupadas pelos silvícolas e, não obstante, foram alienados a particulares. É fácil de ver que todo e qualquer título concedido pelo Estado sobre áreas ocupadas pelos silvícolas, no império das Constituições de 1934, de 1937 e de 1946, configura alienação a non domino, sendo inevitável o reconhecimento da nulidade de pleno direito. É que tais imóveis, como ressaltado, já não integravam o patrimônio estadual, pelo menos desde 16 de julho de 1934.

Mas, e se nesse lapso de tempo (1934 a 1967) tiver ocorrido a expulsão, o extermínio ou mesmo a integração à sociedade nacional dos grupos indígenas que habitavam essas áreas? Dar-se-ia o retorno desses bens ao patrimônio estadual? Haveria a convalidação dos títulos dominiais ilicitamente outorgados?

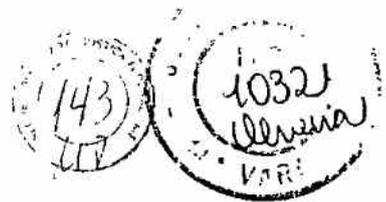
É evidente que, se o ato-fato da ocupação indígena atribui à União o domínio das terras habitadas pelos silvícolas, nos termos das Cartas Políticas brasileiras de 1934, 1937, 1946 e de 1967/69, a eventual desocupação dessas terras não proporciona a devolução do domínio ao ente federado. A evidência, a **desafetação** de um bem, ou a sua **desdestinação**, não constitui modalidade de extinção do domínio público no Direito brasileiro.

E quanto aos títulos dominiais ilicitamente concedidos? Também aqui a teoria jurídica não pode fornecer resposta diversa. Constatada a presença indígena, em caráter permanente, a partir da Carta de 1934, afigura-se inexorável o reconhecimento da nulidade plena de qualquer concessão ou alienação. E os juristas matogrossenses certamente não ignoram que a expulsão, o homicídio ou o genocídio não constituem formas de convalidação de títulos dominiais nulos no Direito brasileiro.

Nessas condições, não há como deixar de reconhecer que, em caso de **desdestinação** ou **desafetação** das terras do domínio federal anteriormente ocupadas pelos



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



silvícolas, inevitável se afigura a sua reversão ao domínio pleno da União. Esta é a única solução compatível com nosso sistema constitucional, que desconhece forma de extinção do domínio público por desdestinação ou desafetação.

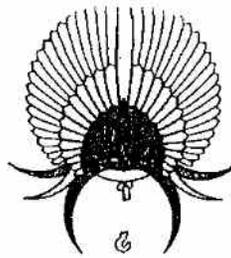
Dai ter o legislador federal estabelecido no art. 21, do Estatuto do Índio, que:

"As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União".

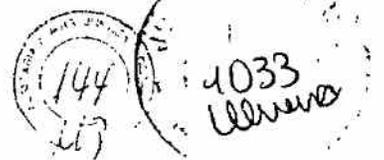
Trata-se de preceito de conteúdo marcadamente interpretativo, pois, se tais terras integram o domínio da União, inevitável se afigura o retorno ao seu domínio pleno, em caso de desdestinação ou de desafetação. É também o entendimento de Ismael Marinho Falcão, em escólio ao art. 21, do Estatuto do Índio, *verbis*:

"As terras ocupadas permanentemente por grupo indígena, segundo preceito constitucional, são de domínio pleno da União, logo à evidência, uma vez abandonadas espontânea e definitivamente pelo grupo que a ocupava, reverterão à posse e ao domínio do senhorio direto. Evidentemente que a regra contida neste artigo não seria rigorosamente necessária, pois se são de domínio da União as terras ocupadas por indígenas, terão que, uma vez abandonadas, retornar ao domínio pleno do senhor direto, já que não foram alienadas.

O índio, enquanto ocupante permanente destas terras, não é o senhor delas, mas seu legítimo e legal usufrutário. Se, no entanto, a comunidade indígena vem a ser emancipada, as terras objeto de sua ocupação terão que ser destinadas aos membros da comunidade indígena. Não estão sendo abandonadas, pelo *SA*



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



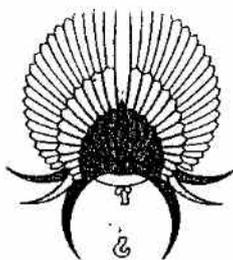
fato de emancipação. O grupo é que está despindo do manto da proteção legal tutelar para se integrar definitivamente à comunhão nacional. Como, porém, não lhe será possível integrar-se em meios capazes de lhe assegurar subsistência frente à sociedade nacional, a terra que lhe serviu de ocupação por tantos anos, evidentemente, terá que ser partilhada entre todos os membros da comunidade, despindo-se a União do domínio pleno que sobre ela mantinha, para investir o índio no poder pleno de senhor e possuidor.

No caso de abandono, temos que seria plenamente dispensável que o órgão federal de assistência ao índio tivesse que propor a reversão. Ao nosso entender, e frente ao ordenamento jurídico nacional, esta dar-se-ia automaticamente, tão logo ficasse comprovado o abandono, não havendo, assim, nenhuma necessidade de o legislador ordinário haver vinculado a reversão à proposta que o órgão federal terá que fazer ao ato declaratório que terá que ser baixado pelo chefe do Poder Executivo".

(O Estatuto do Índio, 1985, p. 63).

A norma referida contém, todavia, ressalva de fundamental importância. Verifica-se a desdestinação ou a desafetação apenas nas terras ESPONTANEAMENTE abandonadas pelos silvícolas. Subsiste íntegro, portanto, o caráter indígena das áreas onde se tenha verificado a desocupação forçada, violenta e criminosa. Em qualquer hipótese, não se pode colocar em dúvida o domínio inquestionável da União.

A argumentação desenvolvida demonstra, portanto, que toda e qualquer discussão sobre a existência ou não de posse indígena - e, por conseguinte, sobre a caracterização ou não do domínio federal - há de remontar, inevitavelmente, ao ano de 1934, quando o constituinte retirou, do domínio das unidades federadas, as áreas ocupadas em caráter permanente pelas indígenas.



1034

Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Do que ficou assente, pode-se concluir, de forma precisa e escorreita, que:

a) as terras indígenas não integravam o patrimônio estadual mesmo na vigência da Constituição de 1891;

b) a teor do disposto no art. 129, da Constituição de 1934 (e, posteriormente, no art. 154, da Carta de 1937, e no art. 216, da Constituição de 1946), a propriedade da União sobre as terras ocupadas pelos silvícolas constitui expressão do ato-fato relativo à posse;

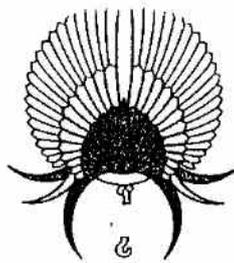
c) embora a demarcação das terras indígenas tenha resultado, eventualmente, de uma lei estadual, não se reconhece à unidade federada o poder de reduzir a área, que, na época da promulgação da Constituição, era ocupada pelos índios como seu ambiente ecológico;

d) os atos legislativos estaduais que estabeleceram os limites das áreas ocupadas pelos indígenas, bem como as transcrições no Registro Imobiliário, têm, portanto, caráter meramente declaratório, uma vez que o domínio aqui é mera expressão da posse permanente;

e) o reconhecimento da situação dominial, de forma reduzida, não obsta a que se postule ou a que se proceda à sua ampliação, pelas vias legais;

f) os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição de 1934 foram atingidos pela chamada nulidade superveniente, que decorre da regre expressa no seu art. 129;

g) as terras ocupadas pelos silvícolas que, sob o regime da Constituição de 1891, integravam o patrimônio coletivo indígena, passaram, com a promulgação da Carta de 1934, em caráter irreversível,



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



1035
Ulmeira
P. R. A.

para o domínio da União (Cfr. Decreto nº 736/36, art. 3º, alínea "a");

h) a concessão de títulos dominiais em terras ocupadas pelos indígenas após o advento da Constituição de 1934 é irrita, de nenhum efeito;

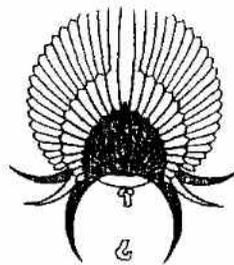
i) a expulsão, o homicídio ou genocídio de silvícolas não tem o condão de convalidar os títulos originariamente nulos, concedidos a partir de 16 de julho de 1934;

j) assim, em caso de desafetação ou desdestinação das terras de domínio federal anteriormente ocupadas pelos silvícolas, inevitável se afigura a reversão ao domínio pleno da União;

k) toda e qualquer discussão sobre a existência ou não de posse indígena - e, por conseguinte, sobre a caracterização ou não de domínio federal - há de remontar, inevitavelmente, aos idos de 1934, quando o constituinte houve por bem consagrar o domínio da União sobre as terras de ocupação indígena.

VII - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O TRATAMENTO DADO AS TERRAS INDÍGENAS

A Constituição de 1988 revela um grande esforço do Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. Nesse sentido é a lição do ilustre Prof. José Afonso da Silva, em sua obra "Curso de Direitos Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 9ª Edição Revista, 4ª Tiragem, páginas 726 a 728, in verbis:



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



"3. Direitos sobre as terras indígenas

A questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas. Foi, a disputa dessas terras e de sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil. Por isso mesmo, foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. Da Constituição se extrai que, sobre às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os direitos de propriedade e os direitos de usufruto, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas.

Declara-se, em primeiro lugar, que essas terras são bens da União (art. 20, XI). A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis e, os direitos sobre elas, imprescritíveis.

São terras da União vinculadas ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas, reconhecidos pela Constituição como direitos originários (art. 231), que, assim, consagra uma relação jurídica

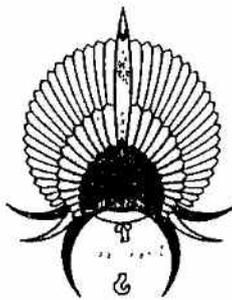


148
1037
UWA

Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, parágrafo 2º, quando estatui que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Disto também é que deriva o princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras, previsto no parágrafo 5º do art. 231, só admitida a remoção ad referendum do Congresso Nacional e apenas em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. Dalí igualmente provêm as limitações a respeito de mineração nessas terras (infra) e a invalidade de atos contrários à efetividade dos direitos indígenas sobre elas.

De fato, consoante dispõe o art. 231, parágrafo 6º, são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. A exceção final, quanto às benfeitorias, não autoriza ações e pedido de indenização contra os índios, pois não são acionáveis, mas apenas contra a União a que cabe velar e impedir a prática de atos atentatórios aos direitos dos índios.



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

SECRETARIA DA JUSTIÇA FEDERAL
149
1038
Ulbruna
11/11

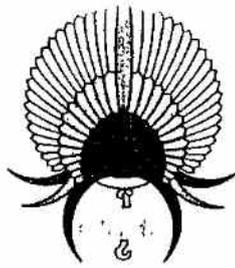
sobre as terras por eles ocupadas, que são bens dela.

4. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

São bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, XI). São reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231). As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente... (art. 231, parágrafo 1º). Essa reiteração constitucional requer conceituação que defina as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A base do conceito acha-se no art. 231, parágrafo 1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: 1ª) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2ª) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3ª) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4ª) serem necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles.

Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA



ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual é que emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas.

Nem tradicionalmente nem posse permanente são empregados em função de usucapião imemorial em favor dos índios, como eventual título substantivo que prevaleça sobre títulos anteriores. Primeiro, porque não há títulos anteriores a seus direitos originários. Segundo, porque usucapião é modo de aquisição da propriedade e esta não se imputa aos índios, mas à União a outro título. Terceiro, porque os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o indigenato (infra).

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições."



Fundação Nacional do Índio
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

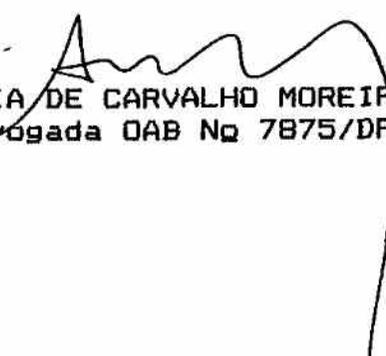


Ex positis, requer a V.Exa. se digne julgar improcedente a presente ação condenando os autores, em consequência, no pagamento dos honorários de advogados, custas processuais e demais cominações legais.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela oitiva de testemunhas, realização de perícia histórico-antropológica, vistoria etc.

Brasília, de julho de 1995.

GERARDO WILAMES FONSECA E SILVA
OAB N^o A-738/DF


ANA MARIA DE CARVALHO MOREIRA
Advogada OAB N^o 7875/DF