

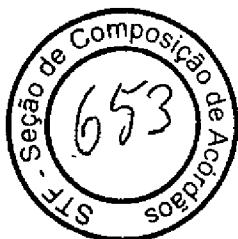
19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE. (S)	: AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV. (A/S)	: ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
ASSIST. (S)	: FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADV. (A/S)	: ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS
ASSIST. (S)	: ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
ASSIST. (S)	: LAWRENCE MANLY HARTE
ASSIST. (S)	: OLGA SILVA FORTES
ASSIST. (S)	: RAIMUNDO DE JESUS CARDOSO SOBRINHO
ASSIST. (S)	: IVALCIR CENTENARO
ASSIST. (S)	: NELSON MASSAMI ITIKAWA
ASSIST. (S)	: GENOR LUIZ FACCIO
ASSIST. (S)	: LUIZ AFONSO FACCIO
ASSIST. (S)	: PAULO CEZAR JUSTO QUARTIERO
ASSIST. (S)	: ITIKAWA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
ASSIST. (S)	: ADOLFO ESBELL
ASSIST. (S)	: DOMÍCIO DE SOUZA CRUZ
ASSIST. (S)	: ERNESTO FRANCISCO HART
ASSIST. (S)	: JAQUELINE MAGALHÃES LIMA
ASSIST. (S)	: ESPÓLIO DE JOAQUIM RIBEIRO PERES
ADV. (A/S)	: LUIZ VALDEMAR ALBRECHT
REQDO. (A/S)	: UNIÃO
ADV. (A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ASSIST. (S)	: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA BARRO
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA MATURUCA
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA JAWARI
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA TAMANDUÁ
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA JACAREZINHO
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA MANALAI
ADV. (A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARÃES

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO



Pet 3.388 / RR

MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

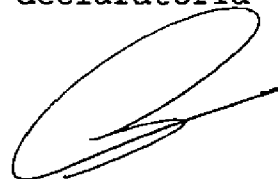
2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR.
2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de



Pet 3.388 / RR

interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público.

3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nºs 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-

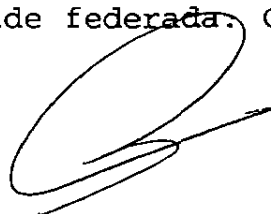


Pet 3.388 / RR

executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto *interétnica* quanto *intra-étnica*. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhue qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada

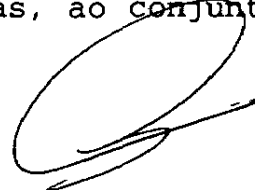


Pet 3.388 / RR

etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS "POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à



Pet 3.388 / RR

sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatutura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e

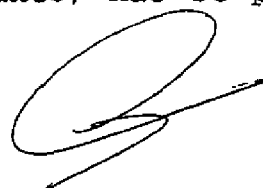


Pet 3.388 / RR

cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

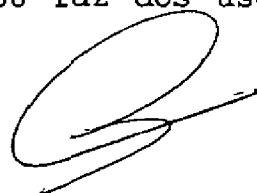
10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas *tirar proveito* delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. **O marco temporal de ocupação.** A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. **O marco da tradicionalidade da ocupação.** É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao



Pet 3.388 / RR

tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. **O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional.** Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. **O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade".** A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e



Pet 3.388 / RR

tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).

13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU

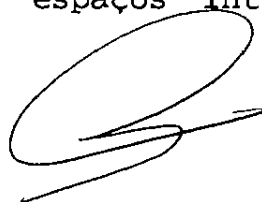


Pet 3.388 / RR

DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo *intraétnico* que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma *condivisão* empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras *interétnicas*. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação *intraétnica*, menos ainda de espaços intervalados para

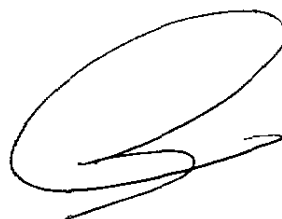


Pet 3.388 / RR

legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.

18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.



Pet 3.388 / RRA C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em:

I) preliminarmente, por unanimidade de votos, resolver questão de ordem, proposta pelo Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamandua, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, todos na posição de assistentes da União, recebendo o processo no estado em que se encontra. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, em 27.08.2008;

II) por maioria de votos, julgar a ação parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação



Pet 3.388 / RR

popular inteiramente procedente. Declarada, então, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmada a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, sob as seguintes salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas: **a)** o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF); **b)** o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; **c)** o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; **d)** o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; **e)** o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI); **f)** a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; **g)** o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos



Pet 3.388 / RR

públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; **h)** o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; **i)** o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; **j)** o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **l)** admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; **m)** o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; **n)** a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; **o)** as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); **p)** é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta



Pet 3.388 / RR

de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); **q)** as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; **r)** é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; **s)** os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); **t)** é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto à alínea "r", a Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Carlos Ayres Britto, relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação deste acórdão, confiando sua supervisão ao Relator do feito, Ministro Carlos Ayres Britto, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com o seu Presidente, Desembargador Jirair Aram Meguerian. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que votou no processo.

Brasília, 19 de março de 2009.


CARLOS AYRES BRITTO

-

RELATOR

27/08/2008

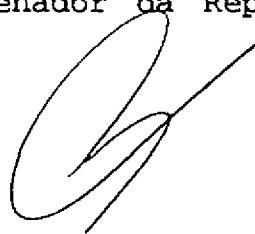
TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE. (S)	: AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV. (A/S)	: ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
ASSIST. (S)	: FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADV. (A/S)	: ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS
ASSIST. (S)	: ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
ASSIST. (S)	: LAWRENCE MANLY HARTE
ASSIST. (S)	: OLGA SILVA FORTES
ASSIST. (S)	: RAIMUNDO DE JESUS CARDOSO SOBRINHO
ASSIST. (S)	: IVALCIR CENTENARO
ASSIST. (S)	: NELSON MASSAMI ITIKAWA
ASSIST. (S)	: GENOR LUIZ FACCIO
ASSIST. (S)	: LUIZ AFONSO FACCIO
ASSIST. (S)	: PAULO CEZAR JUSTO QUARTIERO
ASSIST. (S)	: ITIKAWA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
ASSIST. (S)	: ADOLFO ESBELL
ASSIST. (S)	: DOMÍCIO DE SOUZA CRUZ
ASSIST. (S)	: ERNESTO FRANCISCO HART
ASSIST. (S)	: JAQUELINE MAGALHÃES LIMA
ASSIST. (S)	: ESPÓLIO DE JOAQUIM RIBEIRO PERES
ADV. (A/S)	: LUIZ VALDEMAR ALBRECHT
REQDO. (A/S)	: UNIÃO
ADV. (A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ASSIST. (S)	: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA BARRO
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA MATURUCA
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA JAWARI
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA TAMANDUÁ
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA JACAREZINHO
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA MANALAI
ADV. (A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARÃES

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - (Relator)**

Trata-se de ação popular contra a União, ajuizada em 20 de maio de 2005. Ação da autoria do senador da República Augusto

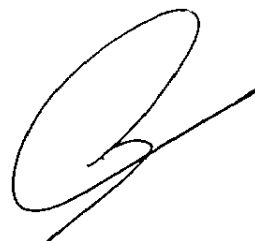


Pet 3.388 / RR

Affonso Botelho Neto, portador do título eleitoral de nº 5019026-58. Assistido ele, autor popular, pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, identificado pelo título de eleitor de nº 1892226-74 (fls. 287/290).

2. De pronto, esclareço que o processo contém 51 (cinquenta e um) volumes, sendo que a inicial impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Daí o pedido de suspensão liminar dos efeitos da Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15.04.2005, este do Presidente da República. **No mérito, o que se pede é a declaração de nulidade da mesma portaria.**

3. Para atingir seu objetivo, o autor popular junta cópia de um laudo pericial já constante de uma outra ação popular, ajuizada perante a Justiça Federal de Roraima. Refiro-me ao Processo nº 1999.42.00.000014-7, extinto sem apreciação do mérito, por efeito do julgamento da Reclamação 2.833. Como faz a juntada, por aditamento à petição inicial, de cópia do "Relatório parcial da Comissão Temporária Externa do Senado Federal sobre demarcações de terras indígenas". Relatório elaborado em 2004.



Pet 3.388 / RR

4. É assim baseado nesses documentos que o requerente sustenta que a portaria em tela mantém os vícios daquela que a antecedeu (a de nº 820/98). Vícios que remontam ao processo administrativo de demarcação, que não teria respeitado as normas dos Decretos nºs 22/91 e 1.775/96. Alega, nesse ponto, que não foram ouvidas todas as pessoas e entidades afetadas pela controvérsia, e que o laudo antropológico sobre a área em questão foi assinado por apenas um profissional (Dra. Maria Guiomar Melo), o que seria prova de uma presumida parcialidade. Tese que é robustecida com a alegação de fraudes e insuficiências múltiplas nos trabalhos que redundaram na demarcação em causa.

5. A título de novo reforço argumentativo, foi argüido que a reserva em área contínua traria consequências desastrosas para o Estado roraimense, sob os aspectos comercial, econômico e social. Quanto aos interesses do País, haveria comprometimento da segurança e da soberania nacionais. Tudo a prejudicar legítimos interesses dos "não-índios", pessoas que habitam a região há muitos anos, tornando-a produtiva no curso de muitas gerações.

6. Por último, argumenta o autor que haveria desequilíbrio no concerto federativo, visto que a área demarcada, ao passar para o domínio da União, mutilaria parte significativa do



Pet 3.388 / RR

território do Estado. Sobremais, ofenderia o princípio da razoabilidade, ao privilegiar a tutela do índio em detrimento, por exemplo, da livre iniciativa.

7. Prossigo nesse reavivar dos fatos para dizer que a ação foi proposta neste Supremo Tribunal Federal por motivo do julgamento proferido na Reclamação 2.833. Ocasão em que ficou decidido competir "a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena" (Raposa Serra do Sol).

8. Dito isso, averbo que indeferi a liminar. Decisão que foi confirmada no julgamento do subsequente agravo regimental.

9. Na seqüência, a União apresentou sua defesa (fls. 309/328, Volume 2), rebatendo - um a um - os fundamentos articulados na inicial. Antes, porém, a ré fez um levantamento histórico da ocupação indígena em toda a região, paralelamente à evolução legislativa sobre o assunto, desde o Brasil-colônia.

10. Para além de tudo isso, a contestante, dizendo-se respaldada pelo art. 231 e parágrafos da Carta Magna, arrematou o seu raciocínio com o juízo de que "não é o procedimento demarcatório



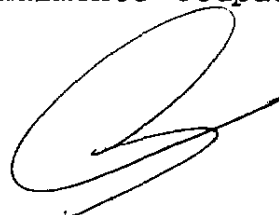
Pet 3.388 / RR

que cria uma posse imemorial, um **habitat** indígena, mas somente delimita a área indígena de ocupação tradicional, por inafastáveis mandamentos constitucionais e legais". Donde o seguinte acréscimo de idéias: a) não há lesão ao patrimônio público; b) o autor não comprovou a ocorrência dos vícios apontados na inicial; c) a diferença de 68.664 hectares, detectada entre a área da Portaria nº 820/98 e a da Portaria nº 534/2005, "é perfeitamente comum e previsível nas demarcações".

11. Anoto, agora, que as partes não requereram outras provas (fls. 361/362) e somente a União ofereceu razões finais de fls. 368/387.

12. Ato contínuo, o processo foi remetido à Procuradoria-Geral da República, de cuja análise retornou em 28.04.2008 e com parecer pela improcedência da ação (fls. 390/406). Parecer cujos fundamentos estão sintetizados na seguinte ementa:

"Petição. Ação Popular. Ato de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e respectiva homologação. Delineamento do modelo constitucional atual em relação aos índios. Necessidade de demarcação das áreas tradicionalmente ocupadas pelas



Pet 3.388 / RR

comunidades indígenas, como a de que tratam os autos, para a preservação de sua tradição e cultura. Distinção entre o conceito de posse indígena e aquela do Direito Civil. Legitimidade do procedimento administrativo de que decorreram os autos questionados, regido por decreto específico. Estudo antropológico realizado por profissional habilitado para tanto. Respeito ao contraditório e à ampla defesa. Risco à soberania nacional que, se existente não possui imediata implicação com o modelo de respeito ao direito de posse dos indígenas, no que diz com o elemento geográfico, havendo de ser avaliado e, se for o caso, eliminado por mecanismos outros de proteção. Abalo à autonomia do Estado de Roraima elidida pelo caráter originário e anterior do direito dos indígenas. Processo natural em território que sempre contou com a presença de numerosos grupos indígenas. Parecer pela improcedência do pleito."

13. Acresce que, **somente em 05.05.2008, quando já encerrada a instrução do processo, compareceu a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para requerer "seu ingresso no feito na qualidade de juridicamente interessada"** (petição nº 62.154). Para o que anexou,

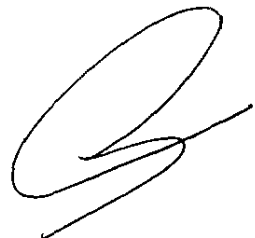


Pet 3.388 / RR

por meio da petição nº 66.162, cópias de numerosos documentos (processos administrativos, fotografias, mapas e relatórios), pugnando, em nada menos que 35 (trinta e cinco) laudas, pela improcedência do pedido inicial. Oportunidade em que perfilhou o entendimento da União, revitalizando-lhe os fundamentos. No conjunto, os documentos apresentados pela FUNAI compuseram os volumes de nºs 2 a 19, fls. 412/4.939 e 4.942/5.136.

14. **Dois dias depois (07.05.2008), foi a vez de o Estado de Roraima fazer idêntico movimento, na outra ponta do processo** (petição nº 64.182). Pelo que, ao cabo de 120 (cento e vinte) laudas de minuciosa exposição e escorado em abundantes cópias de documentos, aquela unidade federativa também requereu "seu ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência de litisconsórcio necessário..., possibilitando, assim, a defesa de seu patrimônio" (fls. 5.138/9.063, Volumes 20/36). Defesa que animou o peticionário a fazer um retrospecto de todos os atos e episódios que confluíram para a demarcação, **de forma contínua**, da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Tudo a compor um processo administrativo que estaria crivado de nulidades formais e materiais, já apontadas na inicial.

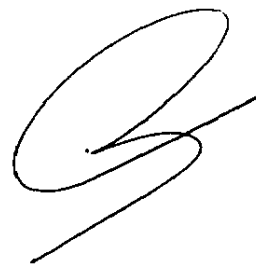
15. Não é só. O Estado roraimense houve por bem agregar novos fundamentos à causa do autor popular e seu assistente, assim



Pet 3.388 / RR

resumidos: **a)** inconstitucionalidade do Decreto nº 22/91; **b)** nulidade da ampliação da área indígena, cuja demarcação demandaria feitura de lei; **c)** impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais; **d)** ofensa ao princípio da proporcionalidade; **e)** necessidade de audiência do Conselho de Defesa Nacional; **f)** impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por meio de simples decreto presidencial.

16. Nessa mesma toada de intermináveis dissensos é que foram assestados novos pedidos, aplicáveis a "qualquer demarcação de terras indígenas", a saber: **a)** adoção da forma descontínua, ou "em ilhas"; **b)** exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; **c)** exclusão da área de 150Km, referente à faixa de fronteira; **d)** exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988; **e)** exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Cotingo e do Parque Nacional de Monte Roraima. Imprescindível anotar que tais postulações fazem parte das causas de pedir do autor, a exigir uma única solução jurídica: a nulidade da portaria do Ministério da Justiça.

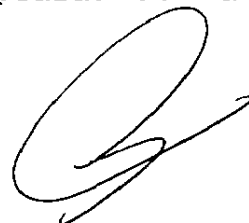


Pet 3.388 / RR

17. Por último, o Estado requereu a expedição de ordem à União para que ela se abstinhasse "de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc."

18. Passo a averbar que, nos dias 13, 14 e 16 do mês de maio do fluente ano, também acorreram ao processo Lawrence Manly Harte e outros (petição nº 67.733), a Comunidade Indígena Barro e outras (petição nº 68.192) e, bem assim, a Comunidade Indígena Socó (petição nº 70.151). Os primeiros, com a finalidade de integrar o pólo ativo da ação (fls. 9.607/9.730, volumes 38/39). Já as comunidades indígenas, o que elas pretendem é se colocar no pólo passivo da demanda (fls. 9.066/9.604, volumes 36/38 e fls. 9.732/9.769, volume 39). Todos eles, requerentes, louvados em fundamentos que, de uma forma ou de outra, já constavam dos autos.

19. Seja como for, o certo é que, no tocante a esses novos pedidos de ingresso no feito, determinei abertura de vista às partes originárias do processo, sobrevivendo o pronunciamento apenas da União (fls. 9.783/9.971, volume 39). Pronunciamento no sentido de admitir o ingresso da FUNAI e das comunidades indígenas há pouco referidas, nada dizendo, contudo, sobre o pedido de Lawrence Manly Harte e outros.



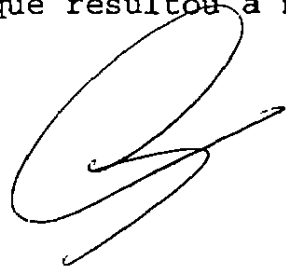
Pet 3.388 / RR

20. Já no que toca ao requerimento do Estado de Roraima, a União entende que ele é de ser desentranhado dos autos, juntamente com os respectivos documentos, por veicular pedidos e causas de pedir não oportunamente submetidos ao contraditório, o que significa descabida inovação da lide. Haveria, portanto, a *"impossibilidade do ingresso do Estado ao processo como litisconsorte ativo necessário"*. Mesmo porque, se isso acontecesse, o feito teria de voltar à *"estaca zero"*, com a abertura de novo prazo para defesa.

21. Quando muito - já num segundo momento -, a União assente com a admissão do Estado de Roraima, contanto que *"na condição de assistente litisconsorcial, recebendo o processo na fase em que se encontra, não mais podendo formular novos pedidos ou juntar documentos, tudo em respeito ao princípio da eventualidade e sob pena, repita-se, de nulidade do processo."*

22. Como ponto de arremate, a União repisa os fundamentos que aportou em sua contestação e razões finais.

23. Registro, agora, que, nos termos do art. 232 da Constituição Federal, abri vista ao Ministério Público Federal de todos os pedidos de ingresso na lide. Do que resultou a manifestação

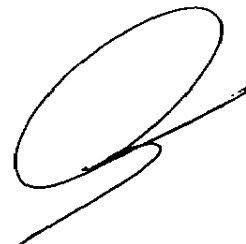


Pet 3.388 / RR

de fls. 9.975/9.977 (Volume 39), **no sentido de acatar os fundamentos dos requerentes e, conseqüentemente, reconhecer seu interesse jurídico no desfecho da causa.**

24. Muito bem. Sob esse dilargado histórico dos autos, o que se tem como derradeira constatação é o surgimento de múltiplas questões processuais **quando já encerrada a instrução do feito.** Refiro-me aos pedidos de ingresso na lide, formalizados a partir de 05.05.2008. Data em que já se encontrava suficientemente *maduro* o processo para julgamento por este Plenário, o que me levou a considerar como temerária a atuação solitária do relator para decidir sobre tantos e tão subitâneos pedidos. Decisão solitária que, seguramente, ensejaria a interposição de recurso pelas partes que se sentissem prejudicadas, de modo a retardar, ainda mais, uma definitiva prestação jurisdicional em causa de grande envergadura constitucional e sabidamente urgente. Por isso que, antes mesmo da apreciação do mérito da ação, encaminho ao Plenário, **em questão de ordem**, o exame de todo esse entrecruzar de pedidos de ingresso no feito. Exame que servirá, além do mais, para a definição daqueles atores que poderão fazer sustentação oral.

É o relatório.



27/08/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**V O T O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - (Relator)**

36. Resolvida a questão de ordem, imperioso é confirmar a incomum relevância político-social desta causa, toda ela a suscitar investigações teóricas e apreciações empíricas da mais forte compleição constitucional. Por isso que principio por remarcar o seguinte: a competência originária desta Suprema Corte para o caso vertente foi reconhecida quando do julgamento da Reclamação 2.833. Ocasão em que ficou assentada a natureza federativa do conflito entre partes, de modo a deflagrar a incidência da alínea *f* do inciso I do art. 102 da Constituição Federal.

37. Isto remarcado, o que se me impõe é ajuizar que a demarcação de qualquer terra indígena se faz no bojo de um processo administrativo que tem suas fases disciplinadas a partir da Constituição e passando tanto pela Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) quanto pelo Decreto nº 1.775/96, que alterou o Decreto nº 22/91. Fases processuais que assim se desdobram: a) identificação e delimitação antropológica da área; b) declaração da posse



Pet 3.388 / RR

permanente, por meio de portaria do Ministro de Estado da Justiça; c) demarcação propriamente dita; ou seja, assentamento físico dos limites, com a utilização dos pertinentes marcos geodésicos e placas sinalizadoras; d) homologação mediante decreto do Presidente da República; e) registro, a ser realizado no Cartório de Imóveis da comarca de situação das terras indígenas e na Secretaria do Patrimônio da União.

38. Feita essa tomada de cena procedimental, afunilo o retrospecto da causa para a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Isto para anotar que o primeiro documento merecedor de observação é a Portaria nº 820, de 11.12.98, do Ministro de Estado da Justiça. Deram-lhe suporte o Despacho nº 009/93, do Presidente da FUNAI, bem como o Despacho nº 50/98, do mesmo órgão ministerial, **que julgou improcedentes todas as contestações opostas à identificação e à delimitação da área sob comento, então com superfície aproximada de 1.678.800 hectares.**

39. Sete anos depois, foi publicada a Portaria nº 534/2005, que ratificou, com ressalvas, a de nº 820/98. **Agora com a superfície fixada em 1.743.089 hectares**, a abranger os municípios de **Normandia, Pacaraima e Uiramutã**. Tal declaração de posse permanente favorece as etnias indígenas **Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang** e



Pet 3.388 / RR

Wapixana, e alcança, ao norte, o marco "localizado sobre o Monte Roraima, na trijunção das fronteiras Brasil/Venezuela/Guiana". Portaria que, dado seu conteúdo, corretamente afasta o conhecimento da ação quanto a questões que já não antagonizam as causas de pedir dos acionantes e os termos do ato editado pelo Ministro da Justiça. Refiro-me à pretensão autoral de excluir da área demarcada o 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), o núcleo urbano da sede do Município de Uiramutã (a sede do município de Normandia já estava do lado de fora da demarcação desde a portaria nº 820/98), os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, mais as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais que também existem nos dias presentes. Como tais pretensões já se encontram atendidas, não conheço do pedido, no ponto. É como dizer: sinto-me desobrigado de entrar na discussão sobre a possibilidade de um decreto federal extinguir Municípios, pois o fato é que nenhum deles foi extinto por ato do Presidente da República. Sem falar que o ato em si de demarcação de terras indígenas não significa varrer do mapa qualquer unidade municipal, já que não se pode confundir (veremos isso) titularidade de bens com senhorio de um território político. Ademais, é de todo natural que o município de Uiramutã seja ocupado por índios em quase sua totalidade, porquanto, ali, mesmo no censo anterior à reclamada extrusão, os índios somavam 90% da população

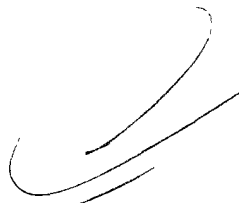


Pet 3.388 / RR

local. E quanto à sede do município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", nada tendo a ver, portanto, com a presente demanda.

40. Avanço ainda um tanto na elucidação do feito para assentar que, pelo art. 3º da Portaria nº 534/2005, a terra indígena, *"situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, § 2º, da Constituição"*. Ela se estende por uma área *"considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei"*. Peculiaridade cujo exame retomarei mais à frente, já em condições de me aprofundar pelos domínios do Direito Constitucional, no tema.

41. Por ora, o que me parece de todo recomendável é *passar em revista* os precedentes deste nosso STF em matéria de demarcação de terra indígena. Sendo certo que, neste ponto, *minha lente de observação* também se movimenta do geral para o particular. Quero dizer: após resgatar alguns julgados sobre casos similares, farei remissão à ADI 1.512 e ao MS 25.483, que, em certa medida, trataram especificamente da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Após o que, afastados os questionamentos periféricos, terei o ensejo de submeter as matérias de fundo àquilo que se me afigurar como



Pet 3.388 / RR

coordenadas genuinamente constitucionais de irrecusável aplicabilidade.

42. Esta a razão pela qual inicio com a invocação do RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello, que dizia respeito à Comunidade Indígena de Jaguapiré, do Mato Grosso do Sul. Já nesse precedente, de 10.12.96, ficou assentado que *"a disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil."* Reconheceu-se, ainda, que a demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República é *"ato estatal que se reveste da presunção **juris tantum** de legitimidade e de veracidade"*.

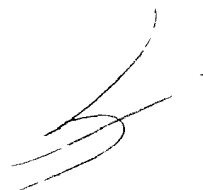
43. Bem mais tarde, mais exatamente em 28.04.2005, ao julgar o MS 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal consignou que, *"ao estabelecer procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/1996 não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa"*. Tal mandado de segurança referia-se às terras indígenas da Tribo Xucuru, em Pernambuco.



Pet 3.388 / RR

44. Fechando ainda mais o ângulo visual da pesquisa sobre os nossos julgados internos, deparo-me com o caso mais emblemático de todos, porque inaugural da discussão sobre a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol e antecipador das controvérsias que adviriam da respectiva demarcação. Refiro-me à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.512, da relatoria do ministro Maurício Corrêa, **por meio da qual o Procurador-Geral da República impugnou as leis nºs 96 e 98, do Estado de Roraima, ambas de 1995, que instituíram os Municípios de Pacaraima e Uiramutã.** A impugnação ficou adstrita à parte em que se determinou que as sedes dos Municípios então criados seriam instaladas nas vilas com os mesmos nomes. Vilas localizadas, respectivamente, na terra indígena São Marcos e na Raposa Serra do Sol.

45. Certo que a mencionada ADI não foi conhecida pelo Tribunal, **em função da impropriedade do processo objetivo para a solução da lide,** que exigia "a apuração de um estado de fato concreto e contraditório." Entretanto, esse julgamento teve a grande virtude de levantar os antecedentes antropológicos que bem ilustram a história da região, evidenciando o trabalho desenvolvido por **Joaquim Nabuco**, nos idos de 1903 a 1904, e pelo **Marechal Cândido Rondon**, no ano de 1927, na defesa das fronteiras brasileiras e no estudo dos povos indígenas.



Pet 3.388 / RR

46. Registre-se, agora, que o eminente relator, no seu minucioso voto, retrocedeu aos idos de 1768 para retratar os fatos relacionados com a ocupação das áreas do atual Estado de Roraima, concluindo que é muito antigo o debate em torno da forma de demarcação da citada reserva: se contínua, ou insular. No ponto, entendo que a preocupação do Ministro Maurício Corrêa com a inevitabilidade de um "grande contencioso" para deslindar o caso guarda conformidade com os receios que vocalizei ao relatar o MS 25.483, afinal denegado, na parte em que foi conhecido.

47. Pronto! Aplainado o terreno para o enfrentamento das questões propriamente jurídicas da causa, passo ao núcleo do meu voto. O que faço pela nominação de tópicos ou segmentos temáticos, para um mais facilitado acompanhamento da incursão que passo a empreender pelos domínios cognitivos da Constituição Federal. Viagem em demanda de um conhecimento que para se desprender limpidamente do Magno Texto Federal reclama do intérprete/aplicador o descarte de formas mentais aprioristicamente concebidas. Uma decidida postura de auto-imposição de *carga ao mar* com tudo que signifique pré-compreensão intelectual de um tema - esse da área indígena Raposa Serra do Sol - sobre o qual profundamente divergem cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas,



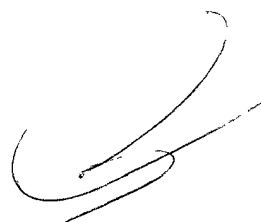
Pet 3.388 / RR

oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG's e igrejas. Razão de sobra para que busquemos na própria Constituição, e com o máximo de objetividade que nos for possível, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena em nosso País.

Os índios como tema de matriz constitucional

48. Pois bem, com este declarado propósito investigativo, devo ajuizar que os índios brasileiros têm na Constituição Federal de 1988 uma copiosa referência. Referência tão copiosa quanto qualificada, ajunte-se, a ponto de se traduzir na abertura de todo um capítulo constitucional exclusivamente para eles, **sob o mais decidido intuito de favorecê-los**. Cuida-se do "Capítulo VIII" do título também de nº VIII, dedicado este à "Ordem Social".

49. O capítulo em causa é denominado, por direta enunciação vernacular, **"Dos Índios"**. Vai do art. 231 ao 232, o primeiro deles a se decompor em sete (7) parágrafos. Logo, estamos a lidar com um bloco normativo-constitucional que abarca nada menos que nove (9) dispositivos ou preceitos. Confira-se:



Pet 3.388 / RR

"Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - 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.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.



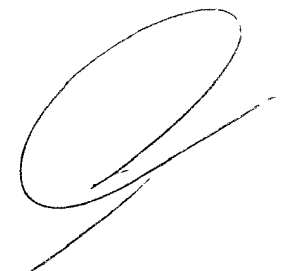
Pet 3.388 / RR

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, 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.

§ 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.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

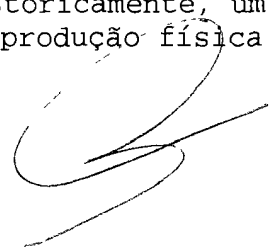


Pet 3.388 / RR

*Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo"*¹.

50. De parrelha com esses 9 (nove) centrados dispositivos, a Constituição aporta outros 9 (nove) comandos esparsos sobre o mesmo tema dos índios brasileiros, como teremos o ensejo de identificar e sobre todos eles discorrer ao longo do presente voto. Comandos esparsos que ora excepcionam, ora complementam o focado capítulo de nº VIII, como também demonstraremos no curso desta nossa empreitada de interpretação/aplicação de Direito Constitucional. Tudo a exigir, portanto, compreensão rigorosamente sistêmica ou contextual da nossa Lei Republicana sobre o tema de que nos ocupamos.

¹ Eis o que dizem os §§ 3º e 4º do art. 174 da Constituição acerca das atividades de garimpo, **proibidas em terras indígenas**: "O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros"; "As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei". Quanto ao motivo em si da proibição do garimpo em terras indígenas, é por se tratar, inicialmente, de atividade significativamente degradante do meio ambiente, sobretudo pelo despejo de mercúrio em águas correntes. Sobremais, o convívio com os garimpeiros tem acarretado para os índios, historicamente, um sem número de vícios e doenças extremamente danosos à sua reprodução física e cultural.



Pet 3.388 / RR**O significado do substantivo "índios"**

51. Diga-se em continuidade que o substantivo plural "índios" foi recolhido pela Constituição com o mesmo sentido que a palavra tem em nossa linguagem coloquial. Logo, o termo traduz o coletivo de índio, assim entendido o "Indígena da América" (Enciclopédia e Dicionário Koogan e Houaiss da língua portuguesa, Edições Delta, 1994). Saltando à evidência que indígena da América não pode ser senão o "nativo", o "aborígene", o "autóctone", na acepção de primitivo habitante desse ou daquele País americano. Isso por diferenciação com os principais contingentes humanos advindos de outros países ou continentes, ora para atuar como agentes colonizadores, ora para servir de mão-de-obra escrava, como, no caso do Brasil, os portugueses e os africanos, respectivamente.

52. Acrescente-se que, versado assim por modo invariavelmente plural, o substantivo "índios" é usado **para exprimir a diferenciação dos nossos aborígenes por numerosas etnias.** Compreendendo-se por etnia todo "Grupamento humano homogêneo quanto aos caracteres lingüísticos, somáticos e culturais" (conforme Dicionário Escolar da Língua Portuguesa, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, ano de 1983). No caso brasileiro, etnias aborígenes que se estruturam, geograficamente, sob a forma de



Pet 3.388 / RR

aldeias e, mais abrangentemente, vilarejos. Aldeias e vilarejos em cujo interior se constroem suas habitações (por vezes chamadas de "ocas") e se relacionam tribos, comunidades, populações. Não sendo por outra razão que o art. 231 fala de "línguas" indígenas" (esse primeiro traço de identidade de cada etnia) e o art. 232 saca de expressões como "os índios e suas comunidades e organizações". Isso de parelha com o fraseado "ouvidas as comunidades afetadas", constante do § 3º do art. 231, revelador do propósito constitucional de retratar uma diversidade aborígene que antes de ser *interétnica* é, sobretudo, *intraétnica*.

Os índios como parte essencial da realidade política e cultural brasileira

53. É cada qual dessas etnias indígenas e suas particularizadas formas de organização social que se põem como alvo dos citados arts. 231 a 232, sem prejuízo da idéia central de que todas elas reunidas compõem um segmento ainda maior; um verdadeiro macro-conjunto populacional-aborígene que se vem somar àqueles constitutivos dos afro-descendentes e dos egressos de outros países ou continentes (a Europa portuguesa à frente). Dando-se que todos esses grandes conjuntos ou grupos humanos maiores **são formadores de uma só realidade política e cultural: a realidade da nação**



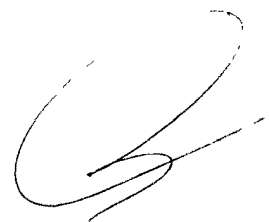
Pet 3.388 / RR

brasileira. Entendida por nação brasileira essa espécie de linha imaginária que ata o presente, o passado e o futuro do nosso povo. É dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã, **a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra.** É o que se infere dos seguintes dizeres constitucionais:

I - "O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional" (§ 1º do art. 215);

II - "A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes grupos étnicos nacionais" (§ 2º do art. 215);

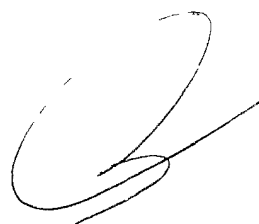
III - "Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)" (art. 216, cabeça);



Pet 3.388 / RR

IV - "O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro" (§ 1º do art. 242).

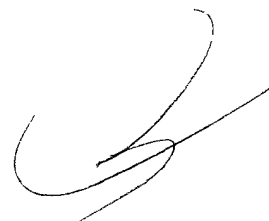
54. Esses e outros dispositivos constitucionais, adiante indicados, são as âncoras normativas de que nos valem para adjetivar de **brasileiros** os índios a que se reportam os arts. 231 e 232 da Constituição. Não índios **estrangeiros**, "residentes no País", porque para todo e qualquer estrangeiro residente no Brasil já existe a genérica proteção da cabeça do art. 5º da nossa Lei Maior ("Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)"). Assumindo tal qualificação de pessoas naturais brasileiras, ressalte-se, decisivas consequências hermenêuticas para a compreensão do tema da demarcação das terras indígenas, pois as "organizações", "comunidades" e "populações" a que se refere o inciso V do art. 129 da Magna Carta Federal são constituídas de coletividades humanas genuinamente nacionais, todas alocadas em solo pátrio.



Pet 3.388 / RR**As terras indígenas como parte essencial do território brasileiro**

55. Deveras, todas "as terras indígenas" versadas pela nossa Constituição fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. Não o Direito emanado de um outro Estado soberano, tampouco o de qualquer organismo internacional, **a não ser mediante convenção ou tratado que tenha por fundamento de validade a Constituição brasileira de 1988.**

56. Mais claramente falando, cada terra indígena de que trata a Constituição brasileira está necessariamente encravada no território nacional. **Todas elas são um bem ou propriedade física da União**, conforme os seguintes dizeres constitucionais: "Art. 20. São bens da União: (...) XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios". E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, submetem-se unicamente ao primeiro dos princípios regentes das nossas relações internacionais: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). Sendo que, entre nós, a figura jurídica da soberania nacional se manifesta:



Pet 3.388 / RR

I - no plano territorial interno, pelo esquema federativo da divisão do poder de governar e de criar primariamente o Direito entre as ordens jurídicas da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios (*caput* do art. 1º, combinadamente com a cabeça do art. 18 da Constituição, a saber: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)" ; "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (...)" ;

II - no plano territorial externo, **pela exclusiva representação jurídica da União**, de acordo com a seguinte dicção constitucional: "Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais". Dando-se que tal representação **é de se formalizar por atos que tenham por suporte de validade a própria Constituição brasileira**, a partir das seguintes e categóricas normações: "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional"; "Art. 84. Compete



Pet 3.388 / RR

privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

57. Assente, pois, que terras indígenas se inscrevem entre os bens da União, e, nessa medida, **são constitutivas de um patrimônio cuja titularidade não é partilhada com nenhum outro sujeito jurídico, seja de direito público interno, seja de direito público externo**, nem por isso os índios nelas permanentemente situados deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam. Como sucede, aliás, com toda população radicada no território brasileiro, a entretecer com a União e os nossos Estados e Municípios (além do Distrito Federal, conforme o caso) relações jurídicas tanto de proteção como de controle, notadamente nos setores da saúde, educação, meio ambiente e segurança pública, aqui embutidas as atividades de defesa civil.

58. Afirme-se, porém, que nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de pessoa político-geográfica. Isto a partir da singela, mas robusta proposição de que o regramento constitucional-topográfico de todas elas se deu no título versante sobre a "Ordem Social" (título de nº III). Não no título devotado à "Organização do Estado", que é, precisamente, o título constitucional de nº III.

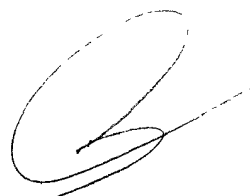


Pet 3.388 / RR

Tampouco no título constitucional de nº IV, alusivo à "Organização dos Poderes" de cada qual das pessoas estatais federadas. Numa frase, terra indígena é categoria jurídico-constitucional, sim, mas não instituição ou ente federado.

O necessário controle da União sobre os Estados e Municípios, sempre que estes atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena

59. Também é de se afirmar, com todo vigor, que a atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas **há de se fazer em regime de concerto com a União e sob a liderança desta.** É que subjaz à normação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal o fato histórico de que Estados e Municípios costumam ver as áreas indígenas como desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração do seu patrimônio e sério obstáculo à expansão do setor primário, extrativista vegetal e minerário de sua economia. Donde a expedição, por eles (Estados e Municípios), dos títulos de legitimação fundiária a que se referiu o ministro Maurício Correia no bojo da ADIN 1.512, favorecedores de não-índios. Tanto quanto a práxis das alianças políticas de tais unidades federadas com agropecuaristas de porte, isolada ou conjugadamente com madeireiras e empresas de mineração, sempre que se põe em debate



Pet 3.388 / RR

a causa do indigenato. Pelo que, entregues a si mesmos, Estados e Municípios, tanto pela sua classe dirigente quanto pelos seus estratos econômicos, tendem a discriminar bem mais do que proteger as populações indígenas. Populações cada vez mais empurradas para zonas ermas ou regiões inóspitas do País, num processo de espremedura topográfica somente rediscutido com a devida seriedade jurídica a partir, justamente, da Assembléia Constituinte de 1987/1988.

60. É nesse panorama histórico-normativo que toma vulto a competência constitucional da União para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada **também contra os Estados e Municípios, se necessário**. Não só contra os não-índios. Onde as seguintes afirmações de Vincenzo Lauriola, pesquisador do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), a respeito, precisamente, da área indígena Raposa Serra do Sol: "O Estado enquanto instituição está personificado por grupos de poder oligárquicos anti-indígenas". "Para entender o ponto de vista dos índios, é preciso aceitar que eles não se relacionam com as instituições, mas com as pessoas. Com o governo local, eles estão há 30 anos em luta" (*vide* Boletim



Pet 3.388 / RR

Informativo do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, n. 12, pp. 21/29).

61. Seja como for, é do meu pensar que a vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, **desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido**. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. Mas sempre sob a firme liderança institucional da União, a se viabilizar por diretrizes e determinações de quem permanentemente vela por interesses e valores a um só tempo "inalienáveis", "indisponíveis" e "imprescritíveis" (§ 4º do artigo constitucional de n.º 231). Inalienabilidade e indisponibilidade, como forma de proteção das terras indígenas. Imprescritibilidade, como forma de proteção dos direitos dos índios sobre elas. Ainda que o eventual opositor desses direitos seja um Estado Federado, ou, então, Município brasileiro, conforme um pouco mais à frente melhor demonstraremos. Sendo que o papel de centralidade institucional que é desempenhado pela União não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público, a teor dos seguintes dispositivos constitucionais:



Pet 3.388 / RR

"Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo".

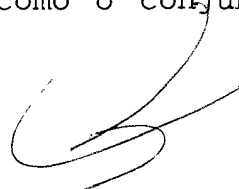
"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - (...)

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas"

As terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas. O desabono constitucional aos vocábulos "povo", "país", "território", "pátria" ou "nação" indígena

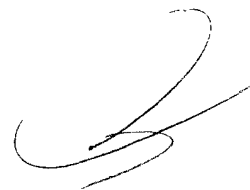
62. Esta revelação do querer objetivo da nossa Lei Maior em prol da causa indígena conhece, porém, um contraponto que é preciso expor com toda clareza: ela, Constituição, teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". É que todo território se define como parte elementar de cada qual das nossas pessoas jurídicas federadas. Todas elas definidas, num primeiro e lógico momento, como o conjunto de povo,



Pet 3.388 / RR

território e governo (só num segundo instante lógico é que toda pessoa federada se define como o conjunto dos seus órgãos de poder: Legislativo, Executivo e Judiciário, com a ressalva de que este último não faz parte da estruturação do Município). Governo soberano, tratando-se da República Federativa do Brasil; governo autônomo, cuidando-se de qualquer das pessoas políticas de direito público interno. E já ficou demonstrado que **terra indígena e ente federativo são categorias jurídicas de natureza inconfundível. Tal como água e óleo, não se misturam.**

63. Sem dúvida que se trata de uma diferenciação fundamental - essa entre terras indígenas e território -, pois somente o território é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou, então, autônoma (Kelsen, sempre ele). O lócus por excelência das primárias relações entre governantes e governados, que são relações de natureza política. E cujas linhas demarcatórias são fixadas por modo irrestritamente contínuo, pois no seu interior: a) circulam com todo desembaraço (essa é a regra) pessoas naturais e todo e qualquer dos grupos étnicos formadores do povo brasileiro; b) são instalados equipamentos e construídas vias de comunicação que propiciam aquele mais desembaraçado trânsito de pessoas e de bens.



Pet 3.388 / RR

64. Já o substantivo "terras", 11 vezes referido ao conjunto das etnias indígenas, é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural. Não política. Tanto assim que os índios fazem parte de um título constitucional fora daquele rotulado como "Da Organização do Estado" (Título III) e também descolocado do título versante sobre a "Organização dos Poderes" (Título IV). A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada, insista-se na proposição. Como não constituem a figura que o art. 33 da Constituição designa por Território Federal, pois o certo é que tais grupamentos não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Menos ainda da autonomia político-administrativa que é própria de cada qual das quatro pessoas jurídicas de direito público a que se reportam os art. 1º e 18 da Constituição Federal: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Por isso mesmo que também se privam de qualquer dos três elementares Poderes Públicos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

65. Com efeito, uma coisa é ajuizar que as terras indígenas e os direitos que sobre elas incidem são, no limite, oponíveis a Estados e Municípios; outra, porém, é querer, à revelia da Constituição: a) conferir a essas terras o *status* de um território federado, em paralelo à base física de qualquer outra das

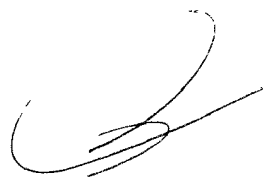


Pet 3.388 / RR

nossas pessoas genuinamente governamentais (União, Distrito Federal, Estados e Municípios); b) reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional, ainda que virtualmente.

66. Daqui se deduz que, não se elevando à categoria política de território, as terras indígenas não comportam mesmo a livre circulação de pessoas de qualquer grupamento étnico. Assim como não se disponibilizam integralmente para a instalação de equipamentos públicos e obras de infra-estrutura econômica e social, senão sob o comentado regime de prévio acerto com a União e constante monitoramento por esta. Sempre coadjuvada, assentamos, pelos índios e suas comunidades, mais o Ministério Público, preservado o constitucional *leit motiv* da demarcação de toda terra indígena: sua afetação aos direitos e interesses de uma dada etnia aborígine.

67. Em boa verdade, nem território político nem propriedade privada cabem na definição do regime de apossamento e utilização das terras indígenas. Tudo nelas é juridicamente peculiar, especialíssimo até, segundo vimos demonstrando e prosseguiremos a fazê-lo com lastro em enunciados de escalão



Pet 3.388 / RR

exclusivamente constitucional. Dentre eles, os que cimentam a nossa convicção de que **nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, "País", "Pátria", "território nacional", ou "povo" independente**. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos *aspeados* (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. Sem divisão ou separatismos, como se lê da alínea c do inciso I do art. 12, combinadamente com o arts. 219, 142 (cabeça), § 2º do art. 20 e § 1º do art. 242. Donde a conclusão de que, em tema de índios, não há espaço constitucional para se falar de *pólis*, território, poder político, personalidade geográfica; quer a personalidade de direito público interno, quer, com muito mais razão, a de direito público externo. O que de pronto nos leva a, pessoalmente, estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem, formalmente, aos termos da recente "Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas" (documento datado de 13 de setembro de 2007), porquanto são termos afirmativos de um suposto direito à autodeterminação política, a ser "exercido em conformidade com o direito internacional". Declaração, essa, de que os índios brasileiros nem sequer precisam para ver a sua dignidade individual e coletiva juridicamente positivada, pois o nosso Magno Texto Federal os protege por um modo tão próprio quanto



Pet 3.388 / RR

na medida certa. Bastando que ele, Magno Texto Brasileiro, saia do papel e passe a se incorporar ao nosso cotidiano existencial, num itinerário que vai da melhor normatividade para a melhor experiência. É a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria no plano sócio-econômico e histórico-cultural, e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por bem intencionada que seja.

O instituto da demarcação das terras indígenas e suas coordenadas constitucionais. A demarcação como competência do Poder Executivo da União

68. Como a centrada matéria que nos interessa é a demarcação das terras indígenas, anotamos que, tal como regradada pelo art. 231 do nosso Texto Magno, ela não cai sob o poder discricionário de quem quer que seja. **Há precisas coordenadas constitucionais para a identificação das terras a demarcar**, sendo que tais coordenadas já antecipam o conteúdo positivo de cada ato demarcatório em si. Vale dizer, coordenadas que significam a indicação do que seja terra indígena para fins especificamente demarcatórios. Com o que, em grande parte do tema, a nossa Constituição se revela como norma de eficácia plena ou de pronta



Pet 3.388 / RR

aplicação, no sentido de que *prescindente* da intercalação da lei infraconstitucional para cumprir os desígnios a que se preordena.

69. Veremos cada qual desses conteúdos, não sem antes ajuizar que somente à União compete instaurar, seqüenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente. **Mas instaurar, seqüenciar, concluir e efetivar esse processo por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo Federal**, pois as competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, se esgotam nos seguintes fazeres: a) "autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais" (inciso XVI do art. 49); b) pronunciar-se, decisoriamente, sobre o ato de "remoção de grupos indígenas de suas terras" (§ 5º do art. 231, assim redigido: "É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponham 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 esse risco"). Com o que se mostra plenamente válido o precitado artigo 19 da Lei Federal nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), também validamente regulamentado pelo Decreto de nº 1.775/96, que torno a transcrever:



Pet 3.388 / RR

"Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo".

"§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço de Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras".

70. Tinha que ser assim, pois o fato é que **demarcar é assinalar os limites. Colocar os marcos físicos ou fincar as placas sinalizadoras de cada terra indígena, na perspectiva dos quatro pontos cardeais do norte/sul/leste/oeste.** Sem o que não se tem uma precisa orientação cartográfico-geodésica. Marcos de **terras indígenas, repise-se, e não de terras devolutas.** Tarefa tão empírica ou concreta quanto os próprios deveres estatais de permanentemente "proteger e fazer respeitar" (parte final do art. 231, cabeça, da CF) todos os bens situados nas terras afinal demarcadas. Que são cometimentos próprios, específicos, naturais do Poder Executivo da União, atuando esta por seus órgãos de Administração Direta ou

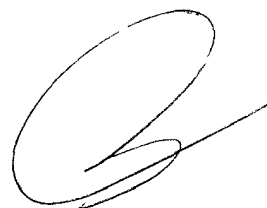


Pet 3.388 / RR

centralizada, ou, então, pelas suas entidades de Administração Indireta ou descentralizada. Nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar, querendo, o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira.

A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal

71. Mais ainda é preciso dizer do ato em si da demarcação em tela para exaltar a sua compostura jurídica de mecanismo concretizador de interesses e valores que fazem dos índios brasileiros protagonistas centrais da nossa História e motivo do mais vívido orgulho nacional. Por isso que a parte final da cabeça do art. 231 da Constituição impõe à mesma União o dever de, mais que demarcar as terras indígenas, "proteger e fazer respeitar todos os seus bens" (materiais e imateriais, naturalmente). Tudo com o fim de exprimir a essencialidade e a urgência do processo demarcatório, tão bem retratadas no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assim vernacularmente posto: "A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição".



Pet 3.388 / RR

72. Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal **são de finalidade nitidamente fraterna ou solidária**, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito - quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade -, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional compensatória de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o **superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro**. Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão "sociedade fraterna", e que se põe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (sem destaque no original).

73. Nesse mesmo fluir do pensamento é que os arts. constitucionais de n.ºs. 231 e 232 têm que ser interpretados como densificadores da seguinte idéia-força: o avançado estágio de

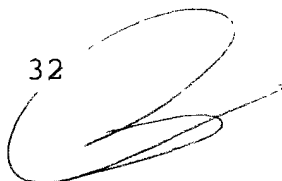


Pet 3.388 / RR

integração comunitária é de se dar pelo modo mais ativo e respeitoso de protagonização dos segmentos minoritários. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasiva quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto signifique uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. Como num aparelho *auto-reverse*, pois também eles, os índios, *têm o direito de nos catequizar um pouco* (faamos assim).

74. Justamente para dar conta do advento de um constitucionalismo fraternal foi que eu mesmo escrevi o último capítulo do meu livro "Teoria da Constituição", publicado no início de 2003 pela Editora Forense. E sobre o tema da fraternidade como princípio jurídico foi que o filósofo político italiano Antonio Maria Baggio coordenou a feitura de uma preciosa coletânea que traz, já na sua orelha, o seguinte comentário:

"O pensamento moderno desenvolveu a liberdade e a igualdade como categorias políticas, mas não fez o mesmo



Pet 3.388 / RR

com a fraternidade - embora esta seja o alicerce das outras duas -, seja por fraqueza, por medo das suas implicações, seja pela eclosão do conflito entre religião e modernidade, que tornou particularmente cheio de obstáculos o terreno da fraternidade. No entanto, a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor. A fraternidade poderia ajudar na realização do projeto da modernidade. Esta última, de fato, não deve ser negada; ao contrário, seu projeto deve ser retomado, adequando-o, porém, à plenitude de conteúdo dos valores que ele proclama" (em "O Princípio Esquecido", editora Cidade Nova, São Paulo, ano de 2008).

O falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento

75. O que estamos a descrever não é senão a própria base filosófica da mais firme opção constitucional em favor dos índios, traduzida no macro-entendimento de que é direito fundamental de cada um deles e de cada etnia autóctone:



Pet 3.388 / RR

I - perseverar no domínio de sua identidade, sem perder o *status* de brasileiros. Identidade que deriva de um fato complexo ou geminado, que é o orgulho de se ver como índio e etnia aborígene, é verdade, **mas índio e etnia genuinamente brasileiros**. Não uma coisa ou outra, alternativamente, mas uma coisa e outra, conjugadamente. O vínculo de territorialidade com o Brasil a comparecer como elemento identitário individual e étnico;

II - poder inteirar-se do *modus vivendi* ou do estilo de vida dos brasileiros não-índios, para, então, a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente. É o que se chama de **aculturação**, compreendida como um longo processo de adaptação social de um indivíduo ou de um grupo, mas sem a necessária perda da identidade pessoal e étnica. Equivale a dizer: assim como os não-índios conservam a sua identidade pessoal e étnica no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não-índios, pois a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de



Pet 3.388 / RR

experimento de mais de uma delas. É um somatório, e não uma permuta, menos ainda uma subtração;

III - ter a chance de demonstrar que o seu tradicional *habitat* ora selvático ora em lavrados ou campos gerais é formador de um patrimônio imaterial que lhes dá uma consciência nativa de mundo e de vida que é de ser aproveitada como um componente da mais atualizada idéia de desenvolvimento, **que é o desenvolvimento como um crescer humanizado**. Se se prefere, o desenvolvimento não só enquanto categoria econômica ou material, servida pelos mais avançados padrões de ciência, tecnologia e organização racional do trabalho e da produção, como também permeado de valores que são a resultante de uma estrutura de personalidade ou modo pessoal-indígena de ser mais obsequioso: a) da idéia de propriedade como um bem mais coletivo que individual; b) do não-enriquecimento pessoal à custa do empobrecimento alheio (inestimável componente ético de que a vida social brasileira tanto carece); c) de uma vida pessoal e familiar com simplicidade ou sem ostentação material e completamente avessa ao desvario consumista dos grandes centros urbanos; d) de um tipo não-predatoriamente



Pet 3.388 / RR

competitivo de ocupação de espaços de trabalho, de sorte a desaguar na convergência de ações do mais coletivizado proveito e de uma vida social sem *narsísicos* desequilíbrios; e) da maximização de potencialidades sensórias que passam a responder pelo conhecimento direto das coisas presentes e pela premonição daquelas que a natureza ainda mantém em estado de germinação; f) de uma postura como que religiosa de respeito, agradecimento e louvor ao meio ambiente de que se retira o próprio sustento material e demais condições de sobrevivência telúrica, a significar a mais fina sintonia com a nossa monumental biodiversidade e manutenção de um tipo de equilíbrio ecológico que hoje a Constituição brasileira rotula como "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (art. 225, *caput*), além de condição para todo desenvolvimento que mereça o qualificativo de **sustentado.**

76. Fácil entender, assim, que, por um lado, a Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios **para agregar valor à subjetividade deles** (fenômeno da *aculturação*, conforme explicado). Para que eles sejam ainda mais do que originariamente eram, beneficiando-se de um estilo civilizado de vida que é tido como de



Pet 3.388 / RR

superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e de ser votado, marcadamente. Já o outro lado da normação constitucional, este reside na proposição de que **as populações ditas civilizadas também têm a ganhar com sua aproximação com os índios**. Populações civilizadas de quem se exige: a) solidariedade, no plano do reconhecimento de que os aborígenes precisam do convívio com os não-índios; b) humildade, para reconhecer que esse convívio é uma verdadeira *estrada de mão dupla*, porquanto reciprocamente benfazejo. Esse tipo de humildade, justamente, que refreia e dissipa de vez todo ímpeto discriminatório ou preconceituoso contra os indígenas, como se eles não fossem os primeiros habitantes de uma *Terra Brasilis* cuja integridade física tão bem souberam defender no curso da nossa história de emancipação política, **de parelha com uma libertária visão de mundo que talvez seja o mais forte componente do nosso visceral repúdio a toda forma de autocracia, ao lado da nossa conhecida insubmissão a fórmulas ortodoxas de pensar, fazer e criar**. Essa libertária visão de mundo que se inicia com a própria noção de deslimite geográfico deste nosso País-continente e que tanto plasma a santa rebeldia cívica de um Tiradentes quanto o mais refinado engenho tecnológico de um Santos Dumont, em par com a mais desconcertante ousadia estética de um Tom Jobim, um Garrincha, um Manoel de Barros, um Oscar Niemayer, uma Daiane dos Santos. Onde o



Pet 3.388 / RR

padre Antônio Vieira falar que "seria mais fácil evangelizar um chinês ou um indiano do que o selvagem brasileiro. Os primeiros seriam como estátuas de mármore, que dão trabalho para fazer, mas a forma não muda. O índio brasileiro, em compensação, seria como estátua de murta. Quando você pensa que ela está pronta, lá vem um galho novo revirando a forma". É o depoimento que se colhe em Viveiros de Castro, professor do Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em entrevista concedida a Flávio Pinheiro e Laura Greenhalgh, jornal O Estado de São Paulo, 20 de abril de 2008. Mesmo texto em que o famoso antropólogo brasileiro fala da contribuição dos índios para a defesa da integridade territorial do nosso País, a partir dos Estados situados na Região Norte, *verbis*: "Há outras reservas em terras contínuas, em fronteiras. É o caso da Cabeça de Cachorro, no município de São Gabriel da Cachoeira, no Estado do Amazonas. E o Exército está lá, como deveria estar. A área indígena não teria como impedir a presença dos militares. O que a área indígena não permite é a exploração das terras por produtores não índios. Dizer que o Exército não pode atuar é um sofisma alimentado por políticos e fazendeiros que agem de comum acordo, numa coalizão de interesses típica da região. Roraima é um Estado que não se mantém sozinho, ou melhor, que depende do repasse de recursos federais. Um lugar onde 90% dos políticos nem sequer são nativos. Onde o maior arrozeiro, que está à frente do movimento



Pet 3.388 / RR

contra a reserva, arvora-se em defensor da região, mas veio de fora. É um gaúcho que desembarcou por lá em 1978, e não há nada de mal nisso, mas combate os índios que justamente serve de 'muralha dos sertões', desde os tempos da colônia. Os índios foram decisivos para que o Brasil ganhasse da Inglaterra. Dizer que viraram ameaça significa, no mínimo, cometer uma injustiça histórica. Até o mito do Macunaíma, que foi recolhido por um alemão, Koch-Grünberg, e transformado por um Paulista, Mário de Andrade, foi contado por índios daquela área, os Macuxi, os Wapichana. Eles são co-autores da ideologia nacional". Com outras palavras, é o que também se lê na Enciclopédia Eletrônica "WIKIPÉDIA", a saber: em Niterói, onde se situa a estátua do índio Araribóia. Índio tupi que expulsou os franceses e que, por seus atos de bravura, recebeu da coroa portuguesa a sesmaria de Niterói.

77. Daqui se infere o despropósito da afirmação de que "índio só atrapalha o desenvolvimento", pois o desenvolvimento como categoria humanista e em bases tão ecologicamente equilibradas quanto sustentadas bem pode ter na cosmovisão dos indígenas um dos seus elementos de propulsão. Por isso que ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é hostilizar e menos ainda escorraçar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico dos seus



Pet 3.388 / RR

territórios (territórios dos entes federativos, entenda-se) e a partir da culturalidade *intraétnica* fazer um desafio da mais criativa reinvenção da sua própria história sócio-cultural. Até porque esse é o único proceder oficial que se coaduna com o discurso normativo da Constituição, no tema. **Um discurso jurídico-positivo que já não antagoniza colonização e indigenato**, mas, ao contrário, intenta conciliá-los operacionalmente e assim é que nos coloca na vanguarda mundial do mais humanizado trato jurídico da questão indígena. Mais que isso, cuida-se de fórmula constitucional que nos redime, perante nós mesmos, de uma visão maniqueísta que nos arrastou para um tipo de insensatez histórica somente comparada à ignomínia da escravidão dos nossos irmãos de pele negra. "Legiões de homens negros como a noite (Castro Alves, "O Navio Negreiro), seqüestrados dos seus países, arrancados de seus lares e aqui torturados, condenados a trabalhos forçados, vendidos e separados dos seus filhos, mulheres, esposos, todos sistematicamente domesticados a açoites, correntes e coleiras de ferro, como recorda o senador Cristóvão Buarque em artigo publicado no "Jornal de Brasília" de 25 de julho do fluente ano. Por isso que falamos, precedentemente, da desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas, hoje, pois nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa Constituição em modernidade e humanismo, quando se trata de reconhecer às causas indígenas a sua valiosidade intrínseca. Mas uma



Pet 3.388 / RR

modernidade e humanismo que por nenhum modo significa emancipá-los de um País que também é deles e com eles quer viver para todo o sempre.

O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas

78. Passemos, então, e conforme anunciado, a extrair do próprio corpo normativo da nossa Lei Maior o conteúdo positivo de cada processo demarcatório em concreto. Fazemo-lo, sob os seguintes marcos regulatórios:

I - o marco temporal da ocupação. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar *uma pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra



Pet 3.388 / RR

referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro**. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. Exclusivo **uso e fruição** (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às "riquezas do solo, dos rios e dos lagos" existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que "os recursos minerais, inclusive os do subsolo", já fazem parte de uma outra categoria de "bens da União" (inciso IX do art. 20 da CF);

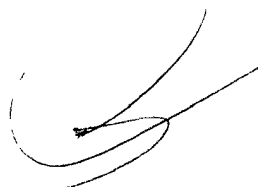


II - o marco da tradicionalidade da ocupação. Não basta, porém, constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação do nosso Texto Magno. É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios ("Anna Pata, Anna Yan": "Nossa Terra, Nossa Mãe"). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o *status* de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígene transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente,



Pet 3.388 / RR

procriar e construir as bases da sua comunicação lingüística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação dominial ou formação de uma cadeia sucessória. **E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão.** Noutros termos, tudo a configurar um padrão de cultura nacional precedente à do colonizador branco e mais ainda a do negro importado do continente africano. A mais antiga expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam". O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Termo sinônimo de primevo, em rigor, porque revelador de uma cultura *pré-européia* ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que "os direitos originários" sobre as terras indígenas não eram



Pet 3.388 / RR

propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, "reconhecidos" (parte inicial do art. 231, *caput*); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 não restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento. Daí a regra de que "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 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 a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé". Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal. Também assim o prefalado absurdo jurídico de se afirmar que "índio atrapalha o desenvolvimento", pois o desenvolvimento que se fizer sem os índios, ou, pior ainda, contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à



Pet 3.388 / RR

data da Constituição de 1988, será o mais rotundo desrespeito ao objetivo fundamental que se lê no inciso II do art. 3º da nossa Constituição, assecuratório de um de um tipo de "desenvolvimento nacional" francamente incorporador da realidade indígena. Como deixará de cumprir o objetivo igualmente fundamental de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso III do mesmo art. 3º da CF). Em suma, a carga de proteção constitucional que se extrai do reconhecimento de "direitos originários" é logicamente maior do que a defluente da simples outorga de direitos que não gozam de tal qualificação. É a diferença que existe entre norma especial e norma geral, esta a sucumbir perante aquela. Quanto mais que, em matéria de tutela dos "direitos e interesses indígenas", as normas constitucionais se categorizam como de natureza especialíssima, carregadas que são de uma finalmente clara consciência histórica de compensação e de uma cósmica percepção de que nos índios brasileiros é que vamos encontrar os primeiros elos de uma identidade nacional que urge, mais que tudo, preservar. Essa identidade que nos torna sobremodo criativos e que o cronista Eduardo Gonçalves de Andrade



Pet 3.388 / RR

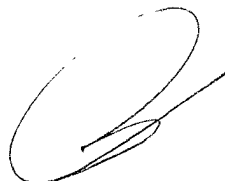
(o "Tostão" da memorável Copa do Mundo de 1970) assim magistralmente sintetiza: "O futebol e a vida continuam prazerosos e bonitos, porque, mesmo em situações previsíveis, comuns e repetitivas, haverá sempre o acaso e um artista, um craque, para transgredir e reinventar a história" (artigo publicado no Jornal "Folha de São Paulo, edição de 18 de maio de 2008, Caderno D, p. 3);

III - o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio "tradicionalmente", grafado no caput do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer, áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (§ 1º do art. 231). Do que decorre, inicialmente, o *sobredireito* ao desfrute das terras que



Pet 3.388 / RR

se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios. **Sobredireito que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção** (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que os índios mantêm com o meio ambiente uma relação natural de *unha e carne*). Depois disso, o juízo de que a Constituição mesma é que orienta a fixação do perímetro de cada terra indígena. Perímetro que deve resultar da consideração "dos usos, costumes e tradições" como elementos definidores dos seguintes dados a preservar em proveito de uma determinada etnia indígena: a) habitação em caráter permanente ou não-eventual; b) as terras utilizadas "para suas atividades produtivas", mais "as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas. São os quatro **círculos concêntricos** a que se refere Nelson Jobim na decisão administrativa que proferiu, a propósito da demarcação da reserva indígena "Raposa-Serra do Sol",



Pet 3.388 / RR

quando ainda ministro de Estado da Justiça (decisão de 20 de dezembro de 1996). Mas quatro círculos concêntricos que explicitam o propósito constitucional de fazer dessa qualificada ocupação (porque tradicional) de terras indígenas o próprio título de constitutividade do direito a uma posse permanente e ao desfrute exclusivo das riquezas nelas existentes. Com o que, no ponto, o ato de demarcação passa a se revestir de caráter **meramente declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente**. Situação que a nossa Lei Fundamental retratou como formadora de um indissociável laço entre cada etnia indígena e suas terras *congenitamente* possuídas; ou seja, **possuídas como parte elementar da personalidade mesma do grupo e de cada um dos seus humanos componentes**. O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse fundiária um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Visto que terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, deixa de ser um mero objeto de direito para ganhar a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. É o que Boaventura de Sousa Santos chama de "hermenêutica diatópica", para dar conta



Pet 3.388 / RR

do modo caracterizadamente cultural de interpretação dos direitos fundamentais². Metodologia interpretativa que, no caso dos indígenas, sedimentada na própria Constituição, nos orienta para fazer dos referidos "usos, costumes e tradições" o engate lógico para a definição da semântica da posse indígena, da semântica da permanência, da semântica da habitação, da semântica da produção, e assim avante;

IV - o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". Esse novo marco regulatório-constitucional é também uma projeção da metodologia diatópica de que há pouco falamos. Por ela, o próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, **ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo**. Quero dizer: se, para os padrões culturais dos não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, no sentido de que "somente é dos índios o que lhes for não mais que o suficiente ou contidamente imprescindível à sua sobrevivência física", já sob o visual da cosmogonia indígena a equação é

² Ver: "A Gramática do Tempo": para uma nova cultura política, vol. 4, São Paulo: Cortez, pp. 433/469.



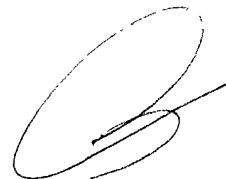
Pet 3.388 / RR

diametralmente oposta: "dêem-se aos índios tudo que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) **a reprodução de toda a sua estrutura social primeva.** Equação que bem se desata da locução constitucional "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", pela cristalina razão de que **esse reconhecimento opera como declaração de algo preexistente.** Preexistente, por exemplo, à própria Constituição. Como também preexistente, enfatize-se, à transformação de um Território Federal em Estado-membro. Pois o que se tem, nesse tipo de transformação de Território em Estado-membro é apenas a concessão ou o deferimento de um *status* de ente federado a quem não o detinha. Daí o § 1º do art. 14 do ADCT bem assinalar que a instalação dos Estados do Amapá e de Roraima ocorreria (somente ocorreria, entenda-se) "com a posse dos governadores eleitos em 1990". Por consequência, **o novo Estado já nasce com seu território jungido a esse regime constitucional da preexistência de direitos à ocupação de terras que, por serem indígenas,**



Pet 3.388 / RR

pertencem à União. É a diferença entre o "doravante", favorecedor dos novos Estados, e o "desde sempre", superiormente favorecedor dos indígenas. Não cabendo falar, então, frente a "direitos originários", de coisas como redução do patrimônio ou subtração do território estadual a cada ato de demarcação de terras indígenas. Assim o quis a Lei Republicana e contra esse querer normativo só podemos render vassalagem. Como rendemos vassalagem a ela, Constituição, na parte em que obsequiou os Estados-membros com a titularidade dominial das terras devolutas "não compreendidas entre as da União" (inciso IV do art. 26). Até porque pensar diferente, para desproteger as populações aborígenes, seria a continuidade de uma soma perversa que a nossa Lei Maior quis apagar do mapa do Brasil: a soma de um passado histórico de perseguição aos índios com uma hermenêutica jurídica da espécie restritiva. Esta, uma segunda subtração, constitutiva do que se tem chamado de "arma limpa", por implicar um processo de dizimação sem derramamento de sangue. Sem que esse especialíssimo regime constitucional de proteção indígena, contudo, venha a significar recusa a cada qual dos entes federados brasileiros da adoção de políticas públicas de integração



Pet 3.388 / RR

dos nossos índios a padrões mais atualizados de convivência com o todo nacional. Políticas públicas de mais facilitado acesso à educação, lazer, saúde, ciência, tecnologia e profissionalização, de permeio com assistência na área da segurança pública e desfrute dos direitos políticos de votar e até de ser votado. Tudo na linha do pensamento integracionista que marcou a militância indigenista do Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon (ele mesmo um descendente de índios) e conforme dispositivos constitucionais de que o § 2º do art. 210 chega a ser emblemático: "O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem". O advérbio "também" a patentear que as línguas maternas dos aborígenes hão de conviver com o domínio do português, para que eles, os índios, melhor se comuniquem com os seus irmãos brasileiros não-índios e vice-versa. Isto porque a fraternidade como signo constitucional de última geração axiológica é de preservar características étnicas, renove-se a proposição quantas vezes for necessário, mas sem o viés separatista dos que pretendem fazer de cada área de concentração indígena um apartado e

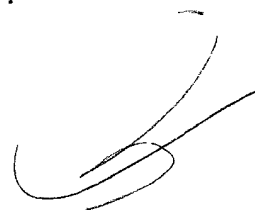


Pet 3.388 / RR

cômodo laboratório de enfatuadas teses acadêmicas, à moda de ajardinamento antropológico (talvez por isso que a nossa Constituição preferisse, como de fato preferiu, não usar da expressão "reserva indígena", mas "terras indígenas").

O modelo peculiarmente contínuo de demarcação das terras indígenas

79. Agora é de se perguntar, naturalmente: o modelo geográfico de demarcação das terras indígenas é orientado pela idéia de continuidade, no sentido de evitar, ao máximo, interrupção física entre o seu ponto de partida e o de chegada? Como se dá, funcionalmente, com o território de cada pessoa estatal federada, apenas interrompido pelos marcos do território federativamente alheio? Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que, no âmbito delas, tanto se viabilize o exercício de um poder administrativo (não político) quanto se forme um perfil coletivo e ainda se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária? Modelo bem mais serviente da idéia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento? Por conseguinte, modelo contraposto ao tracejamento por "ilhas", blocos ou porções geográficas de identificação prática entre demarcação e asfixia espacial ou confinamento sem grades?



Pet 3.388 / RR

80. A resposta é afirmativa, desde que observado o peculiaríssimo regime constitucional das terras indígenas. Terras que não são uma propriedade privada nem um território federado, mas um espaço fundiário que tem suas riquezas afetadas ao exclusivo desfrute de uma dada etnia autóctone. **Etnia que, no seu espaço físico de tradicional ocupação e auto-suficiência econômica, detém autoridade para ditar o conteúdo e o ritmo de sua identidade cultural, partilhando com a União competências de índole administrativa.** À diferença, porém, de uma propriedade privada, o título de domínio é de um terceiro (a União) que somente o possui para servir a eles, índios de uma determinada etnia. E também diferentemente do território de uma pessoa estatal-federada, cuida-se de terras que somente se vocacionam para uma livre circulação dos seus usufrutuários (índios de uma destacada etnia).

A conciliação entre terras indígenas e a visita de não-índios, tanto quanto com a abertura de vias de comunicação e a montagem de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública

81. Não se pense, contudo, que a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras



Pet 3.388 / RR

indígenas seja inconciliável com a **eventual** presença dos não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos tecnológicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública. A conciliação das coisas é possível, reafirme-se, **desde que tudo se processe debaixo da liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas.**

82. Em tais situações, o que é preciso assegurar de logo avulta: de uma parte, que as visitas de não-índios em nada signifique desproteção dos indígenas; de outra, que as empreitadas estatais nunca deixem de contribuir para a elevação dos padrões de bem-estar das próprias comunidades autóctones, embora também possam irradiar seus benéficos efeitos para a economia e as políticas de saúde, educação, transporte e segurança pública desse ou daquele Estado. **O que já impede que os indígenas e suas comunidades façam justiça por conta própria contra quem que seja, como, por exemplo, interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas, invadir estabelecimentos públicos.** É que, se as terras permanecem indígenas, a despeito dos empreendimentos públicos nela incrustados,



Pet 3.388 / RR

nem por isso a União decai do seu poder-dever de comandar ou coordenar o uso comum de tais empreendimentos.

83. Tudo isso dito com outras palavras, o formato de toda e qualquer demarcação de terras indígenas é o contínuo, porque somente ele viabiliza os imperativos constitucionais que o ministro Nelson Jobim resumiu nos quatro mencionados círculos concêntricos. Imperativos que respondem pela vertente fundiariamente generosa da Constituição, inclusive para o efeito de incorporar todos os recursos ambientais servientes da reprodução física e cultural de uma dada etnia. Sem prejuízo, porém, do regime constitucional-integracionista dos índios, propiciador da monitorada interação com outras etnias indígenas e com não-índios. E também sem impossibilitar a construção de vias de comunicação e outros empreendimentos públicos, pois o que se reserva para o usufruto exclusivo das populações nativas são as riquezas do solo, dos rios e dos lagos em terras indígenas (§2º do art. 231 da CF). Observado, claro, o seguinte dispositivo da nossa Constituição:

"Art. 231. (...)

§3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser



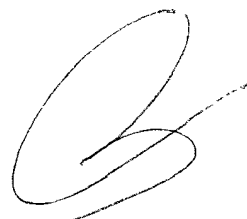
Pet 3.388 / RR

efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes asseguradas participação nos resultados da lavra, na forma da lei".

A relação de pertinência entre terras indígenas e meio ambiente

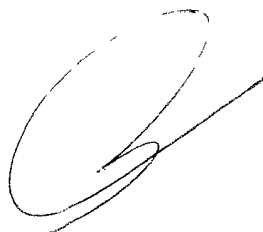
84. O momento é propício para remarcar a perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental, pois o fato é que a Constituição dá por suposto o que dissemos um pouco mais atrás: índios e meio ambiente mantêm entre si uma natural relação *de unha e carne*. Não são como *óleo e água*, que não se misturam. Com o que de pronto ressaí a seguinte compreensão das coisas: **mais que uma simples relação de compatibilidade, o vínculo entre meio ambiente e demarcação de terras indígenas é de ortodoxa pertinência.** Razão pela qual o decreto homologatório das Terras Indígenas Raposa-Serra do Sol (antecipo o juízo) é inclusivo do Parque Nacional do Monte Roraima, conferindo-lhe, redundantemente, aliás, uma dupla afetação: a ecológica e a propriamente indígena.

85. No particular, nada mais confortador do que trazer de volta o abalizado testemunho intelectual de Viveiros de Castro, a nos dar inteirar de que, no Estado do Mato Grosso, "o único ponto



Pet 3.388 / RR

verde que se vê ao sobrevoá-lo é o Parque Nacional do Xingu, reserva indígena. O resto é deserto vegetal. Uma vez por ano, o deserto verdeja, hora de colher a soja. Depois, dá-se-lhe desfolhante, agrotóxico... E a soja devasta a natureza duplamente. Cada quilo produzido consome 15 litros de água" (continuação da mesma entrevista concedida ao Jornal Estado de São Paulo). Depoimento que reforça, já por um ângulo pragmático, a generosa vontade constitucional objetiva para com o modelo peculiarmente contínuo da demarcação das terras indígenas. Afinal, os índios são os *brasileiros de vista mais alongada e pernas mais solicitadas*, porque virginalmente afeitos à imensidão territorial deste País-continente. O que já se reflete nas técnicas de um manejo temporalmente mais curto de suas terras agricultáveis e também de suas pastagens. Numa frase, os índios brasileiros são visceralmente avessos a qualquer idéia de guetos, nichos, cercas, muros, grades, viveiros, que são práticas apropriadas para uma demarcação parcimoniosamente insular ou do tipo *queijo suíço*. Sendo que o formato contínuo, ora sustentado, fica restrito a cada etnia aborígine. Com o que também se peculiariza o regime de visitas dos não-índios e se baliza a implantação de empreendimentos públicos em qualquer das áreas demarcadas. Respeitando-se, ademais, a identidade cultural que a nossa Constituição igualmente assegura às etnias aborígenes lindeiras.

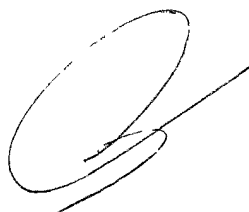


Pet 3.388 / RR

86. Que o final deste núcleo temático coincida com duas novas proposições, que tenho como de sólido assento constitucional: a primeira é a de que não *descontinuem* as terras demarcáveis como indígenas os comentados empreendimentos públicos (estradas, instalações tecnológicas, prédios, etc.); a segunda está em que eventual e significativo agravo à natureza, pelos próprios índios, tem na Constituição Federal possibilidade de pronto reparo, pois "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" (art. 23, VI). Reação estatal, no entanto, que é de ser coordenada pela União, e somente por ela, por se tratar da pessoa federada em cujos bens se incluem as terras indígenas e de cujas competências faz parte a mais centrada proteção aos índios de toda e qualquer etnia aborígine.

A demarcação necessariamente endógena ou *intraétnica*

87. Por esse modo de ver as coisas, o que afinal se homenageia é a própria realidade plural-endógena dos índios. Cada etnia autóctone a ter para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social, seus



Pet 3.388 / RR

usos e costumes, tradições, artes, culinária, terapias, meios e técnicas de subsistência econômica e de reprodução física. Trato de terra ou de terras ocupadas por modo tão permanente quanto tradicional, por isso que referidas à memória e à psicologia de cada tribo em especial, cada população aborígene em seu ontologicamente distinto modo de falar, produzir, invocar seus deuses, conceber e praticar a vida, enfim.

88. **Esse modelo peculiar ou restritamente contínuo de demarcação é monoétnico** portanto (não pluriétnico). Formato que deve atentar para a vontade fundiariamente generosa da Constituição, é lógico, mas ainda assim balizado pela realidade de cada etnia. Logo, interditado fica todo impulso, tentação ou veleidade antropológica de conectar, mais que os tradicionais espaços de ocupação fundiária por uma destacada etnia, aqueles que também englobam diferenciados grupos étnicos no interior de um só Estado-membro, inclusive os espaços que por acaso sejam de outra ou de outras etnias igualmente aborígenes. Sem o que resulta inconstitucionalmente desconsiderada a própria interculturalidade étnico-nativa, com a circunstância agravante de acarretar movimentos de incorporações e fusões que são próprias de Municípios (§ 4º do art. 18 da CF), mas não de etnias indígenas.



Pet 3.388 / RR

89. Convém insistir na advertência: **é de se excluir da demarcação das terras indígenas os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra**, até para não aproximar demasiadamente tribos eventualmente inimigas e de línguas diferentes, nem criar gigantescos vazios demográficos. Vazios demográficos que poderão dificultar a efetiva presença de Estado, com o risco de vir a configurar a chamada "ameaça não-armada" à soberania nacional: a solerte, maliciosa, esperta divulgação estrangeira de que o Brasil não tem competência para cuidar desse *pulmão do mundo* - mais que isto, desse melhor quinhão do mundo que é a Amazônia (região brasileira de maior concentração indígena, como amplamente sabido).

90. Conforme dissemos a partir do tópico de nº 51 deste voto, a Constituição não falou de "índio", assim no singular. E não falou de índio, assim no singular, por não ser ele uma categoria humana puramente abstrata ou fora de qualquer realidade geográfica e social concreta. Corresponde a dizer: a Constituição não mencionou o vocábulo índio como categoria individual-platônica ou tão-só imaginária, supostamente apetrechado com o divino dom da ubiqüidade para merecer *prerrogativado* amparo jurídico em qualquer lugar do País ou situação existencial em que se encontrasse. Ela não fez de cada índio isolado um favorecido centro subjetivado de direitos pelo exclusivo fato de ser ele o primitivo habitante do Brasil e se dotar



Pet 3.388 / RR

de caracteres físicos, lingüísticos e culturais salientemente distintos do colonizador europeu e do africano para aqui forçosamente importado. Não foi somente por isso. A Constituição falou de "índios", na forma plural, também para dar conta de mais de uma centena de etnias autóctones já conhecidas no território brasileiro por ocasião dos trabalhos constituintes de 1987/1988 (227 etnias e 180 línguas ou dialetos, segundo dados oficiais da Fundação Nacional do Índio - FUNAI). Sendo assim, não há como refugar o juízo de que os índios foram normatizados numa dada situação social-endógena (*intra* ou *monoétnica*, destarte) e num concreto ambiente fundiário, porquanto coletivamente considerados de permeio com as terras por eles tão originária quanto permanentemente possuídas e tradicionalmente ocupadas. Exatamente porque dessa espécie de perdurável relação orgânica entre cada etnia indígena e o seu ainda rústico *habitat* **é que se pode falar de direitos originários. Como também se pode falar de uma cultura tão diferenciada quando geradora de todo um perfil coletivo.** Tudo a ser documentado em criteriosos laudos antropológicos, pois a sociedade "pluralista" de que trata o preâmbulo da nossa Constituição é do tipo social genérico, e, por isso mesmo, copiosa o bastante para alcançar as próprias diferenças entre os índios de uma etnia e de outra.



Pet 3.388 / RR

A permanência do modelo peculiarmente contínuo ou *intraétnico*, mesmo nos casos de etnias lindeiras

91. Esse desabono constitucional a demarcações de cambulhada ou *interétnicas* se mantém até mesmo na situação em que duas ou mais etnias indígenas se caracterizem pela contigüidade geográfica. Etnias lindeiras ou *vizinhas de porta*, então, o que propicia um mais freqüente visitar de tribos distintas. **Mas ainda assim os marcos geodésicos e as placas sinalizadoras devem separar os espaços *interétnicos***; ou seja, cada etnia indígena deve saber onde começa e onde termina o espaço de trabalho e de vida que por direito originário lhe cabe com exclusividade (*monoeticamente*, reitere-se). **Essa é a regra geral a observar, de matriz diretamente constitucional, embora perfeitamente previsível que prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes possam gerar, com o passar dos anos, uma condivisão empírica de espaços que em muito dificulta uma precisa fixação de fronteiras *interétnicas*.**

92. Desponta claro, portanto, que o referido conceito fundiariamente extensivo do princípio da proporcionalidade aumenta a possibilidade de aproximação física entre as diferenciadas etnias autóctones. **Se tal ocorrer no plano dos fatos, não há como falar de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios,**

Pet 3.388 / RR

caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. Todavia, entre as próprias etnias nativas a demarcação permanece com seu constitucional formato *intraétnico*. Uma etnia somente circulando com toda liberdade pelos espaços da outra, na medida em que haja o consentimento daquela cujas terras se façam objeto de visitas.

93. Em síntese, tudo consiste em saber, primeiro, se os índios se isolaram dos não-índios por sua espontânea vontade, **criando intervalados espaços que não passam, só por isso, à condição de terras estaduais devolutas, nem se disponibilizam para uma apropriação da espécie privada.** Segundo, se os intervalos fundiários apenas separam uma etnia aborígine de outra, **situação em que as terras por inteiro são de natureza indígena.** Apenas com sua demarcação vinculada ao formato *intraétnico* de que vimos falando.

94. Em palavras outras, se uma terra indígena deixa de confinar com outra, o espaço intermediário que então se forma não é um indiferente jurídico: ele cai sob o regime comum da propriedade privada, ou é automaticamente incorporado aos bens de um certo Estado-membro como terra devoluta, ou se disponibiliza para a criação e instalação de um novo Município. Na primeira hipótese, todo o espaço que separa uma etnia indígena da outra é, em



Pet 3.388 / RR

princípio, vocacionado para apropriação a título privado. Daí os seguintes dizeres da Constituição: a) "é garantido o direito de propriedade" (inciso XXII do art. 5º); b) "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada". Já na segunda hipótese, o artigo constitucional a reger as coisas é o de nº 26, com o seu inciso de nº IV, que manda incluir "entre os bens do Estado" "as terras devolutas não compreendidas entre as da União". E quanto à terceira prefiguração, enfim, aí o dispositivo a aplicar é o § 4º do art. 18 da Constituição, assim escrito: "A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei".

95. Pois bem, exclusivamente nessa hipótese de não-contigüidade de terras indígenas é que se pode falar de prevalência tanto do princípio federativo quanto da livre iniciativa. Afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu



Pet 3.388 / RR

também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígenes. Retração que deve ser contemporaneamente espontânea, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre "quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé", nos precisos termos do comando final do § 6º do art. 231 da Constituição).

96. **Avanço no raciocínio para asseverar que, nessa hipotetização de terras indígenas efetivamente lindeiras, já não vale o argumento do risco de uma demarcação contínua que termine por**



Pet 3.388 / RR

acarretar vazios democráticos ou a não-presença de Estado. E não vale o argumento, porque a não-presença de Estado é de ser imputada a ele mesmo, Estado brasileiro. Não aos índios, *que não podem pagar a fatura por uma dívida que não contraíram.* Afinal, nada juridicamente impede, mas antes obriga, que o Poder Público brasileiro, sob a liderança institucional da União (nunca é demais repetir), cumpra o seu dever de assistir as populações indígenas. Dever que não se esgota com o ato em si de cada demarcação por etnia, pois ainda passa pela indispensável atuação das nossas Forças Armadas, isolada ou conjuntamente com a Polícia Federal, sempre que em jogo o tema fundamental da integridade territorial do Brasil (principalmente nas denominadas faixas de fronteira).

A perfeita compatibilidade entre faixa de fronteira e terras indígenas

97. Como derradeiro tópico nominado deste voto, afirmamos, sempre com base na Constituição, a serena compatibilidade entre apropriação usufrutuária de terras indígenas e faixa de fronteira. Isto pela consideração inicial de que, ao versar o tema das terras indígenas, a Magna Carta Federal não fez nenhuma ressalva quanto à demarcação abrangente de faixa de fronteira ou nela totalmente situada.



Pet 3.388 / RR

98. Mas não é só. Além de não incluir nenhuma faixa de fronteira entre os bens pertencentes à União, a Constituição ainda deixou expressa a possibilidade de uso e ocupação não-estatal de qualquer delas. Apenas arrematando o seu discurso com a regra de que tal ocupação e uso "serão regulados em lei", tendo em vista que toda faixa de fronteira é de logo qualificada por ela, Constituição, como "fundamental para defesa do território nacional". Eis o texto:

"A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei" (§2º do art. 20).

99. Uma dessas possibilidades de uso de faixa de fronteira, por sinal, já vem disciplinada na própria Constituição. Diz respeito às atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, a saber:

"A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante



Pet 3.388 / RR

autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas" (§ 1º do art. 176).

100. Não podia ser diferente essa compatibilidade, que apenas retrata o fato de que justamente nas fronteiras terrestres do Brasil é que mais se concentram as nossas populações indígenas, especialmente nas regiões norte e centro-oeste. Concentração contemporânea da descoberta do País, é sabido, assim como por efeito de migrações espontâneas, ou, então, forçadas pela intolerância e perseguição por parte dos não-índios (a espremedura topográfica a que nos referimos no capítulo de nº 61). Seja como for, concentração indígena que se fez e se faz decisiva para a preservação da integridade territorial brasileira (esse elemento da soberania nacional), pois os nossos aborígenes, amantes e profundos conhecedores da nossa geografia, sempre souberam se opor com toda eficiência e bravura às tentativas de invasões estrangeiras em nosso País.



Pet 3.388 / RR

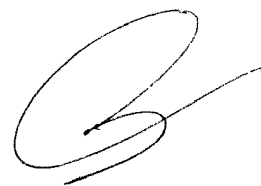
101. Realmente, os nossos indígenas sempre se dispuseram a defender a integridade do território brasileiro, ora por si mesmos, ora em articulação com lideranças patrióticas nacionais. O que nos dá a certeza da continuidade dessa colaboração junto às Forças Armadas e à Polícia Federal, esta última no desempenho de sua função constitucional de polícia de fronteiras (inciso III do §1º do art. 144), e, aquelas, no cumprimento do seu mister igualmente constitucional de defesa da Pátria (art. 142, cabeça). Onde escrever, em artigo recente, a atual senadora e ex-ministra do Meio Ambiente, Marina da Silva, também ela uma grande conhecedora da região norte desta nossa Terra de Santa Cruz: "A defesa das nossas fronteiras na Amazônia sempre recebeu grande contribuição das comunidades indígenas. Por exemplo, pela incorporação de seus jovens ao Exército para ações em áreas onde ninguém quer ou sabe ir" (jornal Folha de São Paulo, Caderno A, p. 2, edição de 4 de agosto de 2008). Isto sem deixar de tecer comentários sobre a particular situação do Estado de Roraima, a propósito, justamente, da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, *literis*: "A população de Roraima não chega a 400 mil habitantes. Para os cerca de 350 mil não-índios há quase 11 milhões de hectares de terras disponíveis, diz estudo do Instituto Socioambiental. Comparando, Pernambuco tem 9,8 milhões de hectares para cerca de 8 milhões de habitantes".



Pet 3.388 / RR

102. Nesse contexto, longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das nossas faixas de fronteiras, **a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as duas citadas instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal) se façam também permanentemente presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias, agentes e tudo o mais que possa viabilizar a mais otimizada parceria entre o Estado e as nossas populações nativas.**

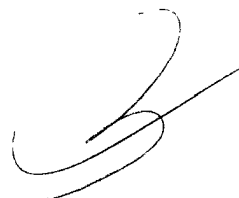
103. Conforme dito precedentemente, se o Poder Público se faz ausente em terras indígenas, tal omissão é de ser debitada exclusivamente a ele, Estado, e não aos índios brasileiros. Índios que não podem se opor a essa presença (juridicamente não podem, frise-se) e ainda necessitam dela para a contínua elevação dos seus padrões de segurança, politização, educação, saúde, transporte e demais itens de bem-estar material. Não é por aí, portanto, que se pode falar de abertura de flancos para o tráfico de entorpecentes e drogas afins, nem para o tráfico de armas e exportação ilícita de madeira. Tampouco de perigo para a soberania nacional, senão, quem sabe, como uma espécie de desvio de foco ou *cortina de fumaça* para minimizar a importância do fato de que empresas e cidadãos estrangeiros é que vêm promovendo a internacionalização fundiária da



Pet 3.388 / RR

Amazônia legal, pela crescente aquisição de grandes extensões de terras. A cupidez estrangeira a se aproximar cada vez mais, acrescente-se, das nossas incomparáveis reservas de água doce, biodiversidade e jazidas de urânio, nióbio, ouro, diamante e cassiterita, além petróleo e gás natural (ao menos na franja da divisa do Brasil com a Venezuela).

104. Enfim, quem proíbe o Estado brasileiro, mormente o Estado-União, e mais especificamente ainda o Estado-Forças Armadas e o Estado-Polícia Federal, - quem proíbe o Estado brasileiro, dizia eu, de ocupar o espaço funcional que lhe cabe em terras indígenas? Quem impede o governo brasileiro de responder às ONG's estrangeiras, e até mesmo à ONU, com toda altivez e *em alto e bom som*, que neste nosso território somos nós que mandamos? Quem obsta o Estado soberano do Brasil de *espalhar pelos quatro cantos do mundo* que nenhum outro Estado independente avançou tanto na questão indígena, tutelarmente, como o Estado brasileiro pós Constituição de 1988? E que, portanto, nenhum outro povo tem lições pra nos dar na matéria? Resposta: unicamente ele mesmo, Estado brasileiro, certamente por motivo de uma acanhada interpretação das suas próprias competências constitucionais, no tema, como, por exemplo, a que assiste à União para "assegurar a defesa nacional", de permeio com a execução dos "serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras"

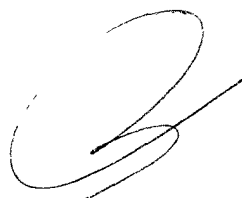


Pet 3.388 / RR

(incisos III e XXII, respectivamente, do art. 21 da Constituição). Despercebidas, talvez, as nossas autoridades, tanto civis quanto militares, do enorme trunfo que é poder conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência malsã de certas ONG's, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o sentimento de brasilidade que nos irmana a todos. Missão até favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. *Olho e pálpebra* que são de uma terra que lhes dá um multimilenar sustento e que lhes povoa o sonho imemorial de nela viver em paz para todo o sempre.

O caso concreto da demarcação da terra indígena "Raposa Serra do Sol"

105. Chego à derradeira parte deste voto, que outra não pode ser senão o exame do caso concreto. Fazendo-o, enfrento, como de estilo, as questões formais. Isso para de logo me contrapor às alegações de nulidade do processo demarcatório, por suposta agressão às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois as duas situações jurídicas ativas foram plenamente exercitadas tanto pelo Estado de Roraima quanto pelos demais atores processuais.



Pet 3.388 / RR

106. No ponto, anoto que os trabalhos de demarcação da área indígena Raposa/Serra do Sol começaram em 1977, data a partir da qual o tema ganhou todas as tintas dos chamados "fatos públicos e notórios". Daí porque, em acréscimo a essa publicidade natural, o estudo de 1991/1992 foi sinteticamente publicado no diário oficial da União já em abril de 1993³, tudo conforme os dizeres do § 7º do art. 2º do Decreto 22/91 e como decorrência do aforismo do *tempus regit actus* e do princípio processual da instrumentalidade das formas. **Tempo mais que suficiente para que todas as partes e demais interessados se habilitassem no procedimento e ofertassem eventuais contraditas**, porquanto o primeiro despacho do Ministro da Justiça Nelson Jobim somente se deu em 1996 (despacho de nº 80/96, excluindo da área a demarcar parte das terras atualmente reivindicadas por arrozeiros). Noutros termos, nulidade haveria tão-somente se os interessados requeressem e lhes fossem negados pela Administração Federal seus ingressos no feito, o que jamais ocorreu.

107. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias indígenas da área: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao

³ Fls. 1.296/1.300 do vol. 5.



Pet 3.388 / RR

Conselho Indígena de Roraima - CIR⁴. Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições. Todos forneciam informações e nenhum deles subscreveu o relatório nem o parecer antropológico, elaborados pela antropóloga Maria Guiomar Melo, servidora da FUNAI, e pelo Prof. Paulo Santilli, respectivamente.

108. Também não vejo como causa de nulidade o fato de o advogado responsável pelo parecer jurídico (Felisberto Assunção Damasceno) haver sido indicado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Tal parecer não foi além de sua natureza opinativa e passou pelo crivo da Presidência da FUNAI, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e de outras instâncias administrativas em sucessividade processual endógena, como, v.g., o Consultor Jurídico da Casa Civil da Presidência da República. É o que também penso quanto à alegada *não participação* de membros do grupo oficial de trabalho na confecção do laudo antropológico, bem assim no que tange ao fato de servidores administrativos, devidamente treinados, efetivarem levantamentos de índole meramente censitária de pessoas e bens. Já aqueles que representavam os interesses do Estado de Roraima - também o demonstram os documentos dos autos⁵ -, tinham eles por função apresentar estudos de que não se desincumbiram por

⁴ Vide membros do grupo técnico interinstitucional às fls. 425 do vol. 2. Remarque-se que nada foi feito às escondidas.

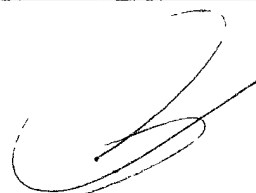


Pet 3.388 / RR

vontade própria. Resultando claro que tal inércia não era mesmo de estancar um proceder administrativo que já se fazia em descompasso com a determinação constitucional de conclusão de todas as demarcações de terras indígenas "no prazo de até cinco anos a partir da promulgação de Constituição" (art. 67 do ADCT).

109. O que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo: os antropólogos Maria Guiomar Melo e Paulo Brando Santilli. Este último indicado e permanentemente prestigiado pela Associação Brasileira de Antropologia, de cujos quadros societários faz parte como acatado cientista. Ele foi o responsável pela confecção do parecer antropológico que, a partir dos estudos e levantamentos feitos pela Dra. Maria Guiomar (ela também um destacado membro da Associação Brasileira de Antropologia), serviu de base para os trabalhos demarcatórios em causa, assinando-o solitariamente, como estava autorizado a fazê-lo (tanto quanto a Dra. Guiomar). Afinal, é mesmo ao profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena. O que se lhe mostra impertinente ou estranho **é laborar no plano de uma suposta conveniência da busca de um consenso**

⁵ Fls. 583/585 do vol. 3.



Pet 3.388 / RR

entre partes contrapostas e respectivos interesses, que ele, Paulo Santilli, acertadamente não intentou.

110. De se ver que o Estado de Roraima teve sua participação garantida no grupo de trabalho da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), bastando lembrar que foi prontamente acatada sua indicação de nada menos que sete (07) servidores da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Interior e Justiça. Ademais, poderia exercer os seus direitos também sob o mecanismo posto no § 5º do art. 2º do Decreto nº 22/91:

§ 5º. Os órgãos públicos federais, estaduais e municipais devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar, perante o Grupo Técnico, informações sobre a área objeto de estudo, no prazo de trinta dias contados a partir da publicação do ato que constituir o referido grupo.

111. Sigo para realçar que a participação de índios vinculados ao CIR, aliada ao fato de apenas dois antropólogos assinarem suas peças técnicas (cada qual a sua), nada disso habilita o autor popular e seus assistentes a concluírem pela parcialidade do laudo antropológico. Da mesma forma que não se pode impugnar o laudo



Pet 3.388 / RR

dos peritos do Juízo, sob a argumentação de que todos eles simpatizavam com as teses defendidas pelo Estado de Roraima, na medida em que publicaram trabalhos de defesa da demarcação em forma de ilhas e revelaram o máximo de preocupação com a manutenção da soberania nacional (em especial quanto à fronteira do Brasil com a Venezuela), além de que centraram suas pesquisas no desenvolvimento tecnológico de solos com o fito de demonstrar a possibilidade de maior produtividade em reduzidas dimensões de terra. Não é isso que atesta a parcialidade de quem quer que seja, como não infirma aquilo que verdadeiramente conta para o desate da causa, como reiteradamente vimos enfatizando: as coordenadas diretamente constitucionais sobre o magno tema da demarcação de toda e qualquer terra indígena.

112. Também não se reveste da importância que lhe emprestam o autor popular e seus assistentes a alegação de que houve uma proliferação artificial de malocas, no curso do processo administrativo, dado que tal expansão, além de não provada como artificial, somente se deu após a feitura do parecer antropológico. Também assim a fraude que decorreria da distância de 180 km entre as malocas (*famílias extensas*) Mapaé e Cedro, pois é fato que tal distanciamento foi medido a partir de uma maloca Ingarikó, situada no extremo norte da área, até outra maloca da etnia Makuxi, situada

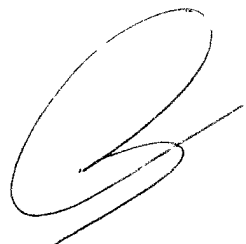


Pet 3.388 / RR

mais ao sul dessa mesma área. **Sendo que na demonstração desse preciso trajeto foi omitida, sabe-se lá por que, a real presença de nada menos que 81 malocas** (segundo mapas constantes dos autos)⁶. Por fim, ações pretensamente fraudulentas, como o emprego de motoristas como se técnicos agrícolas fossem, mas que se revelaram como argumento equivocado, pois o que se tem como indicativo de fraude não foi senão um erro material: chamar de técnicos agrícolas quem, de fato, era motorista. Por isso mesmo que, logo nas páginas seguintes do laudo, o erro foi reparado: quem era de fato motorista como tal foi nominado⁷.

113. Mácula processual ou defeito de forma também não se extrai da consideração do crescimento, entre o laudo antropológico e o concreto ato de demarcação, de 1.678.800 ha para 1.747.089 ha (Decreto de 15/04/2005) como o real perímetro da área afinal demarcada. Cuida-se de diferença que os próprios autos sinalizam como natural ou não desarrazoada. É que o técnico que definiu a primeira "marca" o fez em caráter estimativo, tanto assim que até então não comparecera fisicamente ao local e se valera tão só de instrumentos mecânicos de mensuração (planímetro e curvímetro), considerada a definição antropológica da área e apenas de posse de mapa cartográfico. Num segundo momento, porém, profissional diverso

⁶ Fls. 1.314/1.322 do vol. 6



Pet 3.388 / RR

já se deslocou pessoalmente até a área a mensurar para então se valer, agora sim, de fontes cartográficas mais precisas e tecnologia atualizada, como sistema de posicionamento global - GPS, imagens de satélite e cálculos computacionais⁸. Tudo a rechaçar qualquer eiva de nulidade processual.

114. Encerro este enfrentamento das questões formais para estranhar que, mesmo à face de trabalhos antropológicos revestidos de todos os elementos de uma etno-antropologia e de uma antropologia social e cultural adequada, pois reveladores da interatividade orgânica dos índios com suas terras e consigo mesmos, tudo enlaçado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à riqueza sentimental das relações uxórias e de parentesco, cosmogonia, artes, coleta, caça, pesca, festas, tradições, crenças, economia, etc., insistam o autor popular e todos que o secundam neste processo em adjetivar tais peças antropológicas como simplesmente genéricas ou abstratas. Supostos repositórios de "guarda-chuvas", pois serviriam para qualquer demarcação de terra indígena. Afirmação, contudo, que penso derivar do desconhecimento da multifacetada cultura aborígine, como o próprio fato de que muitas etnias são dispersões originárias de um mesmo tronco, inclusive lingüístico e religioso, variando tão-só a forma de expressão ou de produtividade. Casos típicos do "timbó",

⁷ Fls. 1.430: identificação dos membros do Grupo de Trabalho. Fls. 1.432: identificação dos dois servidores do Governo do Estado como motoristas.



Pet 3.388 / RR

planta que se usa como instrumento de pesca; das imbiras, que são armadilhas de caça; da coivara, uma técnica de rotatividade de solos para plantio; ou da areruia como sincretismo religioso.

115. Muito bem. Superadas as questões formais, avanço para o lado substantivo da demarcação. Não sem antes ressaltar que a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com extensão a abranger, aproximadamente, 7,5% do território do Estado de Roraima. Fazendo-o, estou convicto de que os autos retratam o seguinte:

I - toda a área referida pela Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, é constituída de terras indígenas, como conceituado pelo § 1º do art. 231 da Constituição Federal. Terras indígenas contíguas ou lindeiras, ainda que ocupadas, em grande parte, indistinta ou misturadamente pelas etnias Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Patamona e Wapichana. Indiferenciação, essa, que se evidencia pelos 150 anos sem conflitos armados *interétnicos* e reforçada pela presença de: a) uma língua franca ou de tronco comum; b) intensas relações de trocas; c) uniões exogâmicas. Mais: cuida-se de terras indígenas ocupadas por forma tradicional e

⁸ Fls. 1.265/1.267 do vol. 5.



Pet 3.388 / RR

permanente à face do marco temporal do dia 05 de outubro de 1988 conforme demonstração convincentemente feita pelo laudo e parecer antropológicos de fls. 423/548. Todas elas em nada descaracterizadas pelo fato das posses ilegítimas que se deram com maior vigor no século XX, mediante a expulsão dos índios das margens dos rios e igarapés e das terras ao pé das montanhas. Posses ilegítimas, protagonizadas pelos "civilizados [que] ambicionavam para seus gados as pastagens" (Serviço de Proteção ao Índio)^{9/10};

II - em que pese a demarcação pecar pela falta de observância do vetor *monoétnico* para a definição dos limites das várias terras indígenas lindeiras que formam toda a área conhecida como Raposa Serra do Sol - tema nem sequer agitado pelas partes e seus assistentes -, de tal circunstância nenhum prejuízo resultou para os índios das cinco etnias em comento. Motivo, aliás, da inexistência da irresignação de nenhum membro individual ou órgão representativo de qualquer das comunidades envolvidas, o que seguramente se explica: a) pelo fato da intensa e antiga miscigenação entre os seus componentes; b) pela

⁹ Fls. 1.987/1988 do vol. 8.

¹⁰ Fls. 727/728 do vol. 3.



Pet 3.388 / RR

concreta dificuldade de precisa identificação da área de movimentação física de cada uma dessas tribos ou etnias autóctones;

III - a extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais aqui longamente descritas, sobretudo à vista do que vimos chamando de postulado da proporcionalidade extensiva. Valendo enfatizar que a demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos. Sem falar que não têm préstimo para esse fim critérios não-índios de mensuração, como, por exemplo, cálculo de hectare/habitante e *clusters* (demarcação por ilhas ou do tipo "queijo suíço"). As próprias características geográficas da região contra-indicam uma demarcação avara ou restritiva, pois a reconhecida infertilidade dos solos (causadora da necessidade da prática da coivara e da pecuária extensiva), os períodos de cheias e a acidentada topografia da região já são em si mesmos um contraponto ao generoso querer objetivo da Constituição em matéria de proteção indígena¹¹;

¹¹ Generoso querer da Constituição que, de modo algum, retira dos não-índios o espaço necessário para seu adequado desenvolvimento. É que, em se tratando do Estado de Roraima (como da maioria dos Estados da região Norte do Brasil), as extensões territoriais são superlativas. Prova disso é que



IV - a desintrusão ou retirada dos não-índios, tão massiva quanto pacificamente, seguida de majoritário reassentamento por parte do governo federal, já sinaliza a irreversibilidade do procedimento. Daí porque o fato da antiguidade de instalação das vilas "Água Fria", "Socó", "Vila Pereira" (do Surumu) e "Mutum" não autoriza inferir que a Constituição, por haver proibido o garimpo em terras indígenas, optou pela permanência de qualquer dessas povoações. Ainda mais quando, a partir de 1990, a ocupação não-índia somente se deu em função da chegada dos garimpeiros que foram retirados da Terra Indígena Yanomami durante a operação conhecida por Serra Livre. Nada justifica tal ilação, pois o fato é que já não há como concluir pela viabilidade do retorno do garimpo e da economia privada das fazendas, num atual contexto sócio-econômico-institucional de quase absoluta presença de índios (nas vilas Socó e Água Fria, por ilustração, o que remanesce da presença não-índia se restringe a 1 e 3 ocupações, respectivamente);

as terras não-indígenas do Estado de Roraima se estendem por uma área de 121.182,19 km², para uma população de menos de 400 mil habitantes. Só para que se tenha uma idéia da extensão dessas terras, o Estado de Pernambuco, com mais de 8 milhões de habitantes, possui 98.311,616 km². Já o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 43.696,054 km², é habitado por mais de 15 milhões de pessoas.



V - são nulas as titulações conferidas pelo INCRA, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, assim como inválida é a ocupação da "Fazenda Guanabara". Se não, veja-se: a) a autarquia federal, baseada em estudo de 1979, constante de procedimento demarcatório inconcluso¹² (ausentes portaria declaratória e decreto homologatório), sem qualquer consulta à FUNAI arrecadou terras da União como se devolutas fossem, alienando-as diretamente a particulares; b) sucede que as terras já eram e permanecem indígenas, sendo provisoriamente excluídas dos estudos de 1979 e de 1985 apenas para superar "*dificuldades que teria o Órgão Tutelar em demarcar*" tal área (dificuldades consistentes em litígios dos índios frente aos não-índios¹³; c) já a titulação da Fazenda Guanabara, alegadamente escorada em sentença com trânsito em julgado, proferida em ação discriminatória, também ela padece de vício insanável. É que a referida ação não cuidou da temática indígena, pois, equivocadamente, partiu do pressuposto de se tratar de terra devoluta. O que se comprova pelo acórdão do TRF da 1ª Região,

¹² Procedimento estabelecido, sucessivamente, pelos Decretos nºs 76.999/76 e 88.118/83, hoje já revogados.

¹³ Afirmação da antropóloga coordenadora do Grupo de Trabalho de 1984, constante da Informação DEID/FUNAI 007/98 (fls. 1143/1169, volume 5).



Pet 3.388 / RR

transitado em julgado, na ação de manutenção de posse que teve por autor o suposto proprietário privado. Acórdão que vocalizou o seguinte: "*comprovada através de laudo pericial idôneo a posse indígena, é procedente a oposição para reintegrar a União na posse do bem*"¹⁴. Pelo que não podem prosperar as determinações do Despacho nº 80/96, do então Ministro de Estado da Justiça, pois o que somente cabe aos detentores privados dos títulos de propriedade é postular indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé;.

VI - os rizicultores privados, que passaram a explorar as terras indígenas somente a partir de 1992 (após a promulgação da Lei Fundamental de 1988, destarte), não têm qualquer direito adquirido à respectiva posse. Em primeiro lugar, porque as posses antigas, que supostamente lhes serviram de ponto de partida, são, na verdade, o resultado de inescandível esbulho¹⁵. Como

¹⁴ Processo nº 1998.01.00.0850320, trânsito em julgado em 08/01/2004.

¹⁵ Esbulho que veio acompanhando da **multiplicação do tamanho de fazendas na região**. A história documentada pelos próprios posseiros demonstra que a Fazenda Depósito media, em 1954, 2.500 hectares (fls. 2.922). Em 1958, formou-se a Fazenda Canadá com parte da chamada Fazenda Depósito e já agora com extensão de 3.000 hectares (fls. 2.895 e 2924); portanto, maior que toda a área dividida. Em 1979, Lázaro Vieira de Albuquerque vende a Fazenda Canadá e nessa data possuía não mais que 1.500 hectares (fls. 2.925). Em 1982, as Fazendas Depósito e Canadá são vendidas e somam 3.000 hectares (fls. 2.926). Em 10/04/1986, as Fazendas Depósito (agora com 3.000



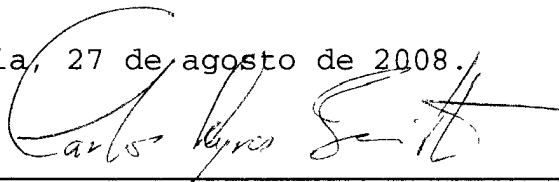
Pet 3.388 / RR

sobejamente demonstrado no laudo e parecer antropológicos, os índios foram de lá empurrados, enxotados, escorraçados. Não sem antes opor notória resistência, fato que perdura até hoje. Em segundo lugar, porque a presença dos arroteiros subtrai dos índios extensas áreas de solo fértil, imprescindíveis às suas (dos autóctones) atividades produtivas, impede o acesso das comunidades indígenas aos rios Surumu e Tacutu e degrada os recursos ambientais necessários ao bem-estar de todos eles, nativos da região.

116. Enfim, tudo medido e contado, tudo visto e revisto - sobretudo quanto a cada um dos dezoito dispositivos constitucionais sobre a questão indígena -, voto pela improcedência da ação popular sob julgamento. O que faço para assentar a condição indígena da área demarcada como **Raposa/Serra do Sol**, em sua totalidade. Pelo que fica revogada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2009, devendo-se retirar das terras em causa todos os indivíduos não-índios.

É como voto.

Brasília, 27 de agosto de 2008.



hectares), Canadá (com 3.000 hectares) e Depósito Novo (com 3.000 hectares), são vendidas, "**podendo ainda as áreas totais serem dimensionadas em proporção maior de 9.000 hectares**" (fls. 2927).

27/08/2008

TRIBUNAL PLENO

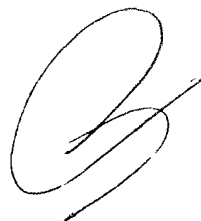
PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

RELATOR : **MIN. CARLOS BRITTO**
REQUERENTE(S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADVOGADO(A/S) : CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS
ASSISTENTE(S) : FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADVOGADO(A/S) : ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTROS
REQUERIDO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

V O T OQ U E S T Ã O D E O R D E M**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - (Relator):**

25. Conforme exposto no relatório, abre-se a presente questão de ordem para que o Plenário decida sobre os pedidos de admissão à lide, subscritos pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI (petição nº 62.154), Estado de Roraima (petição nº 64.182), Lawrence Manly Harte (petição nº 67.733), Comunidade Indígena Barro e outras (petição nº 68.192) e Comunidade Indígena Socó (petição nº 70.151).

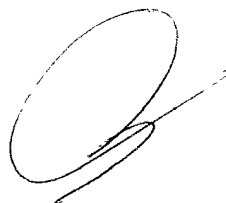
26. Com este propósito, **devo relembrar que tais pedidos só vieram aos autos após o encerramento da instrução.** Sendo relevante, ainda, rememorar que, efetivamente, a reabri. E o fiz, como demonstram os seguidos despachos que proferi nos autos (fls. 4940, 9064, 9605 e 9973), para que os relevantes documentos juntados



Pet 3.388 / RR

pelos peticionantes fossem objeto de contradita. Demais disso, os requerentes já figuram em outros processos, pendentes de julgamento, nos quais também se discute a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Como ainda devo lembrar que a inicial já tratara, em boa medida, dos interesses do Estado de Roraima e dos não-índios que ocupavam as terras sob disputa, ao sustentar que a demarcação em área contínua traria consequências desastrosas para o primeiro, sob os aspectos comercial, econômico e social. Prejuízo que se estenderia aos agricultores e outras pessoas naturais que tornavam a região produtiva há muitos anos. Sendo certo que os pedidos e as causas de pedir do autor popular foram reproduzidos, em larga medida, pelos novos pretendentes à condição de assistentes processuais ativos.

27. O que intento dizer com estas anotações é que seria inoportuna, totalmente prescindível ou mesmo imprópria, a formação de litisconsórcio ativo necessário nesta fase processual, devido a que este nosso Plenário já dispõe de perfeitas condições para julgar a controvérsia em sua totalidade. *Dizer o direito*, portanto, segundo as balizas fincadas pelas partes originárias do feito e após a respectiva fase probatória (art. 130 do CPC).

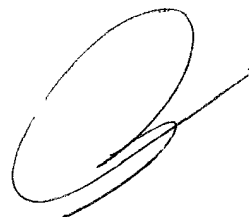


Pet 3.388 / RR

28. Sem embargo, tenho que o pedido dos retardatários é passível de acolhimento, desde que na moldura menor da assistência, **apanhando eles a causa no estado em que ela se encontra**. Logo, sem novos fundamentos, pedidos inéditos, tentativas de reabertura da instrução, sem prejuízo, é lógico, da análise das questões de ordem pública trazidas por qualquer deles. Até para evitar desnecessário alongamento no perfil instrutório de uma causa que, torno a dizer, pela sua patente repercussão político-social e elevada estatura constitucional, está a exigir pronta resposta decisória desta nossa Corte Maior de Justiça.

29. Isto assentado, e para embasar o encaminhamento que já principio a fazer para o julgamento da questão de ordem em si, trago à ribalta o precedente que nos vem do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 681.768, da relatoria do ministro Ari Pargendler), assim ementado:

"PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA. O assistente recebe o processo no estado em que se encontra (CPC, art. 50, parágrafo único), já não podendo requerer a produção de provas se, encerrada a instrução, os autos estão conclusos à sentença. Recurso especial conhecido e provido."



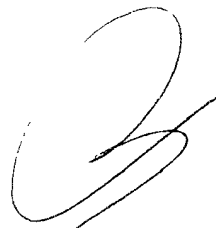
Pet 3.388 / RR

30. Nesse contexto, acrescento que a FUNAI tem a seu favor o enunciado do art. 35 da Lei nº 6.001/73, segundo o qual *"cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas"*. De seu turno, as comunidades indígenas - que já contam com a assistência da própria FUNAI - têm o respaldo maior do art. 232 da Constituição Federal, assim escrito:

"Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo."

31. No extremo oposto, anoto que o § 5º do art. 6º da Lei nº 4.717/65 faculta a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor na ação popular. Ação que *"obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil"* (art. 7º).

32. Nessa linha de orientação é que dispõe o art. 50 do CPC, *literis*:



Pet 3.388 / RR

"Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la."

33. Pois bem, diante de todo esse complexo quadro factual, e considerando o centrado objeto da ação popular, acedo ao reconhecimento de que todos os peticionários têm interesse jurídico em que a decisão final beneficie uma das partes, e, por extensão, a eles próprios.

34. É o quanto me basta para deferir os multicitados pedidos de ingresso na lide, fazendo-o, porém, nos seguintes termos: **a)** o Estado de Roraima (petição nº 64.182) e Lawrence Manly Harte e outros (petição nº 67.733), **na condição de assistentes do autor popular;** **b)** a Fundação Nacional do Índio - FUNAI (petição nº 62.154), a Comunidade Indígena Socó (petição nº 70.151) e a Comunidade Indígena Barro e outras (petição nº 68.192), **na posição de assistentes da ré**, que, no caso, é a União. Todos eles recebendo o processo no estado em que se encontra.

35. É como resolvo a presente questão de ordem.



27/08/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

VOTO

(S/QUESTAO DE ORDEM)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, solicito apenas um esclarecimento do Relator.

Recebendo documento nessa condição de assistentes litisconsorciais, no estado em que se encontra, já findo o processo nos termos do relatório de Vossa Excelência, queria apenas que ficasse bem clara a posição dos documentos carreados por eles. Digo isso porque, entre as dezenas de memoriais que recebemos, recebemos um dizendo que o laudo no qual se basearam os órgãos do Executivo para elaborar portaria e, posteriormente, o decreto presidencial, objeto da questão, teria sido trazido aos autos apenas pela Funai. E, no relatório de Vossa Excelência, à fl. 2, Vossa Excelência afirma que o autor trouxe apenas o laudo pericial constante de uma outra ação popular, que é aquela contra a própria. Ou seja, o laudo inicial questionado estaria no processo trazido por um desses assistentes? Vossa Excelência pode esclarecer? *J*

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Pela própria União, o laudo e o parecer; a União ré.

Pet 3.388 / RR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, os documentos trazidos aos autos pelos assistentes contam-se apenas para reafirmar o que já instruído? *h*

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Na verdade, as toneladas de documentos juntados, após 05/05, praticamente não inovaram substancialmente a lide.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A minha preocupação era só com o laudo. Então, se o laudo já estava pela União. *h*

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Tanto o laudo como o parecer, porque é um laudo antropológico e um parecer antropológico.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, nos termos expostos. *h*

#

27/08/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****E S C L A R E C I M E N T O**

A Sra. Ministra Ellen Gracie – Sr. Presidente, apenas para esclarecer que nas circunstâncias fica assegurada a sustentação oral também a estes litisconsortes, que deverão naturalmente dividir o tempo, na forma regimental.



27/08/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, a decisão a ser proferida pelo Supremo terá eficácia linear. Daí a conveniência de admitir-se seguimentos diversos no processo.

A lei regedora da ação popular é clara ao dispor sobre a admissibilidade de litisconsorte no processo e também de assistentes. Ressaltou o relator que os pedidos formulados vieram à balha quando já aparelhado o processo para julgamento e, evidentemente, não se tem, a esta altura, até mesmo porque se exige uma definição da Corte quanto à matéria de fundo, como retornar ao *statu quo ante* e, evidentemente, cogitar-se da admissão dessas pessoas jurídicas e também pessoas naturais, quer como litisconsortes ativos ou passivos na ação popular. A forma, a meu ver, engendrada pelo relator é a mais consentânea com a ordem natural das coisas, com a dinâmica do processo, com a organização do processo, admitindo-os, portanto, como assistentes, conforme previsto na lei relativa à ação popular.

Subscrevo as colocações do relator, inclusive quanto à importância deste julgamento.



27/08/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Menezes Direito e Carlos Britto (Relator).

V O T O(s/questão de ordem)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Gostaria de formular uma indagação ao eminente Relator, **considerado** o fato de que o Código de Processo Civil, **ao dispor** sobre o instituto da assistência, **prevê** duas modalidades distintas - a intervenção adesiva simples (CPC, art. 50) **e** a assistência litisconsorcial qualificada (CPC, art. 54) -, **havendo**, entre elas, como se sabe, consequências processuais expressivas.

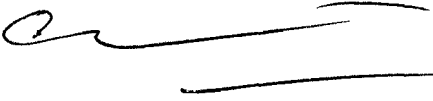
O motivo de tal indagação **prende-se** ao fato de que o eminente Relator invoca, **no item n. 32** de seu douto voto, **o art. 50** do CPC, **que cuida** da assistência simples, **para**, em seguida, **no item n. 34**, admitir, **na condição** de assistentes litisconsorciais, o Senhor Lawrence Manly Hart e outros, além das comunidades indígenas que intervieram na presente relação processual.



Pet 3.388 / RR

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro **Celso**, Vossa Excelência me permite? Tenho a impressão, pela leitura do voto do Ministro Relator, e até pela delimitação das conseqüências no campo processual, de que Sua Excelência fincou a admissão no art. 50 e não no art. 54.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Cuida-se, portanto, de intervenção aditiva simples **e não** de assistência litisconsorcial qualificada? 

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Sim, de intervenção aditiva simples. Porque senão ele não poderia dar as conseqüências processuais que deu em seu voto. Ele deu as conseqüências processuais do art. 50, que foi o fundamento para admissão da assistência simples.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Com base no art. 50. Exato. Perfeito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Estou de pleno acordo com o eminente Ministro-Relator, Senhor Presidente. 

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Eu citei o 50.

Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Mas, no item n. 34, de seu douto voto, Vossa Excelência admitiu-os como assistentes litisconsorciais qualificados. 

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Está certo. Farei a retificação.

27/08/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

VISTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, eu já tinha preparado o meu voto, mas, como nós verificamos das sustentações orais e, agora, do belíssimo voto produzido pelo eminente Ministro **Carlos Britto**, que trouxe algumas perspectivas extremamente ricas, peço vista dos autos.

Creio que o tema é extremamente complexo. O eminente Ministro **Carlos Britto** mostrou conhecimento sobre a totalidade da matéria e explicitou o enorme volume dos autos e das informações de natureza fática. E esta Suprema Corte deve, pelo menos na minha compreensão, sobre esse processo refletir.

Por isso, peço vista dos autos.

min

27/08/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**

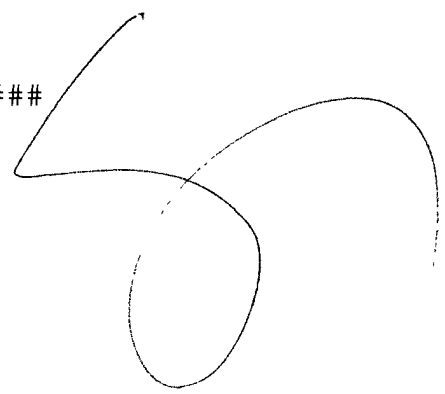
TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, portanto, como nós vimos, tivemos um voto extremamente denso, permeado de considerações jurídicas, e também marcado por complexas questões fáticas. Certamente justificam plenamente o pedido de vista formulado por Sua Excelência o Ministro Menezes Direito, que já tem voto pronto, e certamente trará essa sua manifestação em tempo adequado.

Nós esperamos ainda neste semestre encerrar este julgamento.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****PETIÇÃO 3.388-4**

PROCED.: RORAIMA

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQTE.(S): AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

ADV.(A/S): CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS

ASSIST.(S): FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI

ADV.(A/S): ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTROS

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem, proposta pelo Relator, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, na posição de assistentes da União, todos eles recebendo o processo no estado em que se encontra. Em seguida, após o voto do Relator, julgando improcedente a ação popular, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo assistente Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, o Dr. Antônio Glaucius de Moraes; pelo Estado de Roraima, o Dr. Francisco Rezek; pelos assistentes Lawrence Manly Harte e outros, o Dr. Luiz Valdemar Albrecht; pela União e pela assistente Fundação Nacional do Índio - FUNAI, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; pela assistente Comunidade Indígena Socó, o Dr. Paulo Machado Guimarães; pelas assistentes Comunidade Indígena Barro e outras, a Dra. Joenia Batista de Carvalho, e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da



República. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 27.08.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


f) Carlos Alberto Cantanhede
Secretário

10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**VOTO – VISTA****O EXMO. SR. MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Trata-se de ação popular proposta por Augusto Affonso Botelho Neto, pedindo liminarmente a suspensão e definitivamente a declaração de nulidade da Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005, do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial que a homologou, de 15 de abril de 2005, além de *"toda e qualquer portaria que tenha por finalidade frustrar o andamento judicial das ações que discutam a demarcação da Raposa Serra do Sol"* (fl. 22).

Sustenta o autor que o referido ato, que substituiu a Portaria nº 820/1998, foi expedido sem que fosse observado o procedimento regular de demarcação e nesse sentido aponta que: (i) somente houve participação de grupos indígenas que apoiavam a demarcação; (ii) o governo do Estado de Roraima estava, na época, comprometido com a demarcação; (iii) não houve participação adequada da academia; (iv) a única representante das expressões religiosas foi a Igreja Católica; (v) não houve participação dos Municípios de Boa Vista e Normandia nem dos produtores agropecuários, comerciantes, garimpeiros e outros grupos de interesses; (vi) o Grupo Interinstitucional de Trabalho não apresentou *"relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada"*, como determinaria o parágrafo 7º do art. 2º do Decreto nº 22/91, que vigorava na época; (vii) o relatório apresentado pela antropóloga não forma um corpo lógico tendente a indicar qualquer tipo de demarcação e não contém análise sobre o impacto na economia da região e na segurança nacional; (viii) o laudo antropológico da FUNAI (subscrito pela antropóloga) é reprodução de laudo anterior que tinha conclusão diversa; (ix) a Portaria nº 820/98 englobou na demarcação da reserva a área do Parque Nacional do Monte Roraima além de área já demarcada anteriormente em benefício dos índios Ingarikós; (x) o relatório do Grupo Interdisciplinar foi assinado apenas pela antropóloga Maria Guiomar e esta não estava representando os demais membros, já que a grande maioria dos técnicos nomeados nem mesmo tinha conhecimento do relatório, sendo dois deles motoristas do governo do Estado de Roraima.

Pet 3.388 / RR

Tais irregularidades, segundo a inicial, seriam idênticas às que viciavam a Portaria nº 820/1998, originada do mesmo procedimento, sendo que a nova portaria “teve o condão de aumentar a área a ser demarcada” (fl. 5).

Alega o autor, ainda, que as consequências da demarcação serão desastrosas para o Estado de Roraima e para o Brasil, com considerações relativas à segurança nacional, referindo-se às pretensões da Venezuela sobre parte de nosso território e à intenção da Organização das Nações Unidas - ONU de restringir a atuação das Forças Armadas em territórios indígenas.

Diante do requerimento quanto à distribuição, o eminente Relator, Ministro **Carlos Britto**, encaminhou os autos à Presidência, que decidiu pela manutenção da distribuição por prevenção.

A liminar foi indeferida, assim como o respectivo agravo regimental desprovido. Eis a ementa:

*“AÇÃO POPULAR. LIMINAR INDEFERIDA. DEMARCAÇÃO DA RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. HOMOLOGAÇÃO. PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL. Deve ser mantida a decisão que, para indeferir a liminar, levou em conta a complexidade da matéria, a possibilidade de acirramento dos ânimos na região, bem como a necessidade de se completar a relação processual com a citação da União. Agravo regimental desprovido” (Pet nº 3.388/RR-AgR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Carlos Britto**, DJ de 4/8/06).*

Contestou a União defendendo a validade da Portaria e pedindo a improcedência do pedido. A peça traça o histórico da ocupação indígena e da legislação sobre os índios, afirma não haver lesão à Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal (“os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”) e discorre sobre a natureza da posse nas terras de reserva, que seria diversa da natureza da posse civil.

A União ampara a legalidade e a regularidade do procedimento, cujo rito, previsto no Decreto nº 1.775/96, respeita o contraditório e a ampla defesa ao prever a manifestação de todos os interessados, dizendo não haver provas das alegações quanto às irregularidades apontadas ou de lesão ao patrimônio público, não tendo o demandante demonstrado “*quaisquer dos vícios de que trata o art. 2º da Lei nº*

Pet 3.388 / RR

4.717/65: (a) incompetência; (b) vício de forma, (c) ilegalidade do objeto; (d) inexistência de motivos; ou (e) desvio de finalidade” (fl. 321). Negou, por fim, o alegado acréscimo de áreas, sustentando que quando da execução da demarcação foram encontrados 1.747.464 hectares em vez de 1.678.800, o que é comum.

Nenhuma das partes requereu a produção de provas e somente a União se manifestou em alegações finais, reiterando os argumentos da contestação.

Em seu douto parecer, o Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, fundamentando-se na inexistência de demonstração efetiva de qualquer ilegitimidade com força para anular a Portaria nº 534/2005, afirmando, também, que o estudo que embasa a argumentação do autor não pode prevalecer sobre aquele “*realizado de maneira legítima e regular, por profissional habilitado e isento*”. Sustenta que desde a Constituição de 1934 nosso ordenamento vem buscando assegurar usos, costumes e tradições das comunidades indígenas, mas que a Constituição de 1988 rompeu “*em definitivo com a visão integracionista que antes permeava a proteção às comunidades indígenas*”, sendo que “*hoje reconhece-se a necessidade e aspiração dos povos indígenas de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e manter e fortalecer a sua cultura, no âmbito dos Estados onde localizados*”, no que os assistentes da ré chamam de “*interação*” (fls. 395 e 9.073).

Transcrevendo o disposto nos artigos 231 e 232 da Constituição da República, afirma que “*a posse a ser garantida aos indígenas há de ser aquela voltada ao seu sustento e indispensável à preservação de sua identidade cultural, devendo abranger todo o espaço físico necessário para tanto*” (fl. 397).

Cuida também da necessária distinção entre a posse indígena e aquela de direito civil, em uma relação que **José Afonso da Silva** chama de “indigenato” e que, transcendendo o aspecto patrimonial, a extensão do espaço a ser destinado às comunidades indígenas somente poderá ser definida por meio de estudo antropológico, que é etapa do procedimento estabelecido pelo regime legal em vigor através do Decreto nº 1.775/1996, que, por sua vez, prevê as seguintes fases: (i) estudo multidisciplinar, conduzido por antropólogo, que indicará os limites do território em conformidade com o art. 231 da Constituição; (ii) designação de grupo técnico especializado com a finalidade de realizar estudos complementares, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional; (iii) encaminhamento do

mit

Pet 3.388 / RR

resultado do trabalho ao Presidente da FUNAI; (iv) abertura de prazo para impugnações; e (v) remessa do procedimento ao Ministro da Justiça que poderá declarar, por portaria, os limites da terra indígena, prescrever as diligências que julgar necessárias ou desaprovar a identificação.

Com isso, aduz que o procedimento demarcatório observou todas as fases procedimentais exigidas pela ordem legal, tendo respeitado, no que se refere ao contraditório e à ampla defesa, o comando dos artigos 2º, §§ 8º e 9º do Decreto nº 1.775/1996, *“já declarados legítimos, como efetivos garantidores dos princípios citados, pelo Plenário dessa Corte, quando do julgamento do MS nº 24.045, DJ de 5.8.2005, e do MS nº 25.483, DJ de 14.9.2007”* (fl. 399). Quanto ao estudo antropológico, o fato de haver sido assinado por um único perito não constituiria irregularidade quando a lei não exige modo diverso.

Prosseguindo na avaliação dos argumentos do autor, diz que a alegada *“posse ou propriedade das terras por quem não componha o grupo indígena originário (CR, art. 231, § 2º) é questão ultrapassada por tudo quanto foi exposto e em face da premissa técnica de serem as terras em análise tradicionalmente ocupadas por indígenas”* (fl. 400) e que a existência de índios já integrados à sociedade *“é de todo irrelevante, na medida em que o território, enquanto espaço indispensável à identidade e cultura do grupo, é direito indisponível”* (fl. 400). A alegada ameaça à segurança nacional não se justificaria por já haver outras áreas demarcadas em faixa de fronteira, como é o caso da reserva Yanomami. Além disso, acrescenta, o então Ministro da Justiça, **Nelson Jobim**, já teria afirmado que a localização de área indígena em zona de fronteira não inviabiliza a demarcação, sendo a concepção do Projeto Calha Norte voltada para a ocupação humana. Assim, *“ou se recusa aos índios a condição de humanos, ou se os tem por incapazes para os fins daquele projeto, conclusões, no mínimo, inadequadas”* (fl. 404). De todo modo, a disciplina da atuação das Forças Armadas em terras indígenas pelo Decreto nº 4.412/2002 acomodaria ambos os interesses.

Por fim, não estando a delimitação da área indígena sujeita a critérios de ordem política, o argumento de que o Conselho de Defesa Nacional deveria ser ouvido não deve subsistir, como estatuído no MS nº 25.483.

Foi nessa fase já adiantada do processo que vieram aos autos petições de diversas entidades declarando interesse na ação e requerendo o ingresso na lide,

Pet 3.388 / RR

na qualidade de assistentes. Pelo autor, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, Lawrence Manly Hart e outros e o Estado de Roraima. Pela União, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, a Comunidade Indígena Socó e as Comunidades Indígenas Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai.

Das manifestações dos interessados, cumpre destacar alguns dos argumentos apresentados, do lado do autor, pelo Estado de Roraima e, do lado da ré, pela Fundação Nacional do Índio.

O primeiro, que requereu seu ingresso como litisconsorte ativo necessário, pede a declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005, que futura demarcação seja fixada de forma descontínua, assegurando a preservação da faixa de 150km de fronteira e excluídas as sedes de diversos municípios, imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934 e as terras tituladas pelo INCRA antes da Constituição de 1988, os imóveis situados na faixa de fronteira, as rodovias estaduais e federais e as respectivas faixas de domínio, as plantações de arroz irrigado no extremo sul da área indígena indicada, as áreas destinadas à construção da hidrelétrica do Cotingo, o Parque Nacional do Monte Roraima e *“outras áreas que venham a ser consideradas fora do alcance previsto no art. 231, caput, da CF/88”*.

Na sua extensa manifestação, o Estado de Roraima traça o histórico do processo de demarcação da área indígena Raposa Serra do Sol para demonstrar as irregularidades que sobre ele pesam, de modo a acarretar sua nulidade: (i) o vício na formação do laudo antropológico, assinado tão-somente pela antropóloga e que não teria contado com a participação dos componentes nomeados, alguns deles sequer especialistas, o que já fora apontado pelo autor; (ii) a edição da Portaria nº 534/2005, amparando-se nos mesmos documentos que fundamentaram a Portaria nº 820/1998, não teria o condão de afastar as irregularidades do procedimento; (iii) o laudo da antropóloga difere daquele elaborado por ela mesma, em 1981, apenas em sua conclusão, que sugeria a demarcação em ilhas, tendo aderido, sem justificativas, à tese do estudo de outro antropólogo, pela demarcação em forma contínua; (iv) esse estudo teria sido juntado ao laudo como peça do documento submetido ao Ministério da Justiça, que acabou ficando sem unidade, o que levou o então Ministro da Justiça, **Nelson Jobim**, a afirmar que *“o levantamento antropológico de 1993, posterior ao de 1981, não contém fundamento específico algum que demonstre ser essa parte da área indispensável à preservação indígena. Na verdade, o laudo de 1993 é absolutamente*

Pet 3.388 / RR

silente quanto a qualquer fundamento revisor, nessa parte, do laudo anterior"; e (v) não constou do processo administrativo demarcatório nenhuma informação sobre a publicação e a divulgação do relatório circunstanciado do Grupo de Trabalho.

Além da impugnação ao processo em sua forma, o Estado de Roraima ataca a demarcação em área contínua por entender que fere o princípio da razoabilidade e prejudica a sociedade e a economia do Estado; sustenta a inconstitucionalidade do Decreto Presidencial nº 22/91, que regulou boa parte do processo de demarcação, por violação do contraditório e da ampla defesa que mesmo o Decreto nº 1.775/96 não poderia sanar, já que permitiu apenas uma manifestação posterior dos interessados; aduz que a ampliação da área da reserva, de 1.341.510ha (um milhão, trezentos e quarenta e um mil, quinhentos e dez hectares) para 1.577.850ha (um milhão, quinhentos e setenta e sete mil, oitocentos e cinquenta hectares), em 1985, e daí para 1.678.800ha (um milhão, seiscentos e setenta e oito mil, oitocentos hectares), em 1992, e por fim para 1.747.464ha (um milhão, setecentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e quatro hectares), no decreto de 15 de abril de 2005, deu-se sem nenhum fundamento; e defende a manutenção da continuidade dos Municípios e títulos de propriedade, que não poderiam ser desconstituídos por ato infralegal.

Esses títulos, aliás, deveriam ser considerados na demarcação desde que, segundo o Estado de Roraima, fossem anteriores a 1934, quando pela primeira vez se reconheceu a proteção à posse das terras que ocupavam. Isso porque o Alvará Régio de 1680 não teria sido recepcionado pela Constituição de 1824, já que esta não fez menção alguma à causa indígena. Além disso, sustenta que somente a partir da Emenda Constitucional nº 1/1969 é que teria ficado estabelecida *"expressamente a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas"*, pois aquele foi o primeiro texto constitucional que assim dispôs (art. 198, § 1º).

O Estado de Roraima prossegue alegando que com a proclamação da República as terras devolutas passaram a pertencer aos Estados, que mesmo o estabelecimento da faixa de fronteira não teria prejudicado esse domínio e que, diante do que dispõe a Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal, as terras de aldeamentos extintos não poderiam ser consideradas como parte das terras tradicionalmente ocupadas. Essa discussão envolveria a própria definição desse

Pet 3.388 / RR

conceito, que não poderia ser alargado ao ponto de se entender que por onde quer que os índios pisem haverá direito à respectiva posse.

Por último, após reiterar os argumentos de que a demarcação ensejaria a quebra do pacto federativo e, no caso de Roraima, a ausência de terras retirar-lhe-ia a autonomia, entende que devem ser retirados da área demarcada os imóveis titulados pelo INCRA, a Fazenda Guanabara, a área ocupada pelos arroteiros, os centros populacionais consolidados e as demais propriedades ali existentes.

A FUNAI, por sua vez, fez lembrar que a posse das áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios, que no caso de Roraima equivale a 7,79% de seu território, é inalienável, indisponível e insuscetível de prescrição aquisitiva, como reconheceu o eminente Ministro **Celso de Mello** no julgamento do RE nº 183.188, e que não há uma necessária tensão entre o direito dos índios e o princípio federativo e, de todas as maneiras, a ponderação dos interesses indicaria a prevalência do primeiro. Afirma que a entrada de diversos posseiros somente se deu após o decreto demarcatório e, após considerações sobre a exploração econômica feita pelos índios nas terras da reserva, defende a demarcação contínua, única forma de garantir a mobilidade dos índios para sua reprodução e para a execução de sua forma de cultivo com o revezamento de terras.

Renova o argumento de que a demarcação não importa em risco para a soberania nacional, pois os índios garantiriam a ocupação e poderiam colaborar, como já o fazem, com as Forças Armadas na identificação do terreno e na composição das tropas.

Por último, após reproduzir o texto do art. 46 da declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de setembro de 2007, com o intuito de demonstrar que a ONU "*em momento algum ameaça a soberania dos Estados-membros*" (fl. 4.971), registra que o Monte Roraima encontra-se na área da terra indígena e, sendo considerado de valor místico para as etnias ali fixadas, a demarcação em ilhas poderia impedir o acesso a ele e, conseqüentemente, o livre exercício de suas crenças.

Sobre os acréscimos dos interessados manifestou-se a União, nada opondo quanto ao ingresso da FUNAI e das comunidades indígenas, mas entendendo não ser possível a integração do Estado de Roraima no processo como litisconsorte ativo necessário, pois a competência já estava definida antes mesmo de o Estado

Pet 3.388 / RR

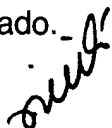
pretender ingressar à lide e o direito de ir a Juízo não pode depender da vontade de outrem, caso em que *“seria possível imaginar situação em que um dos litisconsortes se negasse a demandar”* (fl. 9.786).

Rebate os argumentos trazidos na intervenção do Estado, sustentando que a ocupação indígena na área é histórica, tendo o aldeamento se iniciado pelos portugueses em 1775 com a construção do Forte de São Joaquim, foi testemunhada pelo Marechal Rondon e foi reconhecida legalmente, através do Alvará de 1º de abril de 1680 e pela Lei nº 941, de 17 de outubro de 1917, do Estado do Amazonas. Reforça os argumentos sobre a natureza da posse indígena e quanto à sua proteção constitucional especial e ataca o laudo pericial elaborado para a Justiça Federal de Roraima, por parcialidade. Diz que o único antropólogo integrante do grupo se recusou a assiná-lo por discordar de seus métodos e conclusão, tendo até mesmo apresentado um parecer em separado.

Em seguida, procura combater os argumentos de que haveria quebra do pacto federativo ou prejuízos para a economia de Roraima. Nesse sentido, afirma que o negócio do arroz estaria coberto por isenção de tributos até o ano de 2018 (Lei nº 215/1998 e Decreto nº 3.341-E, de 30 de dezembro de 1998, com as alterações das Leis nºs 282, de 27 de março de 2001, e 399, de 30 de dezembro de 2003), além do que apenas 7 (sete) arrozeiros permanecem na área questionando a legalidade da demarcação.

Por último, afirma que a posse daqueles que se dizem titulares de direitos sobre áreas do território é de má-fé, consideradas as datas de sua aquisição, fazendo uma enumeração dessas posses, e nega ameaça à segurança nacional, bem como ser estranha ao procedimento a consulta ao Conselho de Defesa Nacional.

Sobre essas intervenções, a Procuradoria-Geral da República opinou pela admissão das comunidades indígenas, mas não na qualidade de litisconsortes necessárias. Se o litisconsórcio necessário fosse reconhecido, aduz, todas as demais teriam de ser integradas ao pólo passivo. Mas o Estado de Roraima deveria ter sua pretensão deferida para ingressar na lide como litisconsorte necessário. Lembra que a presente ação popular tramita nesta Corte exatamente porque foi reconhecido o conflito entre a União e o ente federado.



Pet 3.388 / RR

Votou o Relator pela improcedência do pedido, entendendo não haver irregularidades nos trabalhos de demarcação, que se iniciaram em 1977 e atenderam, até a edição do Decreto nº 1.775/96, aos ditames do Decreto nº 22/91.

Em voto que mais uma vez deixou transparecer sua sensibilidade social, o Ministro **Carlos Britto** faz questão de ressaltar que *“os índios são parte essencial da realidade política e cultural brasileira”* e as terras indígenas *“parte essencial do território brasileiro”*, sendo bem ou propriedade física da União, não compartilhada com nenhuma outra entidade de direito público interno ou externo. Entendeu que essa condição não afasta os índios nessas terras situados dos *“vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam”*, cuja atuação deve se dar *“em regime de concerto com a União e sob a liderança desta”*; que é da União a competência *“para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada **também contra os Estados e Municípios, se necessário**”* (grifos originais); que as terras indígenas não são território ou pessoa federada e por isso mesmo não comportam o livre acesso de qualquer brasileiro; que a demarcação das terras indígenas é de competência da União e de atribuição do Poder Executivo e tem inspiração no *“constitucionalismo fraterno”*, sendo reflexo de um mecanismo oficial de ação afirmativa; que a opção tomada pela Constituição é a de dar aos índios a oportunidade de se mostrarem como uma etnia e uma etnia brasileira, de se adaptarem, livre e conscientemente ao estilo de vida dos brasileiros não-índios e de mostrarem uma *“atualizada idéia de desenvolvimento (...) como um crescer humanitário”*, em *“um discurso jurídico-positivo que já não antagoniza colonização e indigenato”*.

Ao examinar as disposições constitucionais sobre as terras indígenas, afirma o Ministro **Carlos Britto** que o marco temporal da ocupação ali referida é o dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, de modo que é nessa data que deve ser verificada a ocupação pelos índios, para fins de definição das terras que tradicionalmente ocupam e do usufruto a eles concedido que, ressalta, é atinente apenas *“às riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, já fazem parte de uma outra categoria de bens da União (inciso IX do art. 20 da CF)”*; que essa “ocupação tradicional” deve ser entendida por meio de uma concreta

Pet 3.388 / RR

abrangência fundiária, alcançando todas as “*terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios*”, então aludindo aos “*quatro círculos concêntricos*” do Ministro **Nelson Jobim** na decisão do então titular do Ministério da Justiça, de 20 de dezembro de 1996, o que justificaria a continuidade. Sustenta, nesse ponto, que “*quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas*”, o próprio conceito de proporcionalidade “*ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo*”, para afastar uma estrita interpretação de “*imprescindível ou necessário*”. Afirma o eminente Relator ainda que tais disposições constitucionais dizem respeito a um reconhecimento de algo que era preexistente e que, portanto, anterior à transformação do Território em Estado de Roraima, pelo que não caberia falar de redução do patrimônio ou subtração do território estadual a cada ato de demarcação.

A continuidade da demarcação deflui também, segundo o voto, da relação entre meio ambiente e demarcação de terras indígenas, que o Ministro **Carlos Britto** entende ser, “*mais que uma simples relação de compatibilidade*”, um “*vínculo de ortodoxa pertinência*”, embora destaque que tampouco os índios poderão agravar a natureza, estando sujeitos à fiscalização dos entes públicos (art. 23, IV). Aliás, a continuidade também não se incompatibiliza com os “*comentados empreendimentos públicos (estradas, instalações tecnológicas, prédios, etc.)*”, como também não se incompatibiliza com eventuais visitas de não-índios.

A continuidade deve significar, segundo o Relator, a exclusão dos espaços fundiários entre uma etnia e outra.

Em seguida, defende a compatibilidade entre faixa de fronteira e terra indígena, já que não haveria nenhuma ressalva na Constituição, aduzindo que os índios sempre se prestaram à defesa de nossas fronteiras, pela simples presença ou pela incorporação às Forças Armadas.

Por fim, enfrenta todos os argumentos deduzidos quanto ao procedimento e julga improcedente o pedido.

É o breve relatório.

Estamos examinando tema da maior relevância tanto no plano interno como no plano internacional. A proteção das terras indígenas sempre ocupou espaço entre nós porque representam resgate permanente das origens da vida brasileira. Como mostrou **Sergio Buarque de Holanda**, em seu clássico “Caminhos e Fronteiras”,

Pet 3.388 / RR

os índios são bravos sobreviventes, e a *“necessidade de enfrentar desde a infância uma natureza cheia de caprichos, tornara o índio apto a triunfar sobre todas as contrariedades de seu meio. Incapaz, muitas vezes, de exercer-se em certas artes, que requerem uma existência sedentária, à maneira dos brancos, seus sentidos adquirem energia singular onde seja obrigado a uma constante mobilidade: caçando, pescando, rastreando abelhas, dando guerra aos contrários”* (Coleção Documentos Brasileiros. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2ª ed. 1975. págs. 19/20).

Claude Lévi-Strauss, narrando suas expedições pelas terras indígenas brasileiras, começou um de seus capítulos afirmando que o *“conjunto dos costumes de um povo é sempre marcado por um estilo; eles formam sistemas. Estou convencido de que esses sistemas não existem em número ilimitado, e que as sociedades humanas, assim como os indivíduos - em seus jogos, seus sonhos, seus delírios -, jamais criam de modo absoluto, mas se limitam a escolher certas combinações num repertório ideal que seria possível reconstituir”* (Tristes Trópicos. Companhia das Letras. 7ª reimpressão, pág. 167).

Preservar as sociedades indígenas é também uma forma de reconstituí-las, de manter a integridade da sua cultura, reforçando a necessária perspectiva de respeito entre todos os que são parte da nacionalidade brasileira. Anoto, desde logo, que, por isso, a proteção constitucional aos índios não é segregacionista.

Tenho certeza de que esta Corte, qualquer que venha a ser sua decisão, saberá valorizar a importância de assegurar a viabilidade da comunhão e manter íntegra e fraterna a diversidade cultural das terras brasileiras.

Começo examinando os requerimentos envolvendo a integração ativa e passiva, que devem ser apreciados sob três aspectos: sob o aspecto das regras gerais acerca do litisconsórcio, sob o aspecto do instrumento do pedido formulado, ação popular, e sob o aspecto da questão que é da competência deste Supremo Tribunal Federal, ou seja, o conflito entre entes da federação, tudo à luz dos princípios gerais do processo.

E sob este último aspecto, deve ser lembrado que qualquer ação que envolva o conflito de que cuida o item “f” do inciso I do art. 102 da Constituição da República, seja qual for seu **nomen iuris** e seu rito processual, recairá na competência desta Corte.



Pet 3.388 / RR

Disso decorre que no julgamento do pedido formulado estará subjacente a questão do conflito federativo, ao qual o Tribunal conferirá especial atenção e que não se reduz a uma lide envolvendo os entes federativos, União, Estados e Municípios, podendo se configurar na disputa entre partes outras que, contudo, supostamente venham a atingir, de um modo ou de outro, a federação (Rcl nº 424/RJ, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6/9/1996, e Rcl nº 3.331/RR, Relator o Ministro **Carlos Britto**, DJ de 17/11/2006).

A presente ação popular somente se encontra sob julgamento da Suprema Corte por conta do tema que veicula sem o qual não poderia sequer ser admitida (Pet nº 3.674/DF-QO, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 19/12/2006). Nessa condição, os requisitos e as regras que devem ser normalmente observados no rito da Lei nº 4.717/65 somente ganham sentido se compatíveis com as finalidades da competência originária, ou seja, com a solução do conflito.

No caso, e considerando que as comunidades indígenas envolvidas, ainda que não citadas como rés, intervieram no processo na qualidade de assistentes, produzindo provas e manifestando-se com os múltiplos argumentos que souberam tão bem apresentar, não se verifica nenhum prejuízo à sua defesa que imponha a desconsideração de todo o processado até aqui.

Quanto ao Estado de Roraima, sua manifestação e seus argumentos tampouco deixaram de ser observados no processamento e vêm sendo apreciados no julgamento desta ação. Como assistente não poderá, porém, formular outros pedidos.

Nessa linha, acompanhando o Relator, voto pelo indeferimento dos requerimentos de integração na forma de litisconsórcio necessário, mas defiro as manifestações de todos na qualidade de assistentes. Diga-se que esse tema já ficou superado em questão preliminar na anterior assentada.

Passo agora ao mérito.

A regularização fundiária de uma terra indígena passa por diversas fases, que podem ser assim ordenadas: identificação e delimitação, declaração, demarcação, homologação e registro.

Segundo levantamento elaborado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a meu pedido, a situação das terras indígenas no Brasil é a seguinte: 402 (quatrocentas e duas) já regularizadas, 21 (vinte e uma) encaminhadas ao Registro de Imóveis, 24 (vinte e quatro) homologadas, 32 (trinta e duas) delimitadas

Pet 3.388 / RR

e 56 (cinquenta e seis) declaradas, em um total de 534 (quinhentas e trinta e quatro) terras indígenas, aí não incluídas aquelas ainda em estudo pela FUNAI, isto é, a identificar ou em processo de identificação. Essas terras indígenas correspondem a uma área de 1.099.774,92km² ou 12,92% do território nacional.

Cento e oitenta e sete (187) delas se encontram em faixa de fronteira, alcançando 818.913,22Km², ou seja, 57,64% da área total da faixa de fronteira que é de 1.420.616,188Km².

Quarenta e cinco (45) terras indígenas têm áreas que coincidem com unidades de conservação federais. Estas áreas de unidades de conservação federais que se sobrepõem a áreas de terras indígenas equivalem a 8,77% do total da área de terras indígenas.

Quanto ao Estado de Roraima, neste se encontram 32 (trinta e duas) terras indígenas, que englobam uma área de 103.415km² ou 46,11% de seu território, estando todas integralmente situadas na faixa de fronteira, com exceção de três, a saber: Yanomami, Wairiri-Atroari e Trombetas-Mapuera. Quatro (4) delas são superpostas por unidades de conservação federais, que representam 54,78% de sua área.

A chamada "Terra Indígena Raposa Serra do Sol" é uma área integralmente situada no nordeste do território do Estado de Roraima, Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, medindo 1.743.464ha, o que equivale a aproximadamente 17.430km² ou 7,7% da área do Estado, uma área de grandeza equivalente àquela do Estado de Sergipe (21.000km²) ou um pouco mais da metade da Bélgica (30.000km²).

Seus limites delineiam-se com auxílio de 9 (nove) marcos geodésicos, todos descritos e identificados no art. 2º da Portaria nº 534/2005, do Ministério da Justiça, sendo que o primeiro deles é o Monte Roraima, marco da tríplice fronteira que separa o Brasil da Venezuela e da Guiana. A partir dele, a linha determinante de sua área segue, de um lado, parte da fronteira com a Venezuela e, de outro, parte da fronteira com a Guiana.

Dessa superfície a referida Portaria exclui expressamente: (i) a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã; (ii) os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes; (iii) o núcleo urbano atualmente existente da sede do Município de Uiramutã; (iv) as linhas de

Pet 3.388 / RR

transmissão de energia elétrica; e (v) os leitos das rodovias públicas federais e estaduais “*atualmente existentes*”.

A área da terra indígena, como antes disse, equivale a 7,7% da área total do Estado de Roraima e está integralmente situada em faixa de fronteira, estando ainda superposta pela área do Parque Nacional do Monte Roraima, que representa 6,72% da área da terra indígena.

Cinco etnias são ali encontradas: Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Wapixana e Patamona, em um total estimado de 19.000 índios (4,8% da população do Estado de Roraima – 395.725 habitantes), o que resulta em uma densidade demográfica de 1,1 habitante por quilômetro quadrado, sendo que a densidade demográfica de Roraima é de 1,8 habitante por quilômetro quadrado (fonte: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

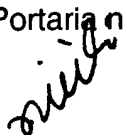
Segundo fontes locais, a economia da Raposa Serra do Sol baseia-se na produção agropecuária, sendo que a pecuária é indicada como a atividade mais rentável (cerca de R\$ 30.000.000,00 ao ano).

O processo de regularização das terras indígenas foi iniciado em 1977 através de requerimento de um dos delegados regionais da FUNAI, após o que passou por várias etapas.

E é precisamente a mecânica e os atos desse processo que vêm sendo apontados pelo autor e seus assistentes como causa das irregularidades que ensejariam a declaração de sua nulidade. Além disso, as próprias premissas da demarcação são colocadas em jogo com alegações sobre a faixa de fronteira e a titularidade do domínio das terras devolutas pelo Estado.

No que diz com as apontadas irregularidades formais e materiais do processo de regularização, penso ser necessário acompanhar o histórico desse processo, ao menos em suas etapas mais relevantes, e a sua relação com a legislação então em vigor.

Como já registrado, o processo de demarcação da chamada Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi iniciado em 1977, sob a égide do Decreto nº 76.999/1976. Mas são os atos preparatórios da Portaria nº 820, de 11 de dezembro de 1998, que importam mais diretamente à nossa análise, dentre os quais se destaca o laudo subscrito pela antropóloga Maria Guiomar de Melo, nomeada para coordenar o Grupo de Trabalho criado pela Portaria nº 1.645, de 29 de maio de 1984.



Pet 3.388 / RR

Em 6 de agosto de 1992, por meio da Portaria nº 1.141/92, o Presidente da FUNAI criou o Grupo de Trabalho Interinstitucional, acrescido posteriormente de novos componentes por intermédio da Portaria nº 1.375/92, de 8/9/92.

É esse o grupo que apresenta o relatório de folhas 423 a 543, composto de contribuições individuais dos membros e embasado no laudo do antropólogo Paulo Santilli, concluindo pela demarcação contínua, comum para as etnias ali presentes e superfície de 1.678.800ha.

Segundo o autor, essa conclusão não se extrai de seus elementos, considerando que o laudo da antropóloga Maria Guiomar de Melo se choca com aquele do antropólogo Paulo Santilli, não havendo justificativa para a adoção deste último.

Tal relatório não foi de pronto adotado, tendo o então Ministro da Justiça, **Nelson Jobim**, determinado a alteração de alguns limites através do despacho nº 80, de 20 de dezembro de 1996.

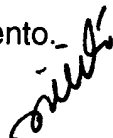
Por esse mesmo ato, o Ministério da Justiça considerou improcedentes as impugnações levantadas contra o procedimento demarcatório em virtude de suposta violação do contraditório e da ampla defesa.

É que em 8 de janeiro de 1996 foi baixado o Decreto nº 1.775, que revogou expressamente o de número 22/1991 e, em seu art. 2º, § 8º, fez prever a manifestação de interessados no processo demarcatório e, em especial, estados e municípios envolvidos.

Também no que se refere aos procedimentos em curso, o Decreto nº 1.775/1996, no seu art. 9º, ensejou a possibilidade de manifestação.

Conforme sustenta o autor, essas alterações se deram para que se evitasse o questionamento judicial do procedimento demarcatório a exemplo do que já se ensaiava contra o Decreto nº 22/1991 por sua suposta violação do contraditório e da ampla defesa. A solução dada aos procedimentos em curso pelo art. 9º, adotada pelo Ministério da Justiça ao determinar a abertura de prazo para oferecimento de razões, não foi, contudo, considerada suficiente para garantir a plena articulação de argumentos e fatos contrários à demarcação, pelo que o procedimento foi objeto de impugnação.

Desse modo, o Despacho de nº 80, de 20 de dezembro de 1996, tem dupla relevância: estabelece restrições territoriais à demarcação, mas convalida o seu procedimento.



Pet 3.388 / RR

Embora a Portaria nº 820/1996 já estivesse encaminhada à homologação, o ajuizamento de ação popular na Justiça Federal de Roraima e a concessão de liminar suspendendo os seus efeitos, com posterior confirmação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como a definição da competência desta Corte para sua apreciação, levaram à edição da Portaria nº 534/2005. Esta Portaria aproveitou para regular algumas “*situações de fato controvertidas ressalvadas no Despacho nº 50, de 10 de dezembro de 1998, do então Ministro da Justiça*”.

A Portaria nº 534/2005 foi rapidamente homologada pelo Presidente da República, mas não escapou desta e de outras impugnações, especialmente por ter se amparado nos mesmos atos que originaram a Portaria anterior e, portanto, na lógica do autor, por carrear os mesmos vícios.

A observância do devido processo legal pelo procedimento demarcatório e pelo Decreto nº 1.775/1996, já reconhecida na esfera administrativa, também foi atestada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.045/DF, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa** (DJ de 5/8/2005).

De fato, a previsão contida no art. 9º afasta a possibilidade de argumentação contra a demarcação fundada na ausência do contraditório. É que dentro do razoável prazo ali conferido aos interessados (90 dias), nada impede que sejam levantadas questões sobre fases embrionárias do procedimento, que então pode ser posto em debate como um todo, não havendo nenhum prejuízo pelo simples motivo de ser a manifestação feita posteriormente, mas antes de qualquer decisão.

Essa constatação põe por terra, a meu ver, todas as alegações relacionadas com a não-participação de determinados grupos ou entes, pois o devido processo legal que vigorava quando do início do procedimento demarcatório não o previa e quando passou a fazê-lo, a partir da edição do Decreto nº 1.775/1996, abriu-se a oportunidade para que os interessados pudessem se manifestar.

Ademais, não há dizer que o Estado de Roraima não teve conhecimento do que se processava, porquanto chegou a designar representantes para o grupo interdisciplinar, como consta da própria inicial (fl. 9).

Nesse ponto, não enxergo nenhum vício no procedimento demarcatório.

No que se refere à existência de apenas uma assinatura no relatório do grupo técnico e à não-participação de alguns de seus componentes indicados, é

Pet 3.388 / RR

importante lembrar que o procedimento demarcatório da chamada Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi regulado por dois instrumentos normativos distintos: o Decreto nº 22/1991 e o Decreto nº 1.775/1996.

Enquanto o primeiro estabelecia que *“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 etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários”*, o segundo prevê que *“a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação”*, bem como que *“o órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação”*.

Ora, se há uma diferença entre um e outro diploma normativo no que se refere à chamada fase de identificação do processo de regularização esta é, no Decreto nº 1.775/1996, a expressa exigência de um laudo antropológico para fundar a regularização da área. De todo modo, o certo é que tanto em um quanto em outro fica clara a atribuição do antropólogo de um papel preponderante, que envolve a coordenação de todo o trabalho. Assim, o relatório do antropólogo é o *“foco”* desse processo (cf. **Rodrigo Pádua Rodrigues Chaves**. A identificação de terras indígenas e os relatórios de identificação e delimitação da FUNAI: reflexões sobre a prática da antropologia no Brasil. in Antropologia e Identificação. Rio de Janeiro: Contracapa, 2005. págs. 137 a 146).

Dessa forma, nem a presença, ao lado de especialistas, de representantes que não ostentavam essa condição ou que só refletiam a orientação de um grupamento indígena, nem a assinatura do relatório do grupo apenas pela antropóloga chega a prejudicar a validade do trabalho ali apresentado, já que esta era a coordenadora desse trabalho.

Tampouco parecem apresentar problemas a inclusão de área já demarcada ou a diferença da área declarada da terra indígena. E desde já me limito a

Pet 3.388 / RR

verificar a regularidade da declaração de área entre a edição das Portarias nºs 820/1998 e 534/2005 porque antes disso o processo de demarcação não fora concluído, o mesmo se dando quanto à área dos Ingarikós, e os ajustes então efetuados ficaram no âmbito do trabalho a ser realizado, bem como das atribuições de seus responsáveis.

O que o autor sustenta é que a diferença, para maior, entre a área declarada no Decreto homologatório de 15/4/2005 e na Portaria nº 534/2005 (1.747.464ha) e aquela indicada na Portaria nº 820/1998 (1.678.800ha) não estaria justificada.

Convenço-me de que também nesse ponto não lhe assiste razão. Em verdade, trata-se de consequência possível da medição realizada após a fixação dos marcos e a atualização do mapa e do memorial descritivo, como consta das informações prestadas pelo Diretor-Geral de Demarcação, Sr. Manoel Francisco Colombo, no ofício de folha 1.620.

De todo modo, qualquer dúvida sobre a eventual majoração da área demarcada é afastada na simples comparação entre a descrição dos limites em cada uma das portarias. Os marcos geográficos são exatamente os mesmos, muito embora suas coordenadas geodésicas variem minimamente, o que se deve por certo à maior precisão na sua localização exata. Compare-se a redação do art. 2º da Portaria nº 534/2005 com o texto do art. 1º da Portaria nº 820/1998. Não se cuida, portanto, de ampliação da área indígena já demarcada. A flutuação, neste caso, ocorreu durante o curso da demarcação.

No que se refere a essas irregularidades formais, portanto, não vejo como reconhecer a incidência do art. 2º da Lei nº 4.717/1965.

No que concerne aos demais pontos de controvérsia, que coincidiriam com o que já se chamou de irregularidades materiais do procedimento, entendo que é possível reuni-los para um exame conjunto, porquanto os respectivos argumentos se imbricam e passam a influenciar-se mutuamente. Refiro-me ao problema da existência, ou não, de justificativas no relatório para a demarcação contínua e a extensão, à questão da possibilidade de superposição de área indígena e território de Parque Nacional, Parque Nacional do Monte Roraima, ou faixa de fronteira e à controvérsia sobre o alcance retroativo do direito indígena de posse de suas terras e, também, do próprio conceito de “terras tradicionalmente ocupadas”. É que todas elas conduzem a

Pet 3.388 / RR

uma necessária discussão em torno do próprio conceito de terras indígenas, dos respectivos métodos e critérios de identificação e demarcação, de suas repercussões jurídicas para índios e não-índios e de suas relações com outros institutos de sede constitucional.

Essa apreciação conjunta requer uma apresentação prévia dos principais temas e institutos para um tratamento inicial e genérico de cada um deles, preparatório de uma conformação global e, se possível, conciliatória dos interesses envolvidos.

Por isso, antes de passar ao exame das alegadas irregularidades materiais do caso concreto, e em atenção às sobreposições e afetações que estariam em jogo na regularização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, dedico espaço ao estudo da definição e do alcance das figuras diretamente envolvidas nesta ação: “terra indígena”, “faixa de fronteira” e “unidade de conservação”.

Somente por meio desse estudo é que, na minha compreensão, será possível entender a extensão dos direitos e prerrogativas que aqui foram postos em conflito.

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.

Sua organização social, seus costumes, língua, crenças e tradições estão, como se sabe, atrelados à terra onde vivem. **Claude Lévi-Strauss** assinalou que *“as instituições de certas tribos do Brasil Central e oriental classificadas como muito primitivas pelo seu baixo nível de cultura material, têm despertado a atenção. Estas tribos se caracterizam por uma estrutura social de grande complexidade abrangendo diversos sistemas de metades que se entrecortam e são dotadas de funções específicas, clãs, classes de idade, associações esportivas ou cerimoniais e outras formas de agrupamento”* (Antropologia Estrutural. Tempo Brasileiro. 6ª ed., 2003. pág. 141). É nela e por meio dela que eles se organizam. É na relação com ela que forjam seus costumes e tradições. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. O índio é, assim, ontologicamente terrâneo, tanto que os termos autóctone e nativo dão idéia de algo gerado e formado em

Pet 3.388 / RR

determinado **locus**. O índio é, assim, um ser de sua terra. “A *posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios*”, escreveu **Darcy Ribeiro** em 1962 (A Política Indigenista Brasileira. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962. pág. 143).

Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.

É de se observar que o termo preciso “terra indígena”, que qualifica a área de Raposa Serra do Sol, deve-se à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), que em seu Título III cuidou de definir e classificar as “*Terras dos Índios*”, abrindo, logo no art. 17, com a definição: “*reputam-se terras indígenas (...)*”.

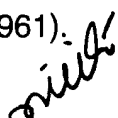
Ainda que a Constituição não tenha se utilizado do termo na sua exatidão, o tratamento detalhado que dedicou à questão dos índios e de suas terras suplanta o modelo do Estatuto e faz dela a sede por excelência do estatuto jurídico das terras indígenas, praticamente dispensando outros regramentos.

Assim, não há dúvida de que a referência feita pelo **caput** do art. 231 a “*terras que [os índios] tradicionalmente ocupam*”, é a definição primária de terras indígenas.

Sendo seus principais elementos constituídos pelo advérbio “*tradicionalmente*” e pelo verbo “*ocupam*”, é o significado destes que deve orientar a identificação espacial das terras indígenas.

Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras **ocupadas** pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988.

O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios após sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras. A mesma razão pode ser extraída do voto do Ministro **Victor Nunes Leal** no julgamento do RE nº 44.585 (DJ de 11/10/1961).



Pet 3.388 / RR

A correta extensão da proteção iniciada pela Constituição de 1988 exige, pois, que a presença dos índios seja verificada na data de sua promulgação (cfr. **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v.4. São Paulo: Saraiva, 1995. págs. 117/118).

A ocupação é, portanto, um **fato** a ser verificado.

Em segundo lugar, as terras indígenas são terras **ocupadas tradicionalmente** pelos índios.

Para **José Afonso da Silva**, tantas vezes citado neste processo, ao contrário do que prevalecia nas Constituições anteriores, o advérbio “tradicionalmente” não deve ser entendido como referente a uma ocupação desde tempos mais que pretéritos, uma ocupação imemorial:

“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 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” (Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. in SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. págs. 45 a 50).

Assim também entende **Isaias Montanari Junior** em sua dissertação de mestrado para a Universidade Federal de Santa Catarina (Demarcação de terras indígenas na faixa de fronteira sob o enfoque da defesa nacional. Florianópolis, 2005).

O conceito indica modo de ocupação, a maneira pela qual os índios se relacionam com a terra. É um novo ângulo em relação ao que previam as Constituições anteriores que, se de um lado justifica a extensão geográfica dos direitos a serem reconhecidos, de outro pode significar a exigência de que a ocupação pelos índios se dê em conformidade com a cultura e o **modus vivendi** que se deseja preservar.

A Constituição acabou adotando o termo que já vinha previsto no art. 11 da Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e no art. 14 da Convenção nº 169, que a substituiu.

Esse modo de ocupação, por sua vez, foi definido na própria Constituição, no § 1º do art. 231.

Pet 3.388 / RR

O caráter permanente da habitação já mostra que a referida desvinculação da idéia de posse imemorial não pode retirar do advérbio “tradicionalmente”, de forma absoluta, toda consideração à temporaneidade da ocupação. Alguma expressão pretérita deve subsistir ou o adjetivo “permanente” (que, segundo o Aurélio, é “1. o que permanece; contínuo; ininterrupto; constante; 2. duradouro, durável; 3. tem organização estável”) não faria nenhum sentido.

Pontes de Miranda, sobre o art. 198 da Constituição de 1967, assinalou:

“O texto constitucional não cogitou da duração da posse, nem, sequer, do limite temporal para se reputar permanente. Tem-se de entender a residência, com a posse que não se há de reputar transitória (questio facti)” (Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969. t.6. Rio de Janeiro: Forense, 1987. pág. 456).

“Terras que os índios tradicionalmente ocupam” são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro **fato** a ser verificado.

Nessa linha, afirma **Tércio Sampaio Ferraz Júnior** que “o sentido usual de habitat não deixa de apontar para localidade ou circunstância (circum stare) em que o ser vivo cresce naturalmente (v. Caldas Aulete, verbete habitar). Além do mais, o texto constitucional fala em habitadas, expressão portuguesa, de origem latina. Habitare é verbo freqüentativo de habeo, que significa ter, possuir, e que adquire assim o sentido de ter muitas vezes, donde a idéia de pousar, demorar, povoar (Novíssimo dicionário latino-portuguez, Santos Saraiva, Paris, s.d., verbete habitare). Assim, mesmo que se recorra à noção de habitat, a expressão constitucional não deixa de ter o sentido de localidade em que a comunidade está (onde vive e cresce naturalmente) de modo não ocasional no momento em que se promulga a Constituição. Ou seja, não se trata de habitat como lugar indefinido ou qualquer lugar próprio ao crescimento natural (integrado). Assim, de modo não ocasional (‘em caráter permanente’) significa

Pet 3.388 / RR

estar ali, em 05.10.1988, por razões próprias, próprias de sua cultura e não por razões externas, como a circunstância de terem sido trazidos ou atraídos por motivações do civilizado (motivos econômicos)” (A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. in Revista Brasileira de Direito Constitucional. Nº 3, jan/jun-2004. págs. 689 a 699).

Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do **fato indígena**.

A aferição do **fato indígena** em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquia das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.

Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar.

Para além desse fator temporal, exigem-se na caracterização das terras indígenas, como expõe **Luiz Armando Badin**, os seguintes fatores:

“(…)

b) fator econômico – as terras devem ser utilizadas para suas atividades produtivas; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo);

c) fator ecológico – as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem estar;

d) fator cultural e demográfico – as terras devem ser necessárias a sua reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica” (Sobre o conceito constitucional de terra indígena. in Arquivos do Ministério da Justiça. Ano 51. nº 190, jul/dez-2006. págs. 127 a 141).

Para o Ministro **Nelson Jobim**, quando Ministro da Justiça, apenas os dois primeiros fatores, habitação permanente e utilização em atividades produtivas, estariam no “*mundo da faticidade*”. Os outros dois, quais sejam a imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e a necessidade de reprodução física e cultural da comunidade indígena, teriam “*natureza estimativa, os quais são construídos valorativamente, embora a partir de constatações objetivas*”.

Pet 3.388 / RR

Na minha avaliação, os fatores ecológico e cultural/demográfico são também **fatos** a serem averiguados pelos estudos apropriados. Não há, é verdade, um critério matemático preciso, uma regra abstrata e geral que possa levar tal qual um tipo jurídico à identificação dessas expressões da ocupação indígena. Isso, contudo, não significa que não devam ser aferidos mediante a observação e a experimentação científica aplicadas às comunidades envolvidas. Os critérios da ciência antropológica não são matemáticos, porquanto a antropologia não é uma ciência exata, mas como ciência não deixa de ter seus próprios métodos e critérios válidos epistemologicamente. A maior prova disso são as afirmações contidas no laudo pericial elaborado pelo antropólogo **Paulo José Brando Santilli** para o Proc. nº 91.133363-9 (fls. 1.660 a 1.806) ao justificar a ampliação da terra indígena em relação à área identificada em 1981 ou também no parecer antropológico que instruiu o próprio procedimento de demarcação (Processo nº 889 – FUNAI):

“De fato, os acidentes geográficos mencionados no quesito de número 10 [rios Surumu e Tacutu ao sul; a serra Pacaraima, o rio Maú ou Ireng ao Norte; rio Mau, divisa com a Guiana, a Leste; rios Cotingo, Surumu, Miang e Serra Pacaraima a oeste], configuram pontos naturais que identificam a extensão contínua da área de ocupação tradicional Macuxi e Ingaricó. Os índios percorrem rotineiramente toda a extensão dessa área, em atividades de exploração econômica, de estabelecimento de relações de parentesco e afinidade, de celebração de ritos comunitários, enfim, em atividades que permeiam toda a sua vida social.

A serra Pacaraima ao norte, o rio Mau (Ireng) a leste, os rios Miang e Surumu a oeste e o rio Tacutu ao sul, constituem, no mais, componentes destacados da tradição oral Macuxi e Ingaricó. Em outras palavras, estes pontos citados são referenciais importantes da memória social dos povos Macuxi e Ingaricó; através deles se situam as antigas aldeias, as povoações antecedentes, tanto no tempo, como no espaço, permitindo aos indivíduos identificar a sua posição social, reconhecer os vínculos de descendência com seus ancestrais que viveram nas antigas aldeias, os laços de consangüinidade e afinidade que os vinculam aos seus contemporâneos e vizinhos, enfim, permitindo aos indivíduos vivenciar as formas próprias de organização social.

Mais que meras vias de transporte, ou reservatórios de peixes, de caça, de frutos e/ou fibras vegetais, os pontos naturais mencionados aqui, constituem referenciais que compõem as mitologias dos dois povos habitantes da área em questão, informando as pessoas que as compartilham sobre as atitudes, posturas, costumes, hábitos e valores que estruturam sua vivência coletiva, suas relações comunitárias e formam, em decorrência, suas instituições, sua identidade étnica

Pet 3.388 / RR

diferenciada, em suma, a continuidade da existência de sua própria sociedade” (fl. 1.789).

Como se vê, há elementos que mesmo não se expressando em forma de números e medidas precisas, podem, se bem explorados e sujeitos a uma verificação com base em método científico, justificar e indicar, em escala de grandeza determinável, a extensão geográfica das terras indígenas. Mais uma vez, portanto, está-se diante de um **fato** a ser observado e constatado.

O próprio Ministro **Jobim** reconheceu, no Despacho nº 80, de 20 de dezembro de 1996, que “*esses dois últimos elementos, repita-se, não são passíveis de determinação matemática, mas de avaliação fundada, principalmente, em dados antropológicos*” (grifei).

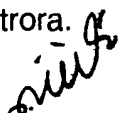
Assim, é a ciência que oferece os meios de identificação do âmbito da presença indígena ou, em outras palavras, do **fato indígena**.

É esse fato qualificado que o procedimento de identificação e demarcação deve ter por objeto. Tal procedimento deve se tornar uma atividade orientada pelos elementos que tipificam a presença indígena e definem seu âmbito. A identificação do **fato indígena**, que por um lado dispensa considerações sobre a ocupação imemorial, por outro exige comprovação e demonstração, ou seja, presença na data da promulgação da Constituição de 1988 dos índios nas terras em questão, uma presença constante e persistente.

O Ministro **Jobim** se baseou na teoria dos círculos concêntricos para explicar, de forma facilitada, a ocupação tradicional dos índios. Essa imagem, de grande poder didático, mostra as diversas expressões do **fato indígena**.

O que é preciso é que essas expressões sejam corretamente definidas e demonstradas no procedimento de identificação das terras indígenas. O âmbito da presença indígena é um fato. Como tal, está sujeito à observação e à demonstração por parte do cientista. É o que se deve exigir de todo procedimento de identificação.

O tema das terras indígenas sempre despertou a discussão quanto à prevalência dos direitos dos índios em face de situações anteriormente constituídas. Nessa discussão, já se lançou mão de inúmeros argumentos e algumas teorias, em especial a do indigenato, trazendo-se a lume os sistemas vigentes sob as nossas Constituições de outrora.



Pet 3.388 / RR

Toda essa discussão está se não superada, pelo menos destituída da relevância antes merecida, pelo regime da Constituição de 1988.

Nos termos do § 6º do art. 231:

“§ 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.”

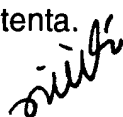
O constituinte quis suplantar todas as pretensões e os supostos direitos sobre as terras indígenas identificadas a partir de 1988.

Celso Ribeiro Bastos e **Ives Gandra Martins** comentam o dispositivo reconhecendo, em meio a não disfarçadas críticas, o seu caráter revogatório (Comentários à Constituição do Brasil. v.8. São Paulo: Saraiva, 1998. págs. 1.063/1.064).

Assim também entendeu **Pontes de Miranda**, nos seus Comentários à Constituição de 1967, mostrando que seriam “ *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*” (op.cit. pág. 457).

É claro que os regimes passados permanecem importando para o exame das situações que neles se acabaram e aperfeiçoaram, mas a investigação da conformação jurídica a esses regimes de terras referentes ao **fato indígena** verificado em 1988 é agora desnecessária.

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1998) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o **fato indígena** por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O **fato indígena** a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta.



Pet 3.388 / RR

No caso concreto, segundo o autor e seus assistentes, a demarcação violou direitos particulares que se constituíram antes mesmo da vigência da política de atribuição aos índios das terras por eles ocupadas tradicionalmente.

Seria o caso dos imóveis com posse ou propriedade anteriores ao ano de 1934, quando foi promulgada a primeira Constituição que assegurou o direito dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupavam. Antes disso, sustentam, não havia proteção quanto às terras indígenas.

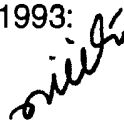
Mas essa argumentação não pode prosperar nos termos do art. 231 da Constituição de 1988, que reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva no que se refere à posse das terras indígenas como assentado em precedente deste Supremo Tribunal Federal, de que Relator o Ministro **Celso de Mello** (RE nº 183.188/MS, DJ de 14/2/1997). Ademais, não há direitos adquiridos diante da Constituição, como também já definiu esta Suprema Corte no julgamento do RE nº 94.414, Relator o Ministro **Moreira Alves** (DJ de 19/4/1985).

Ainda que assim não fosse, as imagens de satélite juntadas aos autos (fls. 5.003 a 5.011, v. 19, e fl. 9.440, v. 38) demonstram nitidamente que a ocupação das Fazendas Depósito e Guanabara-Canadá, junto ao rio Surumu, e Iemanjá, junto ao rio Tacutu, não existia como tal antes de 1991.

Por outro lado, se a teoria do **fato indígena** dispensa considerações sobre a idade da ocupação, exige, repito, a demonstração da presença constante e persistente dos índios na área em questão, o que é tarefa dos documentos produzidos no processo de regularização. De certa forma, o autor e seus assistentes também impugnam essa demonstração, entendendo que o laudo da antropóloga e os demais documentos do procedimento não permitiriam a conclusão quanto à continuidade e à extensão da terra indígena.

A principal irregularidade apontada quanto a isso envolveria a inexistência de fundamentação para se passar de uma demarcação que previa cinco terras indígenas separadas (ainda que contíguas) e com extensão de 1.347.810ha, conforme se esboçou em 1981, para aquela que acabou sendo objeto de homologação, com área comum para as etnias envolvidas e extensão de 1.743.464ha.

Assim também entendeu o Ministro **Nelson Jobim** no Despacho nº 80 de 1996 ao comparar o esboço de 1981 com o de 1993:



Pet 3.388 / RR

“(...) o levantamento antropológico de 1993, posterior ao de 1981, não contém fundamento específico algum que demonstre ser essa parte da área indispensável à preservação indígena. Na verdade, o laudo de 1993 é absolutamente silente quanto a qualquer fundamento revisor, nessa parte, do laudo anterior”.

Essa questão foi exaustivamente discutida, o que permitiu o acúmulo de um grande número de informações sobre o levantamento elaborado pela FUNAI.

De fato, o laudo antropológico utilizado no Processo nº 889/93 da FUNAI é praticamente idêntico àquele que instruiu o Processo nº 3.233/77. O que o completa é o parecer antropológico de Paulo José Brando Santilli (fls. 487 a 502) e o Parecer nº 036/DID/DAF, publicado no DOU em 21/6/1993, de Artur Nobre Mendes.

Ainda que pudessem ser mais didáticos e diretos, menos retóricos, deles é possível extrair a justificativa para a identificação da área da terra indígena desde aquela esboçada em 1981. Trata-se da necessidade, prevista no dispositivo constitucional, de assegurar aos índios as terras anexas às áreas onde residem e onde praticam suas atividades produtivas, reservadas para a preservação dos recursos ambientais de que precisam para sua sobrevivência e para a sua reprodução física e cultural.

Vejamos:

“A distribuição da população, dispersa em aldeias de 10 a 200 indivíduos em média, e a disposição espacial das aldeias, distanciadas entre 10 e 30 km aproximadamente, bem como a sua localização variável, relativamente móvel, possibilitam produzir alimentos cultivados – basicamente mandioca e milho – suficientes para assegurar o sustento dos indivíduos, através de técnicas de agricultura de coivara, que implicam na rotatividade das áreas de plantio, e no resguardo necessário para a recomposição dos terrenos, esgotados após o seu aproveitamento com duas a três colheitas, de modo a evitar, assim, a sua degradação.

A alteração sazonal das atividades de exploração – na agricultura, a queimada restrita de pequenos trechos de mata, seguida pela coivara, pela limpeza e plantio das roças, que, nas serras, ocorrem no fim da seca e no início das chuvas, e, nas vazantes, no princípio da estiagem; na coleta, os procedimentos diversificados, especializados localmente, em períodos determinados, e alternados durante todo o ano; na caça, praticada sobretudo nas áreas de mata durante a transição das estações, e próximo aos cursos e reservatórios d'água durante a seca; e na pesca, empreendida com ênfase redobrada nos meses de estiagem na região de campos, ao sul do território – supõe, por parte da

Pet 3.388 / RR

população indígena, uma dinâmica peculiar de mobilidade cíclica, que consiste, basicamente, de deslocamentos dos grupos locais (que apresentam tendência a dispersão pelas roças familiares espalhadas nas matas durante as chuvas e a concentração em torno do núcleo central das aldeias no período de seca), como também da ocorrência de outros movimentos de maior amplitude, da população das aldeias nos campos para as serras, onde há áreas de florestas mais extensas que podem ser cultivadas nos meses de chuvas e, ainda, no fluxo semelhante, porém em direção oposta, durante a estação seca, em que os habitantes das serras descem para as aldeias nos campos, em busca dos lagos e rios perenes para conseguir peixes, cujas espécies de porte médio e grande sobrevivem apenas nos trechos mais caudalosos destes rios, abaixo das altas cachoeiras...” (Parecer Antropológico – Paulo Santilli - fl. 500).

E ainda:

“A conformação heterogênea do relevo, em áreas de serras e planícies, a composição dos solos de baixa fertilidade, e o clima marcado por um regime rigoroso de chuvas, implicam em técnicas de exploração econômica diversificadas por parte da população indígena. Cada aldeia utiliza uma área de cultivo de 3 a 40 ha. Durante um período de 2 a 5 anos consecutivos. Os grupos domésticos que compõem a aldeia possuem, em média, 2 a 3 áreas separadas de cultivo, com idades diferentes, distribuídas num raio de aproximadamente 15 km a partir do núcleo formado pelas respectivas residências.

A extensão das áreas percorridas para as atividades de caça, coleta e pesca ultrapassa largamente os limites do território de cultivo de cada aldeia, em função da distribuição não homogênea de recursos naturais” (idem. fl. 502).

Os trechos acima reproduzidos, confirmados no Parecer nº 036/DID/DAF, são suficientes, no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, para justificar a extensão homologada. Para tanto, basta que se os alie ao conhecimento da geografia da região, tão bem descrita e representada nos mapas que acompanham este processo. De fato, ao se comparar os trechos transcritos com a presença de serras e florestas do norte da área indígena e dos rios Surumu e Tacutu ao oeste e ao sul, identifica-se com maior facilidade a ocupação indígena até essas áreas. Um mapa elaborado pela FUNAI a meu pedido, e que junto a este voto, passando a constituir parte integrante do mesmo, mostra claramente a área, com base em círculos de raio de 5km, que, a partir de cada aldeia, os seus habitantes utilizariam para a sua subsistência no sistema de coivara; anoto que se trata tão somente do segundo círculo

Pet 3.388 / RR

concêntrico na idéia do Ministro **Jobim**, já suficiente para preencher a quase totalidade da área da terra indígena.

Essa peculiaridade da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com marcadores geográficos naturais no seu entorno, que acabam coincidindo com os seus próprios limites, é que permite o cumprimento do objetivo do procedimento de regularização fundiária após a Constituição de 1988: a demonstração do **fato indígena** em suas diversas expressões, ou, na apropriada linguagem do Ministro **Jobim**, seus círculos concêntricos.

De todos os modos, os documentos elaborados durante todo o processo de regularização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol podem também servir como exemplo de que a metodologia utilizada pela FUNAI e pelos demais órgãos envolvidos pode e deve ser aperfeiçoada.

Se o problema das terras indígenas há de ser resolvido com base no **fato indígena**, como aqui se propõe, os procedimentos de identificação e demarcação devem servir para demonstrá-lo. Todo fato está sujeito a observação. O que pode variar são os instrumentos e métodos a serem utilizados para essa finalidade. A mim parece que esses instrumentos e métodos podem ser definidos pela antropologia. No entanto, essa ciência não pode se basear apenas em opiniões, conjecturas e, especialmente, generalizações. Mas é de ser considerada também a participação de outros especialistas. Se a garantia dos direitos dos índios exige a extensão de suas terras até um determinado ponto ou marco geográfico, é isso que deve ser demonstrado. Ao lado do método de indagação direta aos povos envolvidos cabe o cuidado do tema para saber, por exemplo, se os índios conhecem determinada área e se já a batizaram com um termo próprio; se não houver elementos arqueológicos a configurar a presença em determinado local, que se passe, por exemplo, para a observação dos deslocamentos dos índios, de modo a se definir até onde eles vão para com isso se descobrir quais são as áreas realmente utilizadas nos termos constitucionais, tudo obviamente documentado.

O que se busca em um procedimento tão sério e de tão importantes repercussões para a vida nacional é uma clara demonstração do ponto de vista científico. Não basta apenas a existência de mapas indicativos de ocupação. Pode-se e deve-se ir além. Menciono, como exemplos, as possibilidades de se fotografar e marcar sítios utilizados ou abandonados e de se realizar levantamentos aerofotogramétricos

Pet 3.388 / RR

das áreas utilizadas sazonalmente e comparativos com o recurso a imagens de satélites.

Os mapas indicativos de ocupação constituem um bom exemplo de que não pode deixar de haver a oportunidade para manifestações de interesses contrários que podem, eventualmente, contestar as indicações feitas pelos grupos da FUNAI. A estes, por certo, não pode ser dado o poder absoluto de definir a área a ser ocupada com exclusividade pelos índios. Há que ser respeitada a disciplina constitucional sobre o contraditório e a ampla defesa.

Nesse ponto é bom atentar para a presença de apenas um ou dois antropólogos em todo o procedimento normalmente seguido pela FUNAI. A relevância do assunto e seus múltiplos aspectos científicos exigem não só um trabalho multidisciplinar já contemplado no Decreto nº 1.775/96 (art. 2º, § 1º), mas também a participação de pelo menos três antropólogos.

Com isso será possível evitar que as pré-concepções pessoais de um único profissional influenciem todo o trabalho de identificação e demarcação. A presença de outros especialistas na comissão, em perspectiva multidisciplinar, enriquecerá e dará maior substância científica ao produto da tarefa empreendida.

Note-se que a orientação política dos antropólogos práticos é objeto de preocupação dos próprios cientistas da área, como relata o já citado **Rodrigo Pádua Rodrigues Chaves** (op.cit. págs. 143/144).

Quanto aos interesses públicos, é bom ressaltar que muitos deles se encontram representados em sede constitucional e, dessa forma, podem estar situados em patamar hierárquico idêntico ao dos direitos indígenas que, mesmo constituídos de um caráter coletivo, por estarem ligados mais às comunidades indígenas que aos índios individualmente, são expressão de apenas uma parte do interesse público de âmbito nacional. Nesse caso, o **fato indígena** poderá ter sua força jurídica condicionada por tais interesses.

Identificada, demarcada e homologada a terra indígena, toda a respectiva área fica sujeita a um estatuto jurídico próprio, caracterizado por uma destinação especial e um aproveitamento exclusivo pelos índios, com restrições para diversas atividades exploratórias. O que se verifica, contudo, é que muita coisa vem sendo dita sobre os direitos dos índios nas terras demarcadas sem que, contudo, haja uma identificação precisa desses direitos e dessas restrições que estão previstos,

instit

Pet 3.388 / RR

sobretudo, na própria Constituição e também nas leis, especialmente no Estatuto do Índio.

Ao meu sentir, para a melhor percepção das implicações deste caso, é preciso mostrar em que consiste esse conjunto de prerrogativas e restrições atrelado à terra indígena e que constitui, enfim, o que vem sendo reunido sob a noção de “afetação”. E tenho que isso é necessário para balizar as demarcações com a exata definição dos limites impostos pela Constituição e pelas leis.

Segundo os artigos 20, XI, e 231, § 2º, da Constituição, as terras indígenas são de propriedade da União, mas destinam-se à posse permanente dos índios.

Por essa “posse permanente” entenda-se uma disposição para o futuro, que se alinha com a norma do § 5º do art. 231.

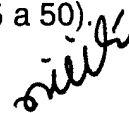
*“A permanência exigida pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946 refere-se ao passado. A exigida pelas Constituições de 1967, 1969 e 1988, ao futuro”, afirma **Fernando da Costa Tourinho Neto** na obra já citada. E prossegue: “Observe-se que as Constituições passadas impunham respeito à posse das terras onde os índios se achavam permanentemente localizados. Na de 1988, lê-se ‘as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente’ (**Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas**. in SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. págs. 9 a 43 – destaques originais).*

José Afonso da Silva também o diz:

“(…) A Constituição tem duas cláusulas sobre isso, referindo-se a terras habitadas permanentemente pelos índios e terras que se destinam a sua posse permanente (art. 231, §§ 1º e 2º).

(…)

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat” (op.cit. págs. 45 a 50).



Pet 3.388 / RR

Ainda de acordo com o art. 231, § 2º, da Constituição, cabe aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, salvo, como dispõe o art. 231, § 6º, quando houver relevante interesse público da União, na forma de lei complementar, caso em que esta poderá iniciar a exploração dessas riquezas.

Merecem destaque as restrições referentes à exploração dos recursos hídricos e potenciais energéticos e à pesquisa e lavra de riquezas minerais, especialmente em razão da incongruência que a uma primeira vista se apresenta entre os §§ 3º e 6º do art. 231.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, esclarece, em parecer publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional, que a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal entendeu ser *“impossível juridicamente a edição de decreto legislativo autorizando a obra [usina hidrelétrica], sem prévia regulamentação, via lei complementar, dos casos de interesse público relevante da União, exigida no § 6º do art. 231”* (O aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas. Ano 9. nº 36. jul-set/2001. págs. 257 a 287).

Há quem defenda que além da autorização do Congresso Nacional, deverá haver, para a exploração dos recursos hídricos, a prévia edição de lei complementar que definirá o relevante interesse público da União (ver, nesse sentido, o texto de **Juliana Santilli**: Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. in SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. págs. 145 a 160).

Para **Regina Maria Ferrari**, contudo, esse entendimento não deve prevalecer porque o aproveitamento dos recursos hídricos é um serviço público que já é da competência da União (art. 21, XIII, “b”, da Constituição), o que dispensa a lei complementar.

Anoto que a autora entende que nem mesmo uma lei ordinária é exigida, podendo a norma do § 3º do art. 231 *“ser aplicada de imediato, sem a necessidade da existência de lei”*.

De fato, a lei de que trata o § 3º do art. 231 é exigida para a fixação do percentual de participação dos índios na exploração dos recursos em suas terras. Nada mais. A lei complementar referida no § 6º do art. 231, por sua vez, é requisito para a

Pet 3.388 / RR

exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas. Não alcança a exploração de recursos hídricos e, principalmente do potencial energético ou a pesquisa e lavra dos recursos minerais, presente o interesse público da União.

O Congresso Nacional tem agido em conformidade com tal entendimento no que se refere à exploração dos potenciais energéticos. É o que se vê, por exemplo, dos casos do Projeto de Decreto Legislativo nº 2.540/2006, que teve origem no Projeto nº 434 do Senado Federal, ainda em tramitação, e dos Decretos Legislativos nºs 788/2005 (Usina Hidrelétrica de Belo Monte no Rio Xingu) e 103/2006 (Usina Hidrelétrica de Serra da Mesa no Rio Tocantins).

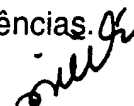
A própria União Federal tem seguido essa orientação, como se extrai da manifestação nos autos da Suspensão de Liminar nº 125/PA, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**. Nos termos da decisão proferida pela eminente Ministra, que suspendeu em parte a liminar anteriormente concedida pelo TRF da 1ª Região para autorizar o prosseguimento do licenciamento do IBAMA, a União defendeu a constitucionalidade do Decreto Legislativo.

As mesmas razões se aplicam à pesquisa e à lavra das riquezas minerais no cotejo entre os dois parágrafos do art. 231.

O que deve ser lembrado é que a edição de uma lei prévia é também exigência de outro dispositivo constitucional, o § 1º do art. 176. E este está diretamente dirigido à exploração de potenciais hidráulicos e riquezas minerais.

Deixo o registro de que até a presente data, em que pese a existência de alguns projetos que buscam regulamentar o tema, em especial a mineração em terras indígenas, cito, por exemplo, o PL nº 692/91, da Deputada Raquel Cândido, o PL nº 1.610/96, do hoje senador Romero Jucá, o PL nº 5.742/90, do hoje senador Mozarildo Cavalcante, e o PL nº 3.872/97, da Deputada Rita Camata, não existe a lei de que trata o § 1º do art. 176.

É importante afirmar que os indígenas também não poderão, sem a autorização do Congresso e dos demais requisitos exigidos em lei, explorar os recursos hídricos e os potenciais energéticos (arts. 49, XVI, e 231, § 3º, ambos da Constituição Federal), já que não lhes é assegurado pela Carta Magna nenhum privilégio nesse sentido. Nem, tampouco, poderão criar obstáculos ou impor exigências.



Pet 3.388 / RR

A Constituição, seguindo a tradição iniciada em 1934, distingue o solo do subsolo para fins de tratamento dos direitos de propriedade (arts. 20, IX e 176, **caput**). Da mesma forma, o Código Civil (art. 1.230). Estando ou não aflorada, a jazida é parte distinta do solo (art. 176, **caput**, da Constituição Federal e art. 4º, Código de Mineração).

É bom notar que a garimpagem é, na interpretação sistemática das Leis nºs 11.685, de 2 de junho de 2008, e 7.805, de 18 de julho de 1989, *“a atividade de extração de substâncias minerais garimpáveis, com aproveitamento imediato do jazimento mineral, que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possam ser lavradas, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, segundo critérios técnicos do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM”* (art. 2º da Lei nº 11.685/2008). Como tal, é espécie de lavra (Lei nº 7.805/89), devendo ser autorizada previamente pelo DNPM, que outorgará, nesse caso, o título minerário (art. 3º da Lei nº 11.685/2008).

Assim, sendo o objeto de sua exploração uma jazida, não há como reconhecer diferença entre os índios e os não-índios no que se refere à lavra garimpeira, já que estes têm apenas o usufruto das riquezas do **solo**. Por isso, não havendo nas disposições constitucionais que proíbem a pesquisa e a lavra de riquezas minerais nenhuma exceção que beneficie os índios, também eles devem obter a adequada permissão (Leis nºs 7.805/89 e 11.685/08).

Embora não se trate de enfrentar este tema agora, haverá de ser examinada no momento próprio a questão da recepção do **caput** do art. 22, do art. 24, do inciso II do art. 39, do art. 44 e do art. 45 da Lei nº 6.001/1973, bem como do Decreto nº 88.985, de 10 de novembro de 1983.

Feitos os destaques acima, da conjugação das demais normas aplicáveis extraio sistematicamente que:

(i) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal, c/c art. 18, **caput**, Lei nº 6.001/1973);

(ii) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou às comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de

Pet 3.388 / RR

frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, da Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

(iii) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição Federal, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

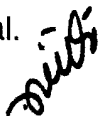
(iv) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, da Constituição Federal).

Além dos efeitos acima destacados, a homologação tem mais uma importante consequência pelo bem da segurança jurídica: a impossibilidade de revisão dos limites da terra indígena fixados na Portaria do Ministério da Justiça.

Como já ressaltado, o procedimento de regularização da terra indígena é um procedimento destinado à apuração do **fato indígena**, isto é a presença indígena em 5/10/1988, com a sua respectiva extensão, esta determinada com base nas já suas referidas expressões.

Ora, uma vez estabelecido e constatado esse fato, com base no qual terá sido homologada a área da terra indígena, não pode haver mais espaço ou ensejo para uma revisão dessa área. Cuida-se aqui de verdadeira preclusão administrativa, que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados. Não se concebe que o poder-dever da administração de rever de ofício seus atos alcance a constatação de um fato cuja ocorrência e extensão decorreram de procedimento instaurado regularmente, com observância do contraditório. Desse procedimento resultou a consolidação de direitos individuais, como ocorre com propriedades imediatamente adjacentes à terra indígena, assim como outros interesses públicos ou particulares relacionados à área não abrangida pela terra indígena.

A existência desses interesses, direitos de natureza individual consolidados com a não-abrangência na terra indígena, impede uma aplicação absoluta do poder-dever de revisão dos atos da administração, como bem reflete o disposto no art. 53 da Lei nº 9.784/99 e na Súmula nº 473 deste Supremo Tribunal Federal.



Pet 3.388 / RR

No caso da identificação e da demarcação de terras indígenas, de todos os modos, estou convencido de que a definição da extensão da área, fruto da constatação do **fato indígena**, não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador. A demarcação esgota a identificação, sendo vedada sua alteração.

Anote-se que a revisão não se fará de forma mais correta e percuente que o procedimento instaurado originalmente com a finalidade de identificação da terra indígena e mais próximo ao marco temporal da averiguação do fato indígena. O prazo de 5 (cinco) anos de que trata o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias certamente não o permitiria.

Diante das referências feitas pelas partes à Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007, entendo ser necessária a menção não só aos dispositivos ali contidos, mas aos dispositivos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, também atinente aos povos indígenas.

A Convenção nº 169 da OIT, assinada em 27 de julho de 1989 e ratificada pelo Brasil em 25 de julho de 2002, substitui a Convenção nº 107 no tema da proteção aos direitos dos povos indígenas e tribais.

Já em seu artigo 1.3, que dispõe sobre o seu alcance, ressalva que o termo “povos” ali utilizado não pode ter o mesmo significado que o do direito internacional.

Destacam-se disposições como “os Estados devem ser responsáveis, com a participação dos povos interessados, pelo desenvolvimento de ações coordenadas e sistemáticas para a proteção dos respectivos direitos e para a garantia de sua integridade” (art. 2.1); “os valores sociais, culturais, religiosos e espirituais e os rituais desses povos devem ser reconhecidos e protegidos” (art. 5(a)); “os Estados devem providenciar, em conjunto com os povos interessados, a proteção e a preservação do meio ambiente onde vivem” (art. 7.4); “os direitos de propriedade e posse sobre as terras onde vivem os povos interessados devem ser reconhecidos” (art. 14.1); “os Estados devem tomar as medidas necessárias para identificar as terras tradicionalmente ocupadas pelo povos” (art. 14.2); “nos casos em que o Estado detenha a propriedade dos recursos minerais ou direitos a outros recursos da terra, os Governos deverão estabelecer ou manter procedimentos pelos quais possam consultar

Pet 3.388 / RR

esses povos (...) sobre a exploração e aproveitamento dos recursos...” (art. 15.2); e “*os povos interessados não devem ser removidos das terras que ocupam*” (art. 16.1).

Como se vê dessa pequena amostra, muitas das garantias nelas previstas já eram asseguradas em nossa Constituição, não havendo, em princípio, inovação no que se refere às prerrogativas de nosso Estado Nacional.

Até por essa razão, a Convenção não foi recebida com entusiasmo pelos defensores de um absolutismo dos direitos dos índios, que consideraram tímidos os seus avanços em relação à Convenção nº 107, como escreveu **Samia Jorge Jordy Barbieri** no artigo “O direito internacional dos direitos humanos no Brasil e os índios” (in <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/38/00/3800/>).

A Declaração, ao contrário, não se prendeu aos termos e definições da Convenção nº 169/OIT. Inaugura um tratamento autonomista e emancipacionista das comunidades indígenas, que trata como povos em um sentido bem diverso daquele utilizado na Convenção nº 169, como se extrai de sua inspiração e seus dispositivos.

O Brasil votou a favor da Declaração na 61ª Assembléia Geral da ONU, 107ª e 108ª reuniões, tendo o Embaixador **Piragibe dos Santos Tarrago** acentuado que “*o exercício dos direitos dos povos indígenas é compatível com a soberania e integridade territorial dos Estados*”.

Penso que faltou a essa explanação do voto proferido a ênfase no entendimento de que “*os procedimentos e medidas referidos na Declaração para salvaguardar essa integridade territorial e determinar um interesse público relevante são, a nosso ver, aqueles estipulados na legislação nacional de cada país*” como constou da Declaração do Governo Brasileiro por Ocasão da Adoção, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de dezembro de 2007. A comedida manifestação do diplomata brasileiro na Assembléia Geral pode levar a que o caráter inegavelmente político da Declaração seja considerado para invocar de outras esferas o apoio a eventual pretensão autonomista, o que não seria sequer possível, como é óbvio, se não houvesse a Declaração e a adesão do Brasil.

Cuidando-se de um documento internacional de direitos humanos, elaborado a partir da Comissão de Direitos Humanos da ONU, há quem defenda que deva ganhar status especial, tendo em conta sua dupla destinação: o estado-membro e o ser humano, que é não só um sujeito de direito interno, mas também um sujeito do

Pet 3.388 / RR

direito internacional, conforme afirma **Antonio Augusto Cançado Trindade** (International Law for Humankind: towards a new *jus gentium* – general course on public international law. v.II. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. pág. 60).

Segundo o que sustenta o Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil sobre a aplicabilidade da Declaração, na publicação que elaborou juntamente com a Representação da UNESCO no Brasil e o Instituto Sócio-Ambiental – ISA, “(...) a Declaração pode e deve ser invocada por qualquer pessoa, sempre que houver uma situação de opressão ou de violação de direitos indígenas” e “para ser aplicada no Brasil a Declaração não precisa se tornar lei, nem ser ratificada pelo Congresso Nacional porque o Brasil já se manifestou favorável à Declaração na Assembléia da ONU” (in http://rio.unic.org/index.php?option=com_content&task=view&id=795).

Ao mesmo tempo em que os documentos internacionais sobre direitos humanos ganham força, a aplicabilidade e a força executiva imediata dos instrumentos do Direito Internacional em geral encontram amparo em um sistema maior e mais abrangente, cada vez mais legitimado por sua participação na solução de conflitos internacionais, questão também desafiada por **Antonio Augusto Cançado Trindade**, na obra já citada.

A despeito da ambigüidade da redação da Declaração, veja-se, por exemplo, o que dispõe o seu art. 46, 1, já seriamente mitigado pelo item 3, o preâmbulo e os demais artigos intentam claramente conferir aos povos indígenas a qualificação de nações, dotadas de autogoverno e autodeterminação (arts. 3º, 4º, 6º e 12, **in fine**), com desprezo das fronteiras (art. 36, 1) e do sistema representativo dos Estados-Membros (art. 32).

A ambigüidade é, aliás, também característica do texto de **James Anaya**, atual Relator Especial da ONU para Direitos Indígenas, conforme se verifica de sua obra “Los pueblos indígenas en el derecho internacional” (Madrid: Editorial Trotta, 2005).

Os textos dão conta de que os receios de uma indevida extensão dos direitos indígenas em direção a uma autonomia frente ao Estado do qual são súditos é, longe de uma radicalização do discurso utilizado pelos críticos da Declaração, um anseio de alguns setores da comunidade internacional.

Não é à toa que alguns Estados-Membros como Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos, embora tenham participado e contribuído ativamente

instit

Pet 3.388 / RR

nos trabalhos que resultaram na Declaração, se recusaram a votar favoravelmente, tendo destacado a necessidade de se diferenciar autodeterminação externa de autodeterminação interna. Esta última é admitida, de modo a resguardar a representatividade das comunidades indígenas no plano internacional aos órgãos do Estado-Membro na qual se insere.

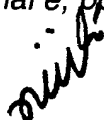
Veja-se recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Awas Tingni* que aplicou sanções à Nicarágua por entender que houve violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, bem como ao seu bem-estar e integridade cultural. Isso revela que a comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-Membros suas posições quanto a esses direitos. Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União (art. 21, XI, CR/88). E assim é porque, segundo a decisão, o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Direito à Propriedade Privada, que garante a “toda pessoa o uso e gozo de seus bens”), que pode ser subordinado pela lei ao interesse social, deve ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios às suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo.

Não é demais lembrar a classificação apresentada por **Celso de Albuquerque Mello**, que inclui a Declaração no conceito ampliado de Tratado.

Por isso, é essencial que esta Suprema Corte do Brasil deixe claro que a contribuição da Declaração dos Povos Indígenas para o reconhecimento e fortalecimento dos direitos de povos que foram alcançados pelo processo de conquista e colonização do Novo Mundo não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e de topografia pétrea, como a unidade nacional, a indissolubilidade e o princípio federativo.

Anoto que sobre o tema da relação entre o direito internacional e o direito interno já tive oportunidade de me manifestar por ocasião do julgamento do HC nº 87.585/TO, quando então, resgatando antigo trabalho (*O Estado Moderno e a Proteção dos Direitos do Homem*, Liv. Freitas Bastos, 1968), destaquei que a:

“(...) natureza especial do ser do homem é que dá dimensão própria aos direitos humanos, autorizando no plano das relações entre o direito internacional e o direito interno uma relação que põe relevo no primeiro não no segundo. O homem não está limitado ao estado nacional e, portanto, os seus direitos também não estão. Ele está



Pet 3.388 / RR

na dimensão da humanidade que ultrapassa por definição a regência doméstica. Daí que teremos de construir na operação jurídica dos planos estatais uma incorporação que guarde essa dimensão”.

Também lembrei que a busca por um padrão especial quanto aos direitos humanos nos planos interno e internacional levando em conta o cenário de nossos dias deve considerar nossa disciplina constitucional, que exige a participação do Congresso na integração das normas do Direito Internacional, ainda que resulte, nesse caso, em uma prevalência dos tratados de direitos humanos sobre a legislação ordinária:

“No estágio em que nos encontramos, buscar a solução mais adequada para equacionar a força do direito internacional positivado no direito interno quando se trate de espécie normativa relativa aos direitos do homem, impõe trabalhar no plano constitucional”

(...)

“Com essa perspectiva, torna-se possível a partir de 1988 trazer os atos internacionais sobre direitos, mediante o devido processo de incorporação, para espaço normativo superior ao da simples legislação ordinária”.

De todos os modos, estou convencido de que não é possível qualificar desde já a Declaração como um instrumento normativo do Direito Internacional. Por mais que as resoluções da Assembleia Geral possam servir, como diz **Ian Brownlie**, Professor da Universidade de Oxford, para “evidenciar as manifestações dos estados no mais abrangente forum para tais manifestações” e “mesmo quando delineadas como princípios gerais” possam constituir a base para “o progressivo desenvolvimento do Direito e a rápida consolidação de costumes”, não são em geral vinculantes. Para isso, é preciso a conjugação de alguns requisitos, como a reiteração de práticas conformadas ao conteúdo da resolução (Principles of public international law. 5ed. Oxford University Press, 1998. pág. 14 – tradução livre).

Devo anotar que o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que tem sido considerado um rol das fontes do Direito Internacional, não menciona as resoluções da Assembleia Geral.

Nesse sentido, **Dame Rosalyn Higgins**, atual Presidente da Corte Internacional de Justiça, assinala que “os redatores da Carta deliberadamente se recusaram a conceder poderes legislativos à Assembleia Geral”, concluindo que “em

Pet 3.388 / RR

assuntos outros que não os orçamentários, as resoluções da Assembléia Geral são recomendatórias e não diretamente vinculantes: ver artigos 10, 11, 12, 13 e 14 (Problems and process – international law and how we use it. New York: Oxford University Press, 1994).

Assim, seja pela ausência de integração seja porque baldia de força vinculante, por si só, como fonte de direito internacional, não se há de aplicar a Declaração no plano da positividade jurídica interna. Com isso, pode-se afirmar que não repercute no caso sob julgamento.

Examino agora a questão da faixa de fronteira, como disposta na Constituição Federal, em três de seus dispositivos. No primeiro deles, o art. 20, § 2º, para estabelecer que:

“A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para a defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei”.

Ao tratar das atribuições do Conselho de Defesa Nacional, o art. 91, § 1º, inciso III, insere a de *“propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo”*.

Por fim, o art. 176, que cuida das jazidas e demais recursos minerais, exige o condicionamento legal das atividades de pesquisa e lavra nessas áreas.

Assim como o art. 231 assegura aos índios os seus direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas, o § 2º do art. 20 não deixa dúvida quanto à essencialidade da faixa de fronteira para a defesa do território brasileiro.

O que ocorre no caso é que, por sua localização, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol está situada integralmente em área considerada faixa de fronteira. Daí as objeções já postas quanto ao prejuízo que a demarcação e a homologação feitas, sem considerar essa situação e principalmente sem a anuência do Conselho de Defesa Nacional – CDN, trariam à segurança nacional.

Foi nesse sentido que o Relatório da Comissão Externa da Câmara dos Deputados e a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ambos

Pet 3.388 / RR

mencionados nos autos, concluíram que haveria irregularidade no procedimento de reconhecimento fundiário.

De fato, a Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979, dispõe sobre a faixa de fronteira e sua respectiva utilização. No entanto, se não há motivo para crer que não tenha sido recepcionada pela Constituição de 1988, alguns de seus dispositivos devem ser interpretados de modo a compatibilizá-la com a disciplina constitucional dos oitenta. Parece ser exatamente o caso do art. 2º, que exige o assentimento prévio do Conselho para a prática de determinados atos nessa área.

A figura do “assentimento prévio” está na lei de 1979 porque estava também na Constituição de 1967, em seu art. 91.

Mas a Constituição de 1988 limitou o papel do Conselho, dando-lhe uma conformação de **órgão de consulta**, como decorre do art. 91.

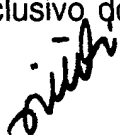
Como sabido a lei não pode mais que a Constituição. Assim, relevando que o art. 91 deu ao Conselho de Defesa Nacional configuração de **órgão de consulta** ao qual compete apenas **opinar e propor**, não há falar em “assentimento prévio”.

A Lei nº 8.183, de 11 de abril de 1991, editada já sob a égide da Constituição de 1988, regula a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional. Dela não consta, como não poderia, qualquer atribuição que lhe confira um poder de veto ou decisão sobre os projetos a serem realizados em faixa de fronteira. Na verdade, o parágrafo único do art. 1º repete com todas as letras as atribuições previstas na Constituição que se limitam ao opinar e propor, estudar e acompanhar, atribuições de caráter consultivo, em pleno acordo com a natureza daquele órgão.

Não é, portanto, pela falta de um assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional que se pode imputar ao procedimento demarcatório alguma irregularidade ou nulidade.

Superado o problema do “assentimento prévio”, sobressai questão sobre a oitiva do Conselho de Defesa Nacional, exigência de base constitucional.

Alguns defendem que no caso das terras indígenas situadas em faixa de fronteira não haveria nenhum motivo para a oitiva do Conselho de Defesa Nacional simplesmente porque todos os critérios e condições de utilização dessas áreas já estariam estabelecidos na própria Constituição. Em outras palavras, se a Constituição já estabeleceu o usufruto exclusivo dos indígenas nas suas terras, não haveria mais



Pet 3.388 / RR

espaço para nenhuma proposta do Conselho e, portanto, inútil seria a aplicação do inciso III do § 1º do art. 91 (cf. **Isaías Montanari Junior. op.cit.**).

A tese é interessante na medida em que não exige a superação de um dispositivo constitucional por outro.

Não me parece, contudo, que esse fundamento seja suficiente. Ao dispor sobre a faixa de fronteira e sobre a opinativa do CDN, o constituinte não fez distinção quanto à existência de outras afetações. Assim, ao contrário da tese referida, não haveria como considerar, de pronto, as terras indígenas excluídas do tratamento dado às áreas em faixa de fronteira. Esta é uma interpretação que, a meu ver, radicaliza a aplicação do art. 231 em prejuízo dos artigos 20 e 91. É mesmo possível dizer que, em princípio, não havendo ressalvas por parte da Constituição, não seria cabível diferenciar as terras indígenas de outras áreas no que se refere às restrições e peculiaridades da faixa de fronteira.

Neste caso, a farta divulgação de dados e as manifestações elaboradas sob diversas orientações, civis e militares, que foram levadas ao Ministro da Justiça e ao Senhor Presidente da República, que decidiu sem a audiência do Conselho de Defesa Nacional, bem como o próprio julgamento nesta Corte, deixam em outros planos de consideração a necessidade da ouvida.

Tal situação se reforça com o precedente encontrado no MS nº 25.483, DJ de 14/9/2007, Relator o Ministro **Carlos Britto**.

Para o futuro, entretanto, com o pronunciamento da Suprema Corte sobre a correta interpretação e aplicação do inciso III do § 1º do art. 91, entendendo que se tratando de faixa de fronteira é recomendável que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional.

Passo agora a cuidar da questão relativa ao meio ambiente.

A Constituição de 1988, em seu art. 225, estabelece que *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*. E para garantir a efetividade desse direito o § 1º dispõe que o Poder Público deverá:

“III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei,

Pet 3.388 / RR

vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

Esses espaços territoriais passaram a ser designados “Unidades de Conservação” pela Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que cuida do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). No mesmo sentido, embora sob a denominação de áreas protegidas, dispõe o art. 8º da Convenção da Diversidade Biológica, documento internacional assinado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92, tratando da conservação **in situ**.

De acordo com o art. 2º, I, da Lei nº 9.985/2000, as unidades de conservação são definidas como:

“(...) espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”

As unidades de conservação requerem, então, medidas de proteção adequadas à necessidade de sua preservação, finalidade primordial de sua existência.

Nos termos da Lei, as unidades de conservação podem ser divididas em dois grupos básicos: 1º) unidades de proteção integral e 2º) unidades de uso sustentável (art. 7º, Lei nº 9.985/2000), conforme impeçam consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais (uso indireto) ou admitam coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais (uso direto). Estes por sua vez contêm diversas categorias.

As categorias das unidades de proteção integral são: (i) estação ecológica; (ii) reserva biológica; (iii) parque nacional; (iv) monumento natural; e (v) refúgio de vida silvestre.

As categorias das unidades de uso sustentável são: (i) área de proteção ambiental; (ii) área de relevante interesse ecológico; (iii) floresta nacional; (iv) reserva extrativista; (v) reserva de fauna; (vi) reserva de desenvolvimento sustentável; e (vii) reserva particular do patrimônio natural.

A Unidade de Conservação do Monte Roraima inclui-se na categoria de Parque Nacional, nos termos do Decreto nº 97.887, de 28 de junho de 1989, pelo que, segundo o art. 11 da Lei 9.985/2000, tem *“como objetivo básico a preservação de*

Pet 3.388 / RR

ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico". A visitação pública é admitida, embora esteja sujeita às restrições e normas previstas no respectivo plano de manejo, em regulamento ou ditadas pelo órgão responsável pela administração (§ 2º). Quanto às pesquisas científicas na área, dependerão de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e estarão *"sujeitas às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento"* (§ 3º).

Das normas examinadas, logo se vê que há um conflito, aparente nos respectivos textos, entre os dispositivos que regulam as terras indígenas e aqueles que tratam das unidades de conservação. Anote-se que tanto as terras indígenas quanto as unidades de conservação têm sede constitucional. Da mesma forma que as terras indígenas são reconhecidas no art. 231, mas dependem de um processo de regularização fundiária para que os direitos dos índios sejam assegurados, as unidades de conservação também são reconhecidas no inciso III do § 1º do art. 225, embora devam ser identificadas e regularizadas na forma da lei. Isso porque, segundo **Juliana Santilli**, *"o conjunto de unidades de conservação deve representar amostras significativas e ecologicamente viáveis das diferentes populações, habitats e ecossistemas do território nacional e das águas jurisdicionais. Atualmente, as unidades de conservação são entendidas como um sistema, e não se considera cada unidade como um fim em si mesma, ou como um fragmento isolado, mas como parte de um sistema de ordenamento territorial"* (A Lei 9.985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socioambiental. in Revista de Direito Ambiental. v.40. out-dez/2005. págs. 79 a 123).

Ao contrário do que sustentam alguns defensores de um caráter absoluto dos direitos indígenas, estes são, em verdade, uma das diversas expressões do interesse público de âmbito nacional. À nação brasileira interessa, sem dúvida, a proteção e a preservação dos interesses indígenas, mas interessa também a preservação do meio ambiente e da segurança de nossas fronteiras além de outros interesses públicos representados pela União, como prevê literalmente o art. 231 da Constituição da República. É importante identificar tais interesses para que o estatuto jurídico das comunidades indígenas possa ser de uma vez por todas definido

Pet 3.388 / RR

considerando a disciplina constitucional. A identificação dos demais interesses públicos que poderão condicionar os direitos dos índios passa, em muitos casos pela edição de lei, ordinária ou complementar, ou pela autorização do Congresso Nacional. E em nossos dias é necessário ter presente que a preservação do meio ambiente é imperativa para a humanidade e não apenas para as nações ou comunidades individualmente consideradas.

No que se refere à proteção do meio ambiente e à faixa de fronteira, contudo, essa limitação decorre das próprias disposições constitucionais já referidas. Haverá, nesses casos, mais uma afetação específica da área em discussão, a gerar uma superposição de afetações. Essa dupla (terra indígena + unidade de conservação) ou tripla afetação (terra indígena + unidade de conservação + faixa de fronteira) deve, portanto, ser resolvida não pela sucumbência frente aos direitos indígenas, mas por uma conciliação das prerrogativas aparentemente em conflito.

É nesse ponto que convém fazer referência ao princípio da unidade da Constituição que, na minha compreensão, tem grande influência na solução dessa aparente antinomia entre o direito dos índios, a importância estratégica da faixa de fronteira e o valor da preservação do meio ambiente.

A Constituição é a síntese de uma miríade de anseios das mais diversas naturezas. Há, portanto, uma pluralidade de interesses acolhidos no texto constitucional do tipo racional-normativo. Ao mesmo tempo, essa diversidade forma um todo unitário que vem a ser o fundamento de toda a ordem jurídica e também o fundamento de todo o sistema que, como tal, não admite nem a instabilidade nem a autonegação.

O objetivo norteador do princípio da unidade é, assim, o equilíbrio entre todos os interesses que compõem, em uma rede de interdependência recíproca, a ordem constitucional.

Discorrendo sobre o princípio da unidade, **Inocêncio Mártires Coelho** assinala que:

"(...) segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se

Pet 3.388 / RR

nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes” (Interpretação constitucional. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pág. 101).

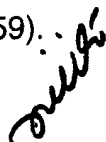
Lembro que a Constituição, para **Willoughby**, “*é um todo lógico, cujas normas são, cada uma delas, suas partes integrantes sendo, portanto, logicamente apropriado e até mesmo imperioso aplicar uma parte à luz das normas de todas as demais partes*” (The constitutional law of the United States. V.1. Nova York: Baker, Voorhis and Company, 1929. pág. 65 – tradução livre).

O papel da unidade é harmonizar a diversidade das manifestações acolhidas pela Constituição, como ensina **Black**, no sentido de que “*uma interpretação que gere um conflito entre diferentes partes da constituição não é admissível quando, por qualquer interpretação aceitável, as partes possam ser harmonizadas*” (Handbook on the construction and interpretation of the laws. 2ed. St. Paul: West Publishing Co., 1.911. pág. 23 – tradução livre).

Por mais difícil que seja a aplicação prática desse método de interpretação, o que se verifica pelos diversos estudos já desenvolvidos sobre o tema da ponderação de interesses, os esforços dedicados a essa empreitada geram resultados gratificantes.

No caso sob exame, esta Suprema Corte se depara com um aparente conflito entre as normas dos arts. 20, § 2º, 91, 225 e 231 da Constituição de 1988 e tudo porque a Terra Indígena Raposa Serra do Sol situa-se em parte na área reservada a uma Unidade de Conservação (Parque Nacional do Monte Roraima) e, no seu todo, na faixa de fronteira.

Quanto à possibilidade de conciliação entre as disposições sobre as Terras Indígenas e a Faixa de Fronteira, manifestou-se expressamente **Aurélio Virgílio Veiga Rios**. Apoiando-se no princípio da unidade da Constituição, ele defende a manutenção de uma “*dupla afetação federal*” na área, por “*não haver conflito entre os dispositivos constitucionais que protegem igualmente os dois bens jurídicos aqui referidos*” (Os direitos constitucionais dos índios nas faixas de fronteira. in Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. pág. 59).

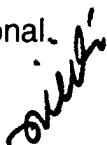


Pet 3.388 / RR

Essa dupla afetação, porém, não pode se reduzir a discurso que abstratamente garanta a presença do estado na área indígena em faixa de fronteira, mas que concretamente lhe vede o acesso sob o argumento de que os direitos indígenas não podem ser maculados. A relevância constitucional, social e ética da proteção dos direitos tradicionais dos índios não pode ser negada e todos os agentes do estado devem zelar pela sua salvaguarda. No entanto, quando ao lado dessa proteção está igualmente garantida a proteção dos interesses da defesa nacional, a salvaguarda dos direitos indígenas não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de prevalecer em qualquer caso. Com isso não se diz, pura e simplesmente, que essa salvaguarda somente deva ser perseguida até o ponto em que se depara com o interesse da defesa nacional. Isso pode ocorrer, ou seja, o interesse da defesa nacional pode e deve sobressair em determinadas condições. O que é importante é que a efetiva conciliação desses dois interesses, de modo a concretizar a dupla afetação, tornando-a real e não apenas discursiva, envolve o respeito simultâneo de ambos os interesses, de modo a que nenhum deles possa ser considerado superado ou minimizado pelo outro de antemão. Nas situações específicas, há de se garantir sempre a possibilidade de conjugação que não pode ser entendida fora de uma lógica de complementaridade.

Deve ser lembrado que a idéia de defesa nacional, na atualidade, não se limita a políticas defensivas de âmbito estritamente bélico e estratégico. Outras noções se articulam com a proteção dos interesses nacionais, o que se dá com os produtos agrícolas e industriais, como bem referiu o Professor **Sérgio Augusto de Faria**, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), no 3º Painel (Perspectiva Institucional: A Normatização da Faixa de Fronteira) do Seminário Faixa de Fronteira – Novos Paradigmas, realizado em Brasília pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República em 7 e 8 de outubro de 2004.

E se é verdade que as fronteiras já não são suficientes para barrar as novas ameaças, com a presença física de guarnições e equipamentos militares, isso não significa que elas possam deixar de ser tratadas como um componente estratégico. A estratégia militar depende cada vez mais da logística, da presença econômica e da infra-estrutura de serviços civis para melhor defender a integridade do território nacional.



Pet 3.388 / RR

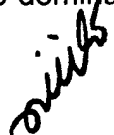
Um bom exemplo dessas necessidades logísticas que devem ser apreciadas como itens da pauta de defesa nacional é a questão da malha viária, como bem se colocou no Painel já referido, em palestra de **Maria Jovita Wolney Valente**:

“Um outro aspecto importante relacionado à autorização, ao Assentimento Prévio, é a construção de pontes, de estradas, de aeroportos, ou seja, a questão do planejamento da malha viária do País. É necessário rever o Sistema Nacional de Viação aprovado pela Lei nº 5.917 de 1973, com os olhos voltados para as fronteiras Norte e Centro-Oeste de modo adequado à nova realidade dessas regiões. Aquilo que foi planejado há mais de 30 anos pode não mais refletir as necessidades atuais. A própria Lei nº 5.917 prevê a revisão do Plano Nacional de Viação a cada cinco anos.

Embutidos nesse sistema encontram-se as pontes, muitas delas construídas sem considerar a eventual necessidade de utilização militar seja pela tonelagem que possam suportar, o trânsito de pesados carros de combate, seja pela curvatura que permita a navegabilidade de embarcações de maior porte. Nesse contexto, também se encontra a construção dos aeroportos e pistas de pouso, os quais com raras exceções são construídos sem considerar estratégias militares. As malhas viárias dos Estados devem estar perfeitamente articuladas com aquela federal, assim como parte das estradas e sinais de responsabilidade dos Municípios”.

Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional.

É por isso que não se pode conceber uma tentativa de apropriação e exploração dos bens e interesses estratégicos por alguns grupos de indígenas com a cobrança de tarifas e pedágios para viabilizar sua utilização. O usufruto de suas terras não alcança esse tipo de dominação, seja sobre equipamentos e instalações excluídos



Pet 3.388 / RR

da terra indígena pelo Decreto homologatório, ou não. Não há na natureza jurídica desse usufruto constitucional cobertura para esse tipo de comercialização.

Por sua vez, o conflito entre os dispositivos que regulam as terras indígenas e aqueles que tratam das unidades de conservação decorre, em verdade, de uma comparação superficial, ao nível textual, e também deve ser superado por interpretação que prestigie o sistema e a unidade das normas constitucionais e leve em consideração os interesses envolvidos sem afastar qualquer deles de antemão.

Como toda a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol está situada em faixa de fronteira, haverá, quanto à área do Parque Nacional do Monte Roraima, uma tripla afetação, como já antes mencionado.

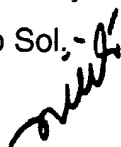
Uma expressão desse espírito conciliatório já se encontra no próprio Decreto Presidencial de 15/4/2005 ao admitir em seus “considerandos” a dupla afetação da área, na parte em que coincidem as terras indígenas e o Parque Nacional do Monte Roraima:

“Considerando que o Parque Nacional do Monte Roraima pode ser submetido, por decreto presidencial, a regime jurídico de dupla afetação, com bem público da União destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios que ali vivem...”

Mas não foi além. Como já não fora o legislador da Lei nº 9.985/2000 ao deixar de incluir nas categorias das unidades de conservação uma que se caracterizasse pela coincidência com terras indígenas e áreas de fronteira e fixasse desde logo as suas normas de utilização.

O que não deve ser admitido é a continuidade de confrontos entre órgãos federais pela administração direta, ou não, de grandes áreas do território nacional. Não cabe aqui nenhuma forma de radicalismo. Devem ser afastados, por isso, argumentos que, de um lado, só enxergam o absolutismo dos direitos indígenas, com a permanência incontestada e incontestável do usufruto exclusivo e, de outro, não aceitam nada além de um quase confinamento da unidade de conservação.

Acontece que a própria Lei nº 9.985/2000 parece indicar algumas fórmulas de conciliação, muito embora não se encaixem precisamente na natureza da unidade de conservação e na relação das comunidades indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.



Pet 3.388 / RR

De fato, ainda que a categoria de Parque Nacional, até mesmo por se enquadrar no grupo das unidades de proteção integral, não preveja a sua ocupação humana, outras categorias há que admitem a presença de populações tradicionais, como a Reserva Extrativista e a Reserva de Desenvolvimento Sustentável (arts. 18 e 20, respectivamente, da Lei nº 9.985/2000).

Por mais que nosso ordenamento ainda careça de uma definição jurídica para o conceito de “populações tradicionais”, a doutrina não deixa de ali inserir as comunidades indígenas, valendo-se de conhecimentos de outras ciências ou mesmo da analogia a dispositivos da própria Lei nº 9.985/2000, como os dois logo acima citados (v. **Leitão, Sérgio**. Superposição de leis e de vontades – por que não se resolve o conflito entre terras indígenas e unidades de conservação?. in Terras indígenas e unidades de conservação da natureza. Fany Ricardo (org.). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. págs. 17 a 23).

O art. 55 da Lei nº 9.985/2000 prevê, para as áreas de proteção criadas no regime anterior, o que é o caso do Parque Nacional do Monte Roraima, uma reavaliação com o “*objetivo de definir sua destinação com base na categoria e função para as quais foram criadas*”.

Não obstante devesse ser feita no prazo de 2 anos a contar da promulgação da lei, e apenas para as áreas protegidas que não pertencessem às categorias, não parecendo permitir a transformação da categoria inicialmente estabelecida, a possibilidade revela, a meu ver, o reconhecimento de que pode haver adaptações para determinadas áreas. Isso mostra a razoabilidade utilizada pelo legislador em seus critérios.

Essa razoabilidade é que, aliada às idéias de sistema e unidade, induz e ao mesmo tempo justifica uma interpretação que compatibilize os parâmetros rigorosos implantados pelo legislador, utilizando-os com temperamento para atender à necessidade de conciliação dos interesses ambientais e indígenas, sem ferir os princípios dos respectivos instrumentos de proteção. Trata-se de identificar interpretação compatível com a Constituição Federal.

Vários autores já se dedicaram à tarefa de propor alternativas para viabilizar essa conciliação, assim, por exemplo, os vários textos que compõem a valiosa obra organizada por **Fany Ricardo**, aqui já citada. Outra forte amostra desse esforço é a sugestão, que não foi aceita quando da discussão do projeto que resultou

Pet 3.388 / RR

na Lei nº 9.985/2000, de uma categoria de unidade de conservação chamada “Reserva Indígena de Recursos Naturais”.

Na minha compreensão, porém, falta a esse esforço um pouco de objetividade e concretude. As sugestões não passam de um plano por demais abstrato e, talvez por receio de contrariar os interesses indígenas, estes mais concretos que os difusos interesses ambientais, não chegam a indicar com alguma precisão as restrições que necessariamente deveriam ser feitas aos interesses envolvidos, inclusive do usufruto exclusivo dos indígenas, para assegurar a conciliação.

É preciso, portanto, que desde logo sejam fixadas algumas diretrizes que possam deixar claras quais as restrições aos direitos envolvidos na dupla afetação. Enquanto isso não for feito, a homologação de terras indígenas em áreas também afetadas por unidades de conservação servirá para prolongar o embate entre burocracias estatais por verbas federais.

No caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol a conciliação é facilitada por alguns fatores. Vejamos.

Em primeiro lugar, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação foi construído sob inspiração de uma nova concepção das áreas protegidas, aberta para a possibilidade de conciliação entre todos os interesses envolvidos. Daí a possibilidade de interação entre os órgãos encarregados da gestão das áreas afetadas e, em alguns casos, com a participação das comunidades locais, o que é compatível com a visão de que os povos indígenas proporcionam, de modo geral, uma maior conservação dos recursos naturais, como reconhecem os princípios da UICN (União Internacional para a Conservação da Natureza) e da WWF (World Wildlife Foundation), segundo a visão de **Cláudio Maretti** (Conservação e valores – relações entre áreas protegidas e indígenas: possíveis conflitos e soluções. in Terras indígenas e unidades de conservação da natureza. Fany Ricardo (org.). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. págs. 85 a 101).

Não é demais lembrar que essa relação depende da manutenção em algum nível de ocupação tradicional da terra que não se coaduna com algumas práticas que se pretende incentivar como a pecuária e o garimpo, cujo poder predatório dos recursos naturais é por todos conhecido.

Além disso, defende-se que a biodiversidade também está associada, em maior ou menor grau, à presença humana, de modo que a manutenção de áreas

Pet 3.388 / RR

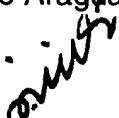
intocadas poderia, conforme entende **Nurit Bensunsan**, gerar “o risco de excluir alguns aspectos importantes para a preservação dos processos geradores e mantenedores da biodiversidade, como conhecimento humano sobre a utilização das espécies; as experiências de uso da terra; a perturbação antrópica dos ecossistemas, muitas vezes essencial para a geração e manutenção da biodiversidade e o processo histórico que é responsável pelas características atuais das paisagens” (Terras indígenas: as primeiras unidades de conservação. in Terras indígenas e unidades de conservação da natureza. Fany Ricardo (org.). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. págs. 66 a 72).

Outra vantagem, também de âmbito nacional, é no que se refere ao regime de direitos frente às terras indígenas. Se em alguns países, como a Austrália e certos vizinhos sul-americanos, as terras indígenas são reconhecidas como de propriedade dos índios, o que requer diversas e muitas vezes difíceis manobras jurídicas de conjugação dos interesses preservacionistas, difusos por sua própria natureza, com o domínio privado, no Brasil, a propriedade da União os aproxima.

A área do Parque Nacional do Monte Roraima é de 117.147ha, equivalente a 6,72% do total da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, proporção menor que aquela entre a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e a área do Estado de Roraima (7,7%), e não coincide com a área antes demarcada em favor dos índios Ingarikós. É uma região de florestas, diferenciada da zona habitada em caráter permanente pelas etnias da Terra Indígena e sua preservação. Pelo menos em princípio o reconhecimento da unidade de conservação não seria contrário aos interesses indígenas.

É claro que mesmo com essas vantagens o processo de aproximação dos interesses pode ser bastante frustrante. Os respectivos titulares tendem a enaltecer a sua importância e a intensificar alguns pontos de conflito, deixando pouco espaço aos itens de conciliação.

Não se pode esquecer, por certo, que os índios como pessoas humanas, embora sua relação com a natureza seja diversa e em geral mais respeitosa que a dos não-índios, não deixam de sucumbir, dependendo do caso, a pressões por mais facilidades e recursos. **Maria Tereza Jorge Pádua** mostrou isso em entrevista para a já citada obra organizada por **Fany Ricardo** ao falar sobre a destruição causada pelos índios do Parque Nacional do Araguaia (*op.cit.* págs. 107 a 113).



Pet 3.388 / RR

A esse depoimento se aliam as recentíssimas denúncias do IBAMA quanto à participação de comunidades indígenas determinadas no processo de desmatamento do bioma amazônico.

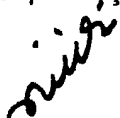
Situações como essa não podem servir de base para uma generalização, mas tampouco podem ser desprezadas. Lembre-se de que no caso do Parque Nacional do Monte Roraima, sua localização, entre a fronteira e a área indígena, dificulta que pressões externas sobre os índios acabem afetando diretamente a sua área. A criação de gado, contudo, preocupa.

Nesse quadro, e considerando que o meio ambiente é um bem de todos os brasileiros, e também um bem da humanidade, a área da unidade de conservação, sujeita à tripla afetação (terra indígena, faixa de fronteira e parque nacional), deve ser administrada pelo órgão com atribuição para a gestão das unidades de conservação, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Para tanto, deve contar com a participação das comunidades indígenas da área em caráter opinativo, que poderão ali transitar livremente podendo realizar exclusivamente atividades de extrativismo vegetal, caça e pesca nos períodos e condições estipulados pela administração, que deverá, contudo, levar em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI. Fica assegurado o trânsito de visitantes e pesquisadores nos horários e condições estipulados pela administração, tudo na perspectiva de preservação do ecossistema, o que quer dizer preservação da natureza como bem maior de toda a humanidade.

A manutenção íntegra do Monte Roraima, divisor de águas dos três grandes sistemas fluviais da América do Sul (Orinoco, Esequibo e Amazonas), como local de proteção e a possibilidade de que seja dedicado à devoção e admiração de índios e não-índios ao mesmo tempo, tem caráter emblemático.

É nele que na lenda reinventada por **Mario de Andrade**, com inspiração na mitologia das tribos de Roraima e a partir de Theodor Koch-Grünberg, nasce Macunaíma, o anti-herói que o autor faz passear por diversas referências da cultura e do folclore brasileiros, construindo irreverentemente uma identidade nacional.

E é nessa identidade nacional, formada na fusão de culturas que se somam e se completam, sem sacrificar-se no todo, que se apóia a grandeza de nosso povo e o sucesso de nossas esperanças.



Pet 3.388 / RR

O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas não se reduz a um “tudo pode” para os índios e um “nada pode” para a defesa do interesse público na sua mais ampla perspectiva. É um estatuto complexo, sofisticado, que consegue ao mesmo tempo cumprir a determinação constitucional de proteção e preservação dos índios e da cultura indígena e assegurar a satisfação dos interesses públicos de ordem nacional, na mais pura tradição brasileira de cordialidade e conciliação.

O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas se caracteriza pelo usufruto exclusivo dos índios que, todavia, estará sujeito às condições que ora são definidas, no campo da segurança nacional e da preservação do meio ambiente.

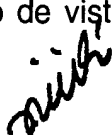
É precisamente em virtude da relevância constitucional e política do procedimento que resulta na homologação das terras indígenas que não se pode deixar de cuidar de sua forma e de suas etapas, para assegurar que todos os possíveis representantes dos diversos interesses de âmbito nacional possam se manifestar e assim contribuir para a legitimidade do processo, que não pode ficar, como tem ocorrido na prática, a cargo de uma única pessoa ou, na melhor das hipóteses, a cargo de umas poucas pessoas com formação antropológica.

Por mais que o Decreto nº 1.775/1996 tenha procurado garantir a qualidade técnica dos trabalhos de identificação e demarcação, bem como a participação de todos os interessados no procedimento, titulares de interesses públicos de ordem nacional ou não, estou convencido de que a Constituição exige bem mais que isso.

Não me parece razoável que a caracterização de uma área determinada do território nacional e, principalmente, a sua extensão fique a depender de apenas um especialista, a despeito da contribuição dos demais componentes do grupo técnico (art. 2º, **caput** e § 1º, Decreto nº 1.775/96).

Como já tive oportunidade de destacar, a identificação e a demarcação da terra indígena devem ser realizadas com base em um fato, **o fato indígena**, a ser apurado com base em critérios e metodologia próprios da ciência antropológica, a partir dos dados disponíveis e das informações levantadas em campo.

Ora, a interpretação desses dados e informações colhidos pelo antropólogo encarregado do trabalho de campo e com vistas ao cumprimento do disposto na Portaria nº 14 da FUNAI, de 9/1/1996, não pode ser feita solitariamente e sob apenas um único ponto de vista, o que, não é difícil inferir, poderia influenciar o



Pet 3.388 / RR

processo mesmo de pesquisa e levantamento. Exige-se, portanto, a participação multidisciplinar de especialistas em todas as etapas, com credenciais acadêmicas e reconhecida experiência em atividades relacionadas aos índios do Brasil.

A manifestação dos entes federativos cujos territórios forem abrangidos pela terra indígena não pode ser meramente facultativa, porém obrigatória, e deve ocorrer sobre o estudo de identificação, sobre a conclusão da comissão de antropólogos e sobre o relatório circunstanciado do grupo técnico (art. 2º, § 6º), sem prejuízo do disposto no § 8º do art. 2º do Decreto nº 1.775/96.

Antes de dispor finalmente sobre o pedido formulado, penso que algumas considerações sobre a natureza e o escopo da ação proposta devam ser feitas.

Como já expus ao apreciar o tema do litisconsórcio, a presente Ação Popular somente se encontra sob a apreciação deste Supremo Tribunal por conta do tema que veicula. É mero veículo do conflito federativo e fazendo com que os requisitos e as regras normalmente observados no rito da Lei nº 4.717/65 somente ganhem sentido se compatíveis com as finalidades da competência originária, isto é, a solução do conflito. Os requisitos e as regras do rito, ressalte-se.

Essa adaptação do rito, porém, não faz com que o escopo da ação popular seja reduzido ou com que sejam ceifadas as suas próprias finalidades. Neste caso, o autor pretende obter a declaração de nulidade dos atos referentes à regularização fundiária da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Anoto que a lesão ao Estado de Roraima é que foi realçada no conflito federativo e em algumas das manifestações nos autos e da tribuna.

O que se verifica de tudo o que foi exposto é que tanto a Portaria nº 534 do Ministro da Justiça, de 13 de abril de 2005, quanto o Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005 deixam de atender ao conjunto de condições que a disciplina constitucional impõe ao usufruto exclusivo dos índios sobre suas terras, ensejando o acolhimento de parte da impugnação do autor. Note-se que não há falar em nulidade.

A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão



Pet 3.388 / RR

também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance.

Destarte, julgo parcialmente procedente a presente ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras:

(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, interesse público da União, na forma de lei complementar;

(ii) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

(iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra de recursos minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

(iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

(v) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

(vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

(vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;

(viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela

Pet 3.388 / RR

administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas da área em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;

(x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;

(xi) deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

(xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

(xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

(xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, **caput**, Lei nº 6.001/1973);

(xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

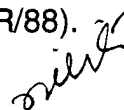
(xvi) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CF/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº

Pet 3.388 / RR

6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88).



10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, disse-o bem o relator que este julgamento é emblemático, ante os altos valores nacionais envolvidos. Hoje, um grande jornal, um jornal de circulação nacional, a Folha de S. Paulo, noticia que refletirá em 227 áreas demarcadas ou a serem demarcadas.

Prolatou o Ministro Menezes Direito voto que reputo profundo e proficiente e concluiu com inúmeras colocações que são, acima de tudo, consentâneas com o teor do voto. Colocações pedagógicas.

Se houver, Presidente, o consentimento daqueles que devem, considerada a ordem natural do julgamento, prolatar voto antes de chegar a minha vez, antecipo o pedido de vista.



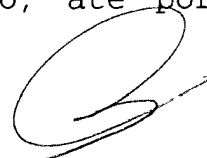
10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, como Relator, quero louvar sobremodo o voto-vista do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Sua Excelência fez, de fato, um estudo profundo, cuidadoso, revolvendo aspectos da causa imprescindíveis à formação de um juízo de cognição de nossa parte seguro.

Também fez a meu sentir, em linhas gerais, uma interpretação acertada do texto constitucional, que sabemos contém ou se desdobra por dezoito dispositivos versantes sobre a questão indígena. A Constituição dispensa dezoito dispositivos à questão indígena. Só sobre a locução "terras indígenas", ela - a Constituição - fala onze vezes. Para mostrar o seu especial apreço pela questão indígena - volto a dizer -, a Constituição abriu para eles - os índios - um capítulo em apartado, um capítulo especial.

Sua Excelência dá, ao final, pela procedência parcial da ação, listando condições numerosas para a manutenção, a preservação do decreto homologatório da demarcação.

Quero dizer a Vossa Excelência e aos eminentes Pares que, em linha de princípio, também concordo, até porque - terei



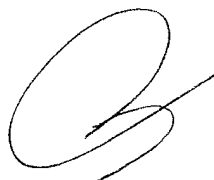
Pet 3.388 / RR

oportunidade de fazê-lo quando o feito retornar - praticamente não há nenhuma dessas condições, nenhuma, que já não se contenha no meu voto. Numa leitura um pouco apressada, porque acabei de receber por escrito a conclusão do eminente Relator, mas a minha quase certeza, digamos assim, é de que nada escapou também às lentes da minha observação quando da prolação do meu voto.

Só tenho dúvida - mas isso também será objeto de uma rediscussão - se o julgamento como proposto pelo Ministro Direito de procedência parcial da ação não caracteriza uma decisão **extra petita**, porque nada disso foi pedido na ação popular, nada do que está aqui foi pedido. O que foi pedido na ação popular? A nulidade de todo o processo de demarcação e, sobretudo, a descaracterização do formato demarcatório que, nos termos do decreto do Presidente da República, foi um formato contínuo, e o autor popular propõe que o formato seja descontínuo. Ou seja, nulidade do processo com foco para a impossibilidade de adoção do formato contínuo. Mas isso será retomado. Se é um pedido **extra petita** ou não, isso será retomado.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Se Vossa Excelência me permitir, até fui pedir agora ao eminente Presidente, se fosse possível, que suspendesse a sessão, porque realmente a minha voz está terminando, já não agüento mais; peço desculpas por ter sido um voto tão longo. Certamente não foi mais brilhante que o de Vossa Excelência, mas apenas para esclarecer, Ministro **Carlos Britto**, que certamente Vossa Excelência



Pet 3.388 / RR

sabe que não me descuido com relação a ser **extra petita** ou **infra petita**. Certamente não me descuido.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não, com certeza.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

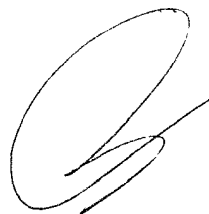
Se eu assim propus, se eu assim votei, tal como Vossa Excelência sempre o faz, tenho a certeza de que o fiz pensadamente. Imaginei que, na parte final do meu voto, tivesse deixado esclarecido esse aspecto exatamente para permitir a conclusão à que cheguei.

Mas, evidentemente, esta Corte tem esta grande qualidade: aqui não somos uns, somos todos; somos **ut unum sint**, que todos sejamos sempre um. E o voto de cada qual é sempre menor do que o voto da maioria formada.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Sem dúvida. Por isso, quando iniciei minha fala, disse que tinha alguma dúvida se cabia esse tipo de decisão, receoso que estava de caracterizar um julgamento **extra petita**, mas não fiz afirmação categórica.

Agora, a rouquidão de Vossa Excelência não o impede de ouvir, lógico. Quero que Vossa Excelência saiba que eu renovo a minha admiração pelo voto excelente que acaba de proferir.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:



Pet 3.388 / RR

Nós, às vezes, falamos mais do que ouvimos. Vossa Excelência sabe que há, em Santo Agostinho, uma obra fundamental, pouco lembrada, "O Mestre", em que ele dialoga com seu filho Adeodato, e ele pergunta:

- O que nós queremos dizer quando falamos?

E Adeodato responde:

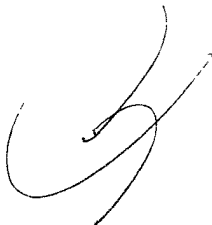
- Quando falamos, ou queremos aprender, ou queremos ensinar.

Aqui nós, tenho certeza, sempre queremos aprender. Faço como Adeodato agora.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Sem dúvida; perfeito. Então, Vossa Excelência receba a renovação dos meus cumprimentos pelo excelente voto que produziu. Sem dúvida, contribuirá, e muito, aliás, de forma completa para formação do nosso juízo final.

Senhor Presidente, com essas palavras, encerro a minha participação, reservando-me, mantendo o meu voto para outra oportunidade.

No meu voto, só queria fazer um esclarecimento: quando concluo julgando improcedente, **in totum**, na sua totalidade, a ação popular, pronunciei-me pela expulsão dos não-índios da Reserva Raposa Serra do Sol, mas evidente que, no contexto do meu voto, a expressão "não-índios" é significante de expulsão dos que litigam com os índios, disputando-lhes a posse, o uso, a ocupação da área em questão.



Pet 3.388 / RR

Eu não falei, evidente que não quis incluir os não-índios, cônjuges de índios, seria um disparate, um contra-senso.

Com esse esclarecimento, agradeço a Vossa Excelência.

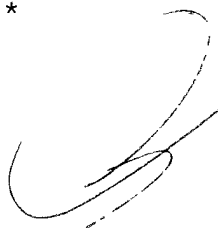
#

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'C' followed by a series of loops and a final downward stroke.

10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, como Relator, preocupo-me com a continuidade da situação, porque, desde o momento em que deferimos a liminar para estancar, sustar o processo chamado de desintrusão, desde que fizemos isso, já tínhamos um quadro factual de confronto iniciado e sustado exatamente por efeito da nossa liminar.

Preocupa-me esse estado de coisas, porém gostaria de ouvir os demais Ministros, sobretudo a partir da Ministra Cármen Lúcia, que teria a precedência do voto.



10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

VOTO S/PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, tenho como princípio realmente aguardar os pedidos de vista que são feitos, porém, neste caso, entendo a preocupação do Ministro Carlos Britto. Eu tinha voto pronto na primeira assentada e aguardei o voto-vista do Ministro Menezes Direito, hoje.

Então, da minha parte, se o Tribunal, pela maioria, acolher aguardar o pedido de vista, obviamente eu me curvo a essa decisão, porém eu gostaria, com a desculpa que peço, se o Ministro Marco Aurélio me permitir que eu antecipe o meu voto, porque estive lá, naquela ocasião formulei o voto, tinha todos os dados na cabeça e preferia, de uma vez, antecipar. Claro que, à vista do que o Ministro Marco Aurélio venha a trazer, eventualmente até reajusto algum dado referente ao meu voto, mas, de uma vez, o que é o meu entendimento ficaria assentado se tanto for a decisão.

10/12/2008

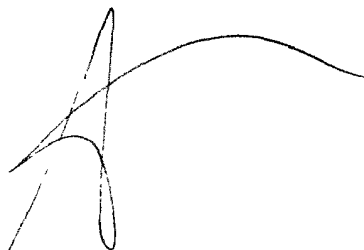
TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAV O T O

(S/PROPOSTA)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu me pronuncio também pela continuidade do julgamento. Acho que estamos diante de um momento histórico muito importante, na região objeto do julgamento por este Plenário existem, como noticiam os meios de comunicação, tensões que precisam ser resolvidas o mais brevemente possível. Creio que os Colegas do Plenário estão preparados para votar. Eu pessoalmente estou preparado; trago voto escrito. Posso também resumir oralmente.

Pronuncio-me, então, Senhor Presidente, pela continuidade do julgamento.



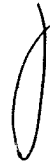
10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAVOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, também peço vênias ao Ministro Marco Aurélio. Tenho voto escrito, aliás já tinha desde a primeira vez, fiz pequenas adaptações agora, depois da interrupção.

Com as vênias, gostaria de votar hoje.



10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****V O T O S/ P R O P O S T A**

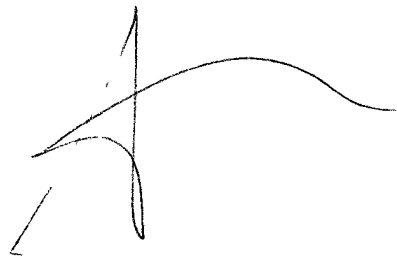
A Sra. Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, é com o maior respeito que o Tribunal recebe o pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, a quem ouviremos todos com grande satisfação e aprendendo as lições que Sua Excelência sempre nos traz. No entanto, não vejo como um tabu intransponível a antecipação de voto toda vez que qualquer um dos Ministros assim entenda adequado fazer, inobstante o pedido de vista de algum Colega.

Eu, por isso, me manifesto pela continuidade do julgamento.



10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, quero apenas consignar que manifesto também meu respeito pela opinião do eminente Ministro Marco Aurélio, não o fiz quando proferi meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'R' followed by a long horizontal stroke that curves upwards at the end.

10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

EXPLICAÇÃO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, inicialmente gostaria de registrar, mais uma vez, ao Ministro Marco Aurélio o meu mais absoluto respeito, e, como disse a Ministra Ellen Gracie, é direito regimental de Sua Excelência o pedido de vista feito.

Portanto, tal como acaba de registrar o Ministro Ricardo Lewandowski, não vai aqui, absolutamente, qualquer forma de imaginar que não se teria muito a aproveitar, e não se terá, de seu voto.

Faço, Senhor Presidente, inicialmente, essas observações. A primeira, referente à excelência dos votos proferidos tanto pelo Ministro Carlos Britto, por ocasião de sua manifestação, de uma grandeza enorme, como hoje o voto do Ministro Menezes Direito, que nos traz e aporta novos dados, novos elementos da maior importância para a configuração desta causa. Alguns deles, Ministro Menezes Direito, eu já tinha em meu voto, essa é a razão pela qual acolho, ao final, e Vossa Excelência verá.

Pet 3.388 / RR

Mas, de toda sorte, mantenho aqui, basicamente, o que se convinha dentro dos elementos que já se continham nos autos e que eu já havia estudado.

A segunda, com relação às preliminares, também como disse o Ministro Menezes Direito, estão superadas, porque, na assentada inicial, foram devidamente cuidadas.

Apesar do que foi dito hoje pela manhã no voto brilhante do Ministro Menezes Direito, vou fazer algumas observações sobre indigenato, porque o Ministro Menezes Direito superou essa questão, para levar em consideração o fato do índio. Faço algumas observações exatamente considerando que alguns pedidos formulados foram feitos com base em documentos que antecipariam a Constituição de 1934.

Essa é a razão pela qual, rapidamente, vou fazer a leitura dessa passagem que já se continha no meu longo voto, mas vou tentar abreviar.

#

10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAVOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, a presente ação popular traz questões constitucionais de enorme importância, tanto para o cuidado jurídico da garantia do indigenato quanto para a concepção e prática da federação brasileira, conforme salientado pelo eminente Relator, Ministro Carlos Ayres Britto.

1. A presente ação foi proposta por Augusto Affonso Botelho Neto, sendo seu objeto o questionamento da validade constitucional da Portaria n. 534/2005, do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, pela qual se estabeleceu a demarcação da terra indígena denominada 'Raposa Serra do Sol'.

Na presente ação se pede:

"...seja julgada, no mérito, procedente ... determinando a nulidade da Portaria n. 534/2005, pois derivada de procedimento de demarcação viciado e por afrontar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade, devido processo legal, dentre outros;..."(fl. 22).

2. Também como posto muito bem descrito pelo douto Relator, o ato questionado (Portaria n. 534/2005) substituiu a Portaria n. 820/98. Contra essa foram ajuizadas numerosas ações, que, encaminhadas a este Supremo Tribunal Federal, foram extintas sem julgamento de mérito quando da revogação daquele ato (Reclamação n. 2.388) *da*

Pet 3.388 / RR

3. De se atentar que, dentre os numerosos entes que se apresentaram como litisconsortes e interessados, admitidos na ação, há de se realçar o Estado de Roraima, que requereu o seu ingresso na lide na condição de litisconsorte ativo necessário.

Na longuíssima petição, assinada inusitadamente até mesmo pelo Governador do Estado, e não apenas pelos Procuradores que, por força da legislação nacional, representam o ente político em juízo, Roraima requer:

"a) seu ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência do litisconsórcio necessário, para que possa atuar, junto com o autor na ação popular em curso, na forma do art. 6º, caput e § 3º, da Lei n. 4.717/65 e art. 47, do CPC, possibilitando, assim, a defesa do seu patrimônio com o combate dos atos administrativos a ele lesivos;

b) o recebimento, pelo eminente Relator, dos documentos que acompanham esta peça processual, para, ao final, julgar procedentes os pedidos formulados na inicial de modo a declarar-se a nulidade da Portaria n. 534/2005...;

c) determinar que eventual e futura demarcação que venha a ocorrer, seja procedida, necessariamente, em ilhas, por ser imperativo à segurança nacional e a integridade do território do país, com a exclusão da área de 150 km referente a faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/88);

d) seja reconhecida a exclusão, em qualquer demarcação de terras indígenas, especialmente a da 'Raposa Serra do Sol', das seguintes áreas:

1) área de fronteira até que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional sobre o tema e no perímetro por ele estabelecido;

2) as sedes dos municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima (em atenção no pacto federativo), no que se inclui o lago do Caracaranã, das Vilas de Água Fria, Surumú, Socó, Vila Pereira (Vila do Surumu) e Mutum, e respectivas zonas de expansão, inclusive dos municípios referidos; ¶

Pet 3.388 / RR

- 3) os imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934 e as terras tituladas pelo INCRA antes da Carta de 1988;
 - 4) os imóveis situados na faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/88);
 - 5) as rodovias estaduais e federais e as respectivas faixas de domínio;
 - 6) as plantações de arroz irrigado no externo sul da sobredita área indígena;
 - 7) as áreas destinadas a Construção da Hidrelétrica do Cotingo, bem como da respectiva área a ser inundada;
 - 8) o Parque Nacional do Monte Roraima;
 - 9) outras áreas que venham a ser consideradas fora do alcance previsto no art. 231, caput, da CF/88.
- e) que eventual nova demarcação seja condicionada a prévia manifestação do Conselho de Defesa Nacional, mormente quanto a extensão da reserva, levando-se em consideração as questões alusivas à segurança nacional e a integridade do território do país;
- f) determine à União que se abstenha de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc., sob pena de inviabilizar a sustentação econômica e social desse novel ente federativo;... "(fls. 5256/5257).

4. Os argumentos fundamentais expostos na ação e em razão dos quais se formulam os pedidos baseiam-se em pretendida ocorrência de vícios na Portaria n. 534/2005 e em sua homologação. Tais nódoas seriam, basicamente: a) nulidade do procedimento administrativo por contrariedade aos Decretos ns. 22/91 e 1.775/96, não tendo participado todos os interessados para a conclusão sobre o relatório circunstanciado pelo Grupo Interinstitucional de Trabalho; b) nulidade do estudo antropológico conclusivo assinado por uma única profissional; c) prejuízos iminentes à economia do Estado de Roraima pela contigüidade da área demarcada; d) ofensa ao equilíbrio federativo pela extensão da área demarcada; e) /

Pet 3.388 / RR

comprometimento da segurança nacional, por ser a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol faixa de fronteira Brasil, Venezuela e Guiana.

O Estado Litisconsorte e a modificação dos pedidos

5. Antes de adentrar o mérito da ação, cumpre observar que o Estado de Roraima inova o pedido ao incluir que "c) eventual e futura demarcação que venha a ocorrer, seja procedida, necessariamente, em ilhas, por ser imperativo à segurança nacional e a integridade do território do país, com a exclusão da área de 150 km referente a faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/88);" e, ainda, "d) seja reconhecida a exclusão, em qualquer demarcação de terras indígenas, especialmente a da 'Raposa Serra do Sol', das seguintes áreas:

- 1) área de fronteira até que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional sobre o tema e no perímetro por ele estabelecido;
- 2) as sedes dos municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima (em atenção no pacto federativo), no que se inclui o lago do Caracaranã, das Vilas de Água Fria, Surumú, Socó, Vila Pereira (Vila do Surumu) e Mutum, e respectivas zonas de expansão, inclusive dos municípios referidos;
- 3) os imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934 e as terras tituladas pelo INCRA antes da Carta de 1988;
- 4) os imóveis situados na faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/88);
- 5) as rodovias estaduais e federais e as respectivas faixas de domínio;
- 6) as plantações de arroz irrigado no externo sul da sobredita área indígena;
- 7) as áreas destinadas a Construção da Hidrelétrica do Cotingo, bem como da respectiva área a ser inundada;
- 8) o Parque Nacional do Monte Roraima;
- 9) outras áreas que venham a ser consideradas fora do alcance previsto no art. 231, caput, da CF/88".

Pet 3.388 / RR

O autor popular somente pediu, expressamente, "a nulidade da Portaria n. 534/2005, pois derivada de procedimento de demarcação viciado e por afrontar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade, devido processo legal, dentre outros" (fl. 22).

O que distingue um pedido do outro está em que a definição da própria competência deste Supremo Tribunal Federal haverá de ser bem definida. Examinar a validade, ou não, de um ato administrativo no qual se especifica a demarcação de uma área de terras indígenas em face da Constituição e da legislação vigente importa em decidir, então, sobre a validade, ou não, do provimento questionado, tal como examinou e concluiu o eminente Ministro Relator, Carlos Britto, que concluiu pela improcedência da ação por não ter vislumbrado qualquer vício naquele provimento.

Bem diferente é o exercício da jurisdição quando se busca seja alterado o conteúdo do ato questionado, que é uma das formulações expressas no pleito do ente estadual.

Como tanto não foi o que buscou o autor popular, cumpre, inicialmente, verificar se, no sistema jurídico vigente no País, é possível ao litisconsorte ativo - pessoa política - em ação popular (cuja legitimidade ativa é exclusivamente do cidadão) - inovar o pedido, suscitando, como se tem no caso, cuidado inicialmente não cogitado.

6. Nos termos do art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição do Brasil, se tem que: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;".

O autor popular, no caso, é Augusto Affonso Botelho Neto, *et*

Pet 3.388 / RR

7. O Estado de Roraima, em sua longa petição de fls. 5138 a 5260, requer o seu "ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência de litisconsórcio necessário, para que possa atuar, junto com o Autor na ação popular em curso, na forma do art. 6º, caput, e § 3º, da lei n. 4.717/65 e art. 47 do CPC, possibilitando, assim, a defesa do seu patrimônio com o combate dos atos administrativos a ele lesivos;" (fls. 5256).

O art. 6º, caput e seu § 3º, da Lei n. 4.717/65 dispõe:

"Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

...

§ 3º As pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente."

8. A só leitura dos dispositivos patenteia a impossibilidade de poderem eles servir de fundamento jurídico à pretensão do Requerente. Em primeiro lugar porque, nos termos constitucionalmente postos, o autor popular é o cidadão, aqui entendido, como ensina dentre outros, Hely Lopes Meirelles, como "cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito esse que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título eleitoral poderá propor ação popular, sem o que será carecedor dela" (MEIRELLES, Hely Lopes - Mandado de segurança. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 125) *h*

Pet 3.388 / RR

Logo, a condição requerida não pode ser cumprida pelo Estado de Roraima, admitindo-se ele na lide, tal como o fez o eminente Relator, na condição de litisconsorte.

9. O litisconsórcio alegado, no caso, haverá de ser tido como facultativo, não necessário. É que esse se caracteriza por ser, como leciona Nelson Nery Júnior, aquele que se instala "*quando a lei ou a natureza da relação jurídica discutida em juízo determina sua formação, independentemente da vontade das partes*" (Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Ed. Rev. Dos Tribunais, 2007, p. 258).

No caso dos autos, parece patente a inocorrência do alegado litisconsórcio necessário, porque o Estado de Roraima poderia até mesmo - fosse esse o seu entendimento - pôr-se ao lado da União, se concluísse, por exemplo - e que, diga-se de pronto, não é o caso -, estar correto o provimento administrativo que ensejou a demarcação das terras indígenas em território que compõe o seu espaço territorial.

Ademais, o litisconsórcio necessário pretendido pelo Estado de Roraima determinaria a nulidade do seu não comparecimento em todas as fases da ação, o que não se deu, uma vez que a sua apresentação somente ocorreu em fase adiantada do processo, como também salientou o insigne Ministro Relator.

Não podendo ser admitido como litisconsorte necessário, não poderia ademais o Estado de Roraima mudar o pedido, como o fez, e para se concluir assim basta cotejar os pleitos apresentados pelo autor popular e aqueles expostos na petição estadual.

É diferente pretender a nulidade, judicialmente declarada, de um decreto por inconstitucionalidade ou ilegalidade - regra do vale ou não vale segundo a norma hierarquicamente superior validadora -, situação que se põe no rol de competências constitucionalmente conferidas ao Poder Judiciário, e pretensa supressão de partes de áreas inseridas em decreto presidencial, fundado em laudos periciais específicos, pelo qual se homologou a área como sendo de reserva indígena. Tanto poderia equivaler à

Pet 3.388 / RR

configuração de novo ato administrativo, o que não se inclui na competência do Poder Judiciário. Ou se poderia extrair do ato administrativo questionado o seu espírito, em função do que se teve a contigüidade da área demarcada e aí também se estaria diante da segunda alternativa.

10. Alega o nobre Ministro Relator que se estaria em face de situação de assistência, o qual, nos termos do art. 50, do Código de Processo Civil, é admissível desde que ele receba o processo no estado em que se encontrava quando de sua petição e, principalmente, sem mudar o pedido, o que não lhe é autorizado legalmente.

É nesse sentido e nesses termos que acompanho, no ponto, o Relator.

A Constituição Brasileira e os direitos indígenas; as terras indígenas e a
Federação

11. As Constituições brasileiras começaram a cuidar do tema relativo aos direitos dos indígenas em 1934.

Antes, porém, a matéria foi objeto de legislação e isso antes mesmo da formação do Estado brasileiro. Disso dá notícia fecunda e preciosa João Mendes Júnior, em seu celebrado trabalho "*Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*".¹

Examina aquele autor, após incursionar pelo processo colonizador no Brasil e nos Estados Unidos e seus atos e efeitos sobre os indígenas, a legislação posterior à independência, mencionado desde a Lei de 27 de outubro de 1831, revogando as Cartas Régias de 1808, abolindo a servidão dos índios, e os considerando como órfãos, até a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, que regulou as terras possuídas, as terras devolutas e as terras reservadas. Das terras devolutas, afirma aquele autor, a lei

¹ MENDES JÚNIOR, João - *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies, Irmãos, 1912.

Pet 3.388 / RR

reservou as necessárias para a fundação de povoações e aberturas de estradas e mais fundações públicas e para a colonização dos indígenas.

O Regulamento n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, interpretando aquela Lei, declarou que as terras seriam reservadas para colonização "e aldeamento dos indígenas nos distritos que existirem hordas selvagens" (arts. 72 a 75).

O insigne autor paulista anota que "bem se entende que o legislador não julgou necessário subordinar os índios aldeados, mesmo nos distritos onde existem hordas selvagens, às formalidades da legitimação de sua posse; pois o fim da lei era mesmo o de reservar terras para os índios que se aldeassem. Mas, nas demandas entre posseiros e indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exibam os registros de suas posses. Parece-nos entretanto que outra é a solução jurídica: - desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hipótese, suas terras lhe pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro" (p. 57).

Já então se reconheceu - o que apenas se reforçou a partir das Constituições brasileiras de 1934 até a de 1988 - o indigenato, a distinguir a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação. É ainda João Mendes Júnior que afirma que "Tanto o indigenato quanto o colonato, podem ser preliminares da municipalização. Os próprios Romanos, que se constituíram por conquista e que davam tanta importância ao dominium ex jure quiritium, tiveram de reconhecer estes efeitos... As leis portuguesas dos tempos coloniais apreendiam perfeitamente estas distinções: dos índios aborígenes, organizados em hordas, pode-se formar um aldeamento mas não uma colônia; os índios só podem ser constituídos em colônia, quando não são aborígenes do lugar, isto é, quando são emigrados, /

Pet 3.388 / RR

de uma zona para serem imigrados em outra. ... sem desconhecer as outras fontes, já os filósofos gregos afirmavam que o indigenato é um título congênito, ao passo que a ocupação é um título adquirido. Conquanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na frase do Alvará de 1º de abril de 1680, 'a primária, naturalmente e virtualmente reservada', ou, na frase de Aristóteles (Polit., I, n. 8), 'um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento'. Por conseguinte, o indigenato não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem. O indígena, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo ...a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desse jus possessionis, tem o jus possidendi, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congênito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: - quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit'"(op. cit., p. 58).

12. Vale, contudo, atentar à sua assertiva, que não pode ser desconsiderada sequer após quase cem anos de sua exposição: "Os pobres índios não tinham cônsules que por eles interviesse, não tinham juizes que lhes reconhecessem direito ao trabalho: fizeram justiça por si, tanto quanto deles não era lícito esperar, porque limitaram-se à evasão e à dispersão. Fugiram alguns; pois, apesar de todas as calúnias, quando queremos derrubar matas e trabalhos mais pesados, não recorremos aos compatriotas de nossos avós europeus, mas aos descendentes dos nossos índios, aos nossos caboclos, aos nossos caípiras" (op. cit., p. 54).

Sem órgãos judiciais a lhes garantir o que a legislação colonial e, depois, a imperial a eles assegurava, os índios viram minguados os seus direitos e os seus espaços de existência e de manutenção de suas identidades.

Pet 3.388 / RR

13. A Constituição brasileira de 1824 nada dispôs sobre os índios. O Ato Adicional de 1834 (Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834) estabeleceu, em seu art. 11, § 5º, a competência das assembleias legislativas provinciais para *"promover, cumulativamente com a assembleia e o governo geral, a organização da estatística da província, a catequese, a civilização dos indígenas e o estabelecimento de colônias"*.

Entende-se que o indigenato, entretanto, tinha sido recepcionado pela Constituição imperial, pelo que os seus efeitos produziam-se independente de previsão constitucional expressa.

O mesmo se há de compreender, pois, com o advento da Constituição de 1891, que, não tendo cuidado, expressamente, da matéria, faz indiscutível que os índios detinham os direitos dos brasileiros aos quais se sobressaíam o que era sua condição exclusiva, qual seja, aqueles referentes ao indigenato.

Enfatiza José Afonso da Silva, em Parecer oferecido na presente ação, que a Constituição de 1891 *"gerou alguma controvérsia e até alguma conseqüência não autorizada. Referimo-nos ao art. 64 que declarou pertencer aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Diante deste dispositivo, alguns Estados, tendo como devolutas as terras ocupadas pelos índios, começaram a estabelecer disposições sobre legitimação de posse, reconhecimento de domínio, discriminações das terras possuídas que as abrangiam. Com certeza, não havia boa fé nesses procedimentos, porque terras ocupadas pelos índios certamente não eram devolutas"* (Parecer, p. 3).

A Constituição de 1934 conferiu à União competência privativa para legislar sobre *"a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional"*, e, ainda, definiu que *"art. 129 - Será respeitada a posse de terras de"*

Pet 3.388 / RR

silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las".

Estava reconhecido e garantido, assim, o indigenato, conquanto não de forma direta, mas, à evidência, de forma decisiva.

A Carta de 1937 manteve disposição com o mesmo conteúdo daquele contido na norma da Constituição anterior, com os limites da outorga que lhe deu origem e de sua inefetividade geral.²

A Constituição de 1946 voltou ao tema, em seus arts. 5º, inc. XV, al. r e 216.³

Em comentários àquela norma enfatizava Themístocles Brandão Cavalcanti, que posteriormente viria a ser o redator do Projeto transformado em Estatuto do Índio (Lei n. 6001, de 19.12.1973): "A Constituição assegura aqui o *ius possidetis* (na verdade, o indigenato) das terras ocupadas pelos índios, com a condição de que a não transfiram. É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram e que, até hoje, ainda não se incorporaram aos hábitos e aos costumes da civilização colonizadora" (A Constituição Federal Comentada. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959, v. IV, p. 242).

A Carta de 1967 fez incluídas entre as terras da União as ocupadas "pelos silvícolas" (art. 4º, inc. IV), outorgou a este ente nacional competência para legislar sobre incorporação dos silvícolas à comunhão nacional, além de lhes manter a segurança de serem titulares da "posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto

² "Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas."

³ "Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem." *ℓ*

Pet 3.388 / RR

exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes" (art. 186).

Vale aqui referência expressa aos dizeres de Pontes de Miranda, que comentando aquelas normas afirmava serem " nenhuns quaisquer títulos, ainda que registrados, contra a posse de silvícolas, ainda que anterior à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse" (Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, v. IV, p. 218).

A Emenda n. 1, de 1969, repetiu aquelas normas, mas acrescentou as consequências que erigem em regras com efeitos retro quanto a pretensões baseadas em títulos formais, que, como asseverara antes Pontes de Miranda, não podiam ser reconhecidos como válidos.

Naquele documento constitucional, consta em art. 198 e seus parágrafos:

"Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio."

14. A Constituição de 1988 inovou o tema ao tratar em capítulo próprio dos princípios e das regras asseguradores dos direitos dos índios e do indigenato, dispondo, em seu art. 231 *pt*

*"CAPÍTULO VIII**DOS ÍNDIOS*

"Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - 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.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, 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.

§ 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

Pet 3.388 / RR

indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º."

Em comentários sobre estas normas, realça José Afonso da Silva que "a questão da terra transformara-se 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, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza - como lembra Manuela Carneira da Cunha - constitui o núcleo da questão indígena, hoje, no Brasil. Por isso mesmo, esse 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 as 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"(Comentários Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 869).

15. Sob a égide desta Constituição se deu seguimento e empenho ao processo que já se iniciara em diversos pontos do País referente à demarcação de terras indígenas, e, em especial, à demarcação da área objeto de questionamento na presente ação.

16. De se atentar a que foi esta mesma Constituição que, no art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, transformou o Território de Roraima (portanto, até então, mera autarquia territorial da União) em Estado membro da Federação brasileira: "Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos". *cl*

Pet 3.388 / RR

Nem antes haviam naquela área Município constituído como ente federado, portanto autônomo, porque Roraima não detinha aquela qualidade constitucional, nem havia como se cogitar do desconhecimento de que naquela área prevalecia o indigenato, porque desde 1934 tanto era reconhecido em todo o território nacional e a norma de 1969, observada como constitucional no período, reconhecia o direito dos índios e afirmava, expressamente, a invalidade de quaisquer títulos nestes espaços. Logo, Roraima não era ente estadual; não tinha Municípios, nem o direito de ter um ou mais naqueles locais, quer porque não era Estado da Federação, quer porque a área de reserva indígena era constitucionalmente reconhecida e o direito dos índios vinha de 1934. Territórios, como se sabe, não são organizados em Municípios -, nem se teve um ente federado cujas lindes tenham sido desvirtuadas pela superveniente - que superveniente não é, mas precedente - demarcação das áreas de terras indígenas a compor o cabedal público dos bens da União.

17. Também não se pode deixar de atentar a que a Constituição de 1988 introduz mudança na raiz dos institutos que compõem os direitos constitucionais dos índios. Esta mudança está na concepção que se supera de que os índios teriam respeitados direitos para "vir a compor a comunhão nacional" ou vir a se incluírem nas concepções e práticas civilizatórias, e não como opção - que tanto lhes deve ser assegurado, como é próprio da liberdade humana -, mas como orientação estatal.

Tal como posto na Constituição de 1988, os índios têm direito a participarem do progresso e do desenvolvimento das instituições, dos saberes, das práticas e dos costumes, se tanto e na medida em que tanto quiserem. Não se há de insular os índios, nem se há de a eles impor venham a crer no que crêem os demais brasileiros, a viver como vivem os que não estejam aldeados. Mas há de se lhes garantirem tais direitos, porque não se quer que os saberes humanos não possam a eles passar, para que possam melhor viver, se tanto entenderem necessário, conveniente e na oportunidade que assim desejarem, sem que isso signifique abrir mão de suas crenças e de suas formas de ver o mundo e de viver no mundo. *cl*

Pet 3.388 / RR

O processo perverso - e que é cada vez mais universalizado - de incluir (que, normalmente, significa não apenas 'não excluir', mas trazer para o lado de quem se acha dono da verdade única os que a ela ainda não aderirem) significa não permitir o diferente, o que vive segundo sua forma de livremente pensar e optar segundo a sua vocação.

Trazer o índio para as opções que na sua aldeia não são possíveis não é respeitar a sua dignidade. Isso se consegue a ele permitindo que ele retire das práticas não índias o que entenda ser o seu aprimoramento e a sua melhoria. Haverá de se abrir espaços para os índios e não obrigá-los às opções feitas por nós outros, como se fôssemos os únicos a saber o que vale e o não vale em toda a dimensão humana.

Cessem, pois, as observações feitas de que as demarcações de terras indígenas muram os índios nos espaços definidos e a eles impõem o persistir no mesmo momento histórico para sempre. Há que se lhes assegurar o espaço para garantir respeito à sua essência e às suas escolhas humanas. Até mesmo porque as coisas são, em geral, adjacências nem sempre tão humanas assim... Mas a partir da segurança de sua condição, o que lhe advém da terra, de sua cosmovisão, é que o índio pode garantir-se como ser livre para escolher. Inclusive eleger ausentar-se ou superar aquele espaço e aquela forma de viver. Mas não se há de vê-lo um novo meteco, brasileiro como todos nós, mas órfão de sua condição essencial. E, embora algumas pessoas não percebam, às vezes, e para alguns, a alma pode dar-se a ser a partir do Monte Roraima.

18. A terra indígena denominada Raposa Serra do Sol, objeto da Portaria n. 534/2005, ora questionada, compreende as etnias Macuxi, Wapixana, Taurepang, Patamona e Ingaricó.

Grupos de índios dessas etnias ocupam estas plagas desde os primeiros tempos da colonização, como bem lembrado pelo Ministro Maurício Corrêa, no voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1512, *relato*

Pet 3.388 / RR

na qual se questionava a validade constitucional, ou não, da criação dos Municípios de Uiramutã e de Pacaraima:

"2. Antes mesmo da chegada dos portugueses, holandeses da Companhia das Índias Ocidentais queixavam-se de não poderem atravessar as margens do rio Rupununi em virtude da guerra que então se travava entre os índios Macuxi e Wapixana. Em caráter definitivo, contudo, os portugueses só ali chegaram em 1774, estabelecendo-se na foz do rio Maú, também conhecido como Ireng, após a expulsão do local de um destacamento espanhol, para cuja operação contaram com a decisiva participação desses índios Macuxi. Após a conquista do território, em seguida, nos anos posteriores, várias foram as expedições que por lá passaram, destacando-se dentre elas a do então Governador da Capitania de São José do Rio Negro, Manuel da Gama Lobo Dalmada, que à frente da Comissão Brasileira Demarcadora de Fronteiras, contatou lideranças indígenas Macuxi, de várias aldeias das redondezas, dentre as quais as dos rios Rupununi e Surumu. A partir do século seguinte, visitaram essa região, naturalistas e estudiosos estrangeiros, que consignaram em seus diários a presença desses grupos indígenas. Em 1840, 1841 e 1843 o alemão R. Schomburg localiza com precisão dezenas de aldeias dos Macuxi, Ingaricó e Patamona nos baixios dos rios Cotingo, Maú (Ireng), Tucutu e Rupununi.

3. Sugerem os relatórios antropológicos da FUNAI que além desse pesquisador, estiveram entre esses silvícolas, como narrado em seus diários, viajantes como Coudreau, em 1887 e E. Stradelli, em 1887, 1888 e 1906. Já neste século o etnólogo Koch-Grumberg, em alentado ensaio datado de 1917, discorria a respeito dos Macuxi:

"Seu território principal se encontra como na época de seu primeiro contato com os europeus, desde fins do século XVIII, entre o Tucutu, seu afluente direito, o Mahú ou Ireng e o Rapununi, o grande afluente esquerdo do Alto Essequibo, no território fronteiriço entre o Brasil e a Guiana Inglesa, onde eles habitam principalmente a grande serra

Pet 3.388 / RR

Canucu, coberta pela selva. Desde aí se estendem pelo oeste-noroeste até o Cotingo e mais adiante em povoações isoladas por ambas as margens do Surumu e pelo sul deste na savana ondulada até a região do Alto Parimé-Maruí ao lado dos Wapixana" (in Del Roraima al Orinoco, Ediciones del Banco Central de Venezuela, 1982, vol. 3, pág. 20).

As notas de Koch-Grumberg foram confirmadas e completadas por William C. Farabee, que em 1924, dissertando a propósito dos Macuxi mencionava que "no Brasil suas aldeias se encontram, na maior parte, entre os rios Tacutu e Uraricoera e nas altas montanhas ao norte" (in *The Central Caribs*, Anthropological Publications, vol. IX, University of Pennsylvania, 1924). Nas primeiras décadas deste século o Serviço de Proteção aos Índios inicia as suas atividades nessa área, sendo de 1914, do ajudante de sua Inspetoria, Augusto Zany, o memorando enviado ao Diretor daquele antigo órgão, Capitão Alípio Bandeira, em que relatava:

"Ora a inspetoria do Serviço de Proteção aos Índios ao estabelecer a sua ação nos territórios do Rio Branco e seus afluentes, encontrou a maior parte da região acima, somente, exclusivamente, de facto sob a posse dos índios, ainda completamente selvagens uns, outros já em contacto freqüente com os civilizados, porém vivendo com seus usos, costumes e linguagem."

4. Um pouco antes desse registro, empossado Campos Salles na Presidência da República, em seguida procedeu-se à designação de Joaquim Nabuco para chefiar a Missão Plenipotenciária do Governo Brasileiro com a finalidade específica de defender o País na controvérsia sobre a definição de nossas fronteiras com a possessão do Reino Unido no norte da América do Sul, a Guiana Inglesa.

Entre 27 de fevereiro de 1903 e 25 de fevereiro de 1904, entregava Joaquim Nabuco sua tréplica ao árbitro escolhido para lavrar a decisão sobre a disputa, ou seja, ao rei Vitor Emanuel, da Itália..

Pet 3.388 / RR

tréplica essa que se constituiu em extenso e bem fundamentado trabalho condensado em 18 volumes. ...

5. A prova da existência na região das etnias indígenas e sua convivência com o colonizador nacional, além de sua presença consumada no contestado, embasaram e fundamentaram em grande parte a postulação do direito brasileiro, cenário fático esse de que se valeu Nabuco, havendo, em virtude dessa realidade, sobre o episódio, um registro histórico digno de nota, pois a opinião dos juristas mais abalizados que se familiarizaram com o caso, davam como certa a vitória do Brasil.

Refiro-me, dentre outras fontes, à carta que o historiador italiano Ferrero escreveu a Graça Aranha, a respeito da opinião de Buzzatti, professor em Pávia e membro da Comissão de Juristas que assessorou o rei. ...

Sucedendo-se a esses episódios deu-se a fixação da ação missionária dos monges beneditinos, e em 1927 a Comissão de Inspeção de Fronteiras, tendo à frente o então General Cândido Rondon, que havia percorrido os rios Tacutu, Surumu, Cotingo e Maú, verificou in loco a grossa concentração dos indígenas às margens desses rios.

Não remanesce, remontando-se a esses pródromos, a menor dúvida quanto a pertencer a essas etnias indígenas o território dos municípios ora criados, pelo que se extrai dos elementos antes referidos.

7. Entretanto, feita esta rápida e resumida digressão quanto a tais etnias nativas que em tempos pre-colombianos tinham o seu habitat nesse perímetro onde se localizam os recentes municípios criados, dá-se que com a chegada dos portugueses em 1774, já no ano seguinte erguiam eles o Forte São Joaquim, na confluência dos rios Tacutu e Uraricoera, particularmente para facilitar o entrosamento dos

Pet 3.388 / RR

indígenas com a pequena comunidade branca ádvena, a fim de que se processasse e se incrementasse a colonização, que era o alvo primeiro da posse do espaço territorial. Dentro dessa perspectiva, e ao longo de tal incipiente colonização, estabelecem os portugueses a Fazenda do Rei, sob a administração do Forte São Joaquim, para que em seus campos naturais se iniciasse a criação de gado, e com essa cultura se antepusesse uma barreira com vistas à ameaça da chegada dos holandeses e espanhóis, originários de suas possessões vizinhas.

Para a concretização dos critérios dessa política, nos albores do Primeiro Império, são criadas mais três fazendas na região, a São Bento, São José e São Marcos, conhecidas como Fazendas Nacionais, pertencentes ao Estado. A partir daí tornou-se uma constância a chegada de pioneiros em busca de campos para a implantação de seus criatórios, sobretudo com o abandono das Fazendas São José e São Bento, e conseqüentemente nelas se substituindo o Estado por pessoas que vinham de fora, ocupando-as. Com o desestímulo que em seguida se configurou com a desativação de seringais, em face da crise que envolveu o setor ... os desempregados dessa atividade acabaram, muitos deles, ali se fixando em busca de melhores oportunidades.

Acresce-se a essa circunstância o fato de que a partir da década de 30, com a descoberta de ouro no rio Maú por Severino Pereira da Silva em 1927, começaram a chegar à região garimpeiros de diversas partes do País, notadamente da própria Amazônia e do nordeste, que ali pouco a pouco foram se assenhoreando e se mesclando com a população já existente.

8. Daí a origem da freqüência na área indígena de um substancial contingente de brancos, muitos deles já casados com nativas e outros que embora não miscigenados, vieram com eles a conviver no percurso de todas essas décadas, integrando-se nas comunidades espalhadas nas malocas, vilas e povoados. (L

Pet 3.388 / RR

Esse cenário perdurou até 1977, quando pela primeira vez se alvitrou, através do reconhecimento oficial, que se demarcasse a reserva que passou a ser vindicada não só por segmentos indígenas, particularmente, senão por defensores dessas comunidades, com o apoio do próprio órgão oficial de defesa e proteção dos silvícolas.

Inobstante, de nada resultou esse primeiro impulso.

9. Nos anos de 1979, 1984 e 1988, foram constituídos Grupos de Trabalho para que se levantasse o perímetro a ser delimitado. O Grupo de Trabalho instituído pela FUNAI em 1979 concluiu seu levantamento propondo a demarcação compreendendo 1.350.000 hectares, enquanto que o de 1984 chegava a 1.580.000. Em 1992 a FUNAI, com base no Decreto nº 22, de 04.02.1991, novamente recriou Grupo de Trabalho, que se valendo das pesquisas realizadas pelos antropólogos Maria Guiomar de Mello, esta da própria FUNAI e Paulo Santilli, da Universidade de São Paulo, propõe a demarcação dos territórios ocupados por essas etnias - ou seja, Macuxi, Ingaricó, Taurepang, Wapixana e Patamona -, em 1.678.800 hectares, que é a proposta que prevalece até hoje."

Este Supremo Tribunal Federal não conheceu daquela ação porque entendeu necessária a dilação probatória para se saber se os Municípios, cujas leis de criação estavam então sendo questionadas, contrariariam, ou não, a Constituição, em face do disposto no art. 231 e nos procedimentos que para se lhe dar cumprimento estavam em tramitação.

19. Pela Portaria n. 77/P, de 4 de fevereiro de 1975, a Funai, dando cumprimento ao estatuído na Emenda n. 1, de 1969 (art. 198) constituíra, portanto, um Grupo de Trabalho para definição de terras indígenas no Território Federal de Roraima. Aquele grupo, entretanto, como visto antes, não concluiu os trabalhos. *h*

Pet 3.388 / RR

Em 1977, dando seqüência àquele encargo, teve origem o Processo Funai n. 32/33, para dar cobro àquele mesmo e único objetivo de "criação da área indígena Raposa Serra do Sol".

A partir daquela data e de 1977 até 1992 sete foram os grupos constituídos para o cumprimento daquela mesma finalidade (Portarias ns. 111/77; 550/P/1977; 509/1979; 1845/1984; 171/MI/1986; PP 347/1988; 1.141/1992).

De se relevar, portanto, que os trabalhos para a demarcação do que veio a se constituir na Terra Indígena Raposa Serra do Sol - nos termos da Portaria n. 538/2005 - tiveram início e prosseguimento antes da vigência da atual Constituição, vale dizer, quando não existia o Estado Federado de Roraima, menos ainda os Municípios que se compreendem naquelas áreas.

Nenhuns eram os títulos que se pudessem apresentar para legitimar ocupação naquela área, como afirmado nas normas constitucionais vigentes desde 1934, e, de maneira expressa, a partir de 1969, tomando-se a locução pontiana.

Logo, alegar que o conflito teria surgido em afronta ao pacto federativo pela ausência de participação do Estado de Roraima no processo de reconhecimento e demarcação da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não tem fundamento, porque a) a imprescindibilidade jurídica de se demarcar a área indígena antecede a própria existência do Estado roraimense; b) a transformação do Território Federal em Estado deu-se por norma constitucional abrigada no mesmo sistema em que se assegurava - em repetição às normas constitucionais antes vigentes sobre o mesmo tema - os direitos dos índios, aí incluídos e sobrelevados os direitos seus às respectivas áreas de ocupação; c) a criação dos Municípios deu-se em processo legislativo estadual paralelo ao procedimento administrativo federal de demarcação da área indígena naquele mesmo espaço; d) principalmente, o Estado de Roraima participou, ativa e diretamente, do

Pet 3.388 / RR

procedimento administrativo que concluiu pela criação da área reservada na forma e dimensões atuais.

20. Três itens merecem realce nesta passagem em atenção às argumentações que põem em questão a validade constitucional ou legal da Portaria n. 534/2005 e respectivo Decreto Presidencial.

20.1. O primeiro refere-se à presença, ou não, do Estado de Roraima no procedimento administrativo que concluiu na forma adotada pela Portaria n. 534/2005.

É correta a alegação de que se há de cumprir o devido processo constitucional-federativo para que se possa ter a demarcação de áreas indígenas, pois o ente federado dispõe e impõe a sua autonomia política, constitucionalmente assegurada, em determinado território. Logo, a sua alteração - com a demarcação da reserva indígena - haverá de contar com a sua participação. O que não significa, entretanto, que possa ser obstada a demarcação pela só vontade do ente federado, menos ainda quando se considera que a definição da reserva se dá em cumprimento estrito de norma constitucional.

Dá-se, contudo, que na espécie vertente, os documentos acostados aos autos do Processo Administrativo n. 889/1993 demonstram, à saciedade, que o Estado de Roraima teve participação ampla, direta e objetiva naquele desempenho.

Contestando os laudos com toda amplitude, os argumentos apresentados pelo ente estadual foram respondidos pelo então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, que, no despacho n. 80, de 1996, indeferiu os pleitos estaduais, após analisá-los, nos termos seguintes:

"1.2 A manifestação dos interessados.

1.2.1 O Estado de Roraima, o Município de Normandia, bem como diversos proprietários e posseiros, com base no art. 9º do Decreto,

Pet 3.388 / RR

n. 1.775, de 8 de janeiro de 1995, ofereceram contestação à identificação e delimitação da área indígena Raposa Serra do Sol.

Analizadas as impugnações oferecidas, foram os respectivos processos baixados em diligência à FUNAI para a complementação dos dados e informações...

1.2.2 Os contestantes alinharam os argumentos seguintes...

Apreciação das manifestações dos interessados...

5.Decisão

Diante do exposto, nos termos do Decreto n. 1.775/96 e com base nos documentos acostados aos processos epigrafados:

- a) julgo improcedentes, nos termos acima, as contestações oferecidas;
- b) assino o prazo de cento e vinte dias aos interessados para habilitarem a eventuais indenizações por benfeitorias, realizadas de boa fé, a serem apuradas em procedimento específico;
- c) determino à FUNAI o refazimento das linhas divisórias...
- d) determino, igualmente, na linha da decisão do Supremo Tribunal Federal em consonância ao adotado pelos laudos da FUNAI de 1981 e 1993 em relação à sede do município de Normandia, a exclusão da área delimitada, da sede municipal do recém criado município de Uiramutã, bem assim das vias existentes como Surumu, Água Fria, Socó e Mutum...
- e) determino, por fim, a exclusão da fruição indígena exclusiva sobre as vias públicas e respectivas faixas de domínio público, que existem na área indígena..."

Contra aquela decisão o Estado de Roraima interpôs Recurso Hierárquico, em 1999, pedido de reconsideração do indeferimento do seu pedido e advocatória, tudo devidamente respondido, conquanto não nos termos pleiteados, mas integralmente fundamentado pelos órgãos federais competentes. *pt*

Pet 3.388 / RR

Tudo isso demonstra não desrespeito, mas absoluto respeito ao ente federado, como, de resto, haveria mesmo de acontecer, em face da autonomia política do Estado membro (art. 18 da Constituição) que se exerce exatamente num território delimitado. Nem se há de imaginar que se poderia ter demarcação de tão graves conseqüências para um ente federado sem se lhe permitir a participação ativa a demonstrar o que pretenda quanto aos fatos inerentes a uma área, cuja especificidade de regime jurídico que passa a incidir destoa inclusive da autonomia política da pessoa estadual.

Tanto foi devidamente demonstrado na espécie. O que não se pode é confundir respeito ao ente estadual com atendimento incontinenti e afirmativa de sua pretensão em detrimento dos ditames constitucionais. Respeito não diz com imperioso atendimento aos pleitos estaduais apresentados. No presente caso, os pedidos formulados pelo Estado de Roraima, especialmente aqueles relativos à forma descontínua de demarcação de terras indígenas não foi acolhido pela motivação exposta pelos órgãos encarregados de resolver a questão, com base na legislação vigente, conforme amplamente comprovado nos autos.

Nem há dúvida que o ente federado deveria - deve sempre e em qualquer caso - participar, necessária e diretamente, de todo procedimento que se imponha em termos de demarcação de áreas reservadas aos indígenas em obediência ao devido processo constitucional-federativo. E tanto se impõe por força do princípio federativo, que se efetiva pelo princípio da autonomia política do ente federado sobre o seu território. Mas há comprovação de que tanto foi exatamente o se observou no caso presente.

20.2 Improcedem a meu ver, também, na mesma linha do voto do eminente Ministro Relator, as alegações de inviabilização de um ente federado pela extensão e pela contigüidade da área reservada aos indígenas e demarcada no Estado de Roraima.

A contigüidade da área foi definida a partir dos estudos antropológicos preparados, cujo relatório e respectivo laudo se questiona.

Pet 3.388 / RR

nesta ação. Mas se não houver o desfazimento da presunção de legitimidade que caracteriza o ato administrativo, não é a contigüidade aproveitada no caso que ensejaria a invalidação do provimento. E assim não é porque, como expõe o Mestre José Afonso da Silva, "...os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam são reconhecidos diretamente pela Constituição, independentemente da demarcação de suas terras. Isso significa que o reconhecimento constitucional tem o sentido de informar que, presentes os elementos necessários para definir determinada porção de terra como indígena (quais sejam aqueles estabelecidos pelo § 1º do art. 231), o direito dos índios e de comunidade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente do ato demarcatório. Vale dizer, como afirma Raimundo Sérgio Barros Leitão: 'a demarcação de uma mata indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado... é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la'. Disso decorre, insofismavelmente, o princípio da continuidade. A Constituição mesma é que fornece as bases dessa continuidade. Pois, se nos termos do art. 231 os índios têm direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e se essas terras são aquelas por eles habitadas permanentemente, e utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, o que se refere não a circunstância temporal, como vimos, 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, impõem continuidade, de sorte que a demarcação tem que respeitá-la, porque uma demarcação fragmentada, ou em ilhas, será um desrespeito a essas exigências constitucionais. Se não índios invadiram essas terras, quebrando-lhes a continuidade, formando áreas de ocupação não-indígena, isso significa usurpação dos direitos originários dos índios contra as normas constitucionais que os reconhece. Logo, admitir uma demarcação que,

Pet 3.388 / RR

ressalve essas 'ilhas' usurpatórias o mesmo é que praticar um ato inconstitucional e nulo. Primeiro, porque essas usurpações, se aceitas no processo demarcatório, constituem formas de aquisição de terras inalienáveis e indisponíveis, conforme dispõe o § 4º do art. 231 da Constituição. Segundo, porque essas inserções são atos que têm por objeto a ocupação, o domínio e a posse daquelas terras, por não índio, pelo que, nos termos do § 5º do art. 231, são atos nulos, extintos, que não produzem efeitos jurídicos. Terceiro, porque as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, conforme o art. 231 e seus §§ 1º e 2º são bens do domínio da União, ou seja, são terras públicas, não devolutas, porque têm destino específico e, por isso, não podem ser objeto de apropriação por via de ocupação, já que os direitos sobre elas - dos índios e da União - são imprescritíveis, o mesmo é dizer, não são usucapíveis, portanto, por aí também se reafirma que são inserções, ocupações ou usurpações nulas e sem nenhum efeito, e muito menos podem condicionar a fragmentação das terras indígenas. ... Em suma, as terras reconhecidas como tradicionalmente ocupadas pelos índios têm que ser demarcadas na sua integridade e continuidade" (Parecer, ps. 12 e 13 - grifos nossos).

A alongada passagem citada tem como ponto nodular a explicitação do fundamento constitucional determinante do modelo de continuidade, mister de ser acatada quando tanto se mostrar necessário ao atendimento de preservação e respeito da identidade dos indígenas. Pelo que a descontinuidade pretendida pelo Estado de Roraima, autor do pedido neste sentido, atenderia a interesses de alguns particulares, mas não daria cumprimento e efetividade às normas constitucionais, pelo que não pode ser acatada.

20.3. Também não procede a argumentação forjada no sentido de que haveria comprometimento da vida econômica do Estado de Roraima, pela exclusão de pouco mais de 7% da área demarcada como Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Ou de que a totalidade de áreas reservadas aos indígenas totalizariam 46% do território roraimense. *h*

Pet 3.388 / RR

Como bem apresentado pelo Procurador-Geral da República e enfatizado pelo nobre Ministro Relator, a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol compreende pouco mais de 7% do total do território roraimense.

As áreas reservadas aos indígenas naquele ente federado compreendem, segundo os dados apresentados nesta ação, 46% do território roraimense. Mas cumpre considerar que a área de 54% daquele ente estadual corresponde a um espaço equivalente à extensão que é compreendida em sua totalidade, por exemplo, pelo Estado de Pernambuco. E enquanto a população pernambucana é de 7.918.344 (sete milhões, novecentos e dezoito mil e trezentos e quarenta e quatro pessoas), a população roraimense, excluídos os aproximadamente 19.000 (dezenove mil) índios da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, totaliza 324.397 habitantes, o que dá uma média de 0,57% hb/km². Como afirma, ainda uma vez, José Afonso da Silva, a área roraimense, excluída a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ainda é maior que Sergipe, Alagoas, Paraíba. É, por exemplo, quase quatro vezes maior que a Bélgica, que tem uma população aproximada de 10.403.951 habitantes; é, por exemplo, quase seis vezes maior que Israel, que tem uma população aproximada de 7.282.000 habitantes. Pelo que a alegação de que estaria comprometida a sua condição de ente federado ou de falta de condições de sobrevivência sem a área demarcada como reservas indígenas cai por terra em face dos dados aritmeticamente apresentados.

É indiscutível que o Estado Federado tem restringido o espaço de incidência de sua autonomia em relação à área demarcada, por ser bem da União, sujeito a regime jurídico específico. Todavia, o Estado Federado, como bem lembra ainda o insigne constitucionalista José Afonso da Silva, também pode fazer muito pouco sobre as áreas particulares em seus respectivos territórios. E nem por isso se alega qualquer diminuição de sua autonomia política.

Também essa argumentação, portanto, a meu ver não prospera para os fins pretendidos de se ver nula a Portaria n. 534/2005, neste caso sob,

Pet 3.388 / RR

alegação de afronta ao princípio federativo pela fragilização do espaço territorial autônomo de Roraima.

21. Ademais, saliente-se mais uma vez, ao constituir o Estado Federado de Roraima, a Constituição brasileira de 1988, no art. 14 do Ato de suas Disposições Transitórias, estabeleceu que "*Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.*"

Nesta geografia mantida estavam os espaços ocupados pelos indígenas e que se incluíam entre os bens da União (art. 20, inc. XI), o que já se repetia nas Constituições brasileiras desde 1934, como antes observado, ao contrário daquela norma novidadeira transformando Roraima de autarquia territorial em Estado membro da Federação.

Tem-se, pois, que, mesmo historicamente, no constitucionalismo brasileiro, os direitos dos índios às suas terras como ponto de formação e conformação de sua visão de mundo e opção de vida antecederam à Federação brasileira e, nesta, antecederam, de muito, a formação do Estado roraimense, com todo o respeito que esta pessoa política há de merecer - e é certo que há - e da observância do conteúdo constitucional que se lhe há de ser assegurado.

Mas não se há de afirmar, com isenção de ânimo e juízo, que a demarcação feita significaria tornar propriedade da União o que, antes, propriedade não era, ou destinar aos índios terras antes tidas como devolutas e de domínio do Estado Federado, porque o contrário é o que se comprova de tudo quanto nos autos se contém. Mais: de tudo o que se estudou, inclusive por historiadores, geógrafos, antropólogos e se fez anexar aos autos ou a que tiveram acesso os Julgadores desta Casa. Tanto mais porque, repita-se outra vez, não se poderia ter como terra do ente estadual o que já era de domínio da União antes mesmo - e muito antes - de existir o Estado Federado. Também não se afirme que a demarcação desconstituiria Municípios criados na conformidade da lei, porque tanto

Pet 3.388 / RR

foi objeto de discussões neste Supremo Tribunal, vale dizer, com objeções trazidas ao Poder Judiciário, quando de sua constituição, exatamente porque o Procurador-Geral da República entendeu haver, naquele ato de criação, desavença à lei (adin 1512 - Rel. Ministro Maurício Corrêa).

Acompanho, pois, também neste ponto, o voto do eminente Relator para, quanto ao argumento de que teria havido desobediência ao princípio federativo quer no processo administrativo, quer na Portaria n. 534/2005, não acolher os argumentos do Autor e dos assistentes.

A soberania nacional, áreas de fronteira e a demarcação de terras
indígenas

22. Aqueles que se opõem à demarcação suscitam, ainda, a importância da área afetada sob o ponto de vista estratégico-militar, argumentando, basicamente, que a sua destinação para a comunidade indígena ofereceria risco potencial à soberania brasileira, o que descumpriria preceitos constitucionais garantidores da integridade territorial nacional.⁴

Tanto mais, realçam, porque, em setembro de 2007, o Brasil fez-se signatário da *Declaração da ONU de direitos dos povos indígenas*, na qual se contém que as comunidades dos índios têm direito à autodeterminação.⁴

23. É inegável a importância para a segurança nacional das áreas de fronteiras, nas quais se inserem parte da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol.

É a própria Constituição da República que reconhece essa importância ao afirmar, no § 2º do seu art. 20, que a faixa de terra de até cento e

⁴ "Parte 1

1 - Os povos indígenas têm o direito à autodeterminação, de acordo com a lei internacional. Em virtude deste direito, eles determinam livremente sua relação com os Estados nos quais vivem, num espírito de coexistência com outros cidadãos, e livremente procuram seu desenvolvimento econômico, social, cultural e espiritual em condições de liberdade e dignidade." 

Pet 3.388 / RR

cinquenta quilômetros de largura situada ao longo das fronteiras terrestres é fundamental para a defesa do território e, por conseguinte, da soberania nacional. Esta é erigida em princípio fundamental da República Federativa (art. 1º, inc. I, da Constituição).

Daí haver conferido às Forças Armadas competência para a realização dessa defesa (art. 142), reservando à própria União a execução dos serviços de polícia de fronteiras (art. 20, XXII), por intermédio da Polícia Federal (art. 144, § 1º, III).

23. Nessa linha, a determinação constitucional para que a União proceda também à demarcação e à proteção das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, garantindo-lhes, ainda, o respeito a todos os seus bens (art. 231), antes facilita a realização desse dever do que oferece risco à soberania.

É que a execução de uma dessas tarefas não exclui a outra, ante a inexistência de qualquer restrição à demarcação de terras indígenas em faixa de fronteira, como, de resto, também não são estas terras consideradas devolutas, conquanto se possa ter destes bens naqueles lindes, nem se impede a existência de bens particulares, conquanto se tenha que quaisquer que sejam eles submetem-se a regime jurídico especial quanto à ocupação e utilização.

Daí porque a realização dessas atribuições por apenas um ente federado otimiza as atividades desenvolvidas pela União, pelos seus órgãos específicos, todas havendo de convergir, a um só tempo, para a garantia da integridade do território nacional e o respeito à cultura indígena.

A fim de reforçar esse mandamento constitucional, editou-se o Decreto n. 4.412/02, que dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas. *cl*

Pet 3.388 / RR

Em seu art. 3º, exige-se a adoção, nos limites das respectivas competências e sem prejuízo das atribuições constitucionais que detêm, de *"medidas de proteção da vida e do patrimônio do índio e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo índios ou grupos indígenas"*.

Não é, pois, apenas que não existe qualquer impedimento jurídico ou material para a União, por intermédio das Forças Armadas e da Polícia Federal, que servem ao País de maneira incontestável, na defesa de suas fronteiras, de sua terra para a dignidade do seu povo, intervir em terra indígena para garantir a soberania e a segurança nacional. Há o dever constitucional de a União atuar no sentido da atuação na área, garantindo-se a soberania nacional. As Forças Armadas e a Polícia Federal, no cumprimento daquela obrigação jurídica, podem até mesmo afastar a presença de quaisquer brasileiros, índios ou não, nas áreas tidas como necessárias para a defesa do interesse nacional.

Não há, pois, incompatibilidade possível de ser vislumbrada no caso entre os deveres da União, em relação ao tema, e a demarcação da terra e a sua configuração como indígena, sequer havendo colisão, ainda que aparente, de normas constitucionais, uma a ditar à União o dever de resguardar as áreas de fronteiras e submetê-las aos especiais cuidados das Forças Armadas e da Polícia Federal, e outra, a determinar a demarcação e proteção das terras indígenas, bens que são de titularidade da própria entidade federal.

De se anotar que as normas mais recentes, como as que se contêm no Decreto 6.513, de 22.7.2008, cuidam da presença das Forças Armadas e da Polícia Federal nas reservas indígenas, possibilitando-lhes a presença mais ativa, e não restringindo ou dificultando a sua ação. Pois é certo que sem elas não há como se tornar possível o respeito à soberania nacional. *ck*

Pet 3.388 / RR

24. De outra parte, não se há de presumir que o mero reconhecimento formal dos direitos dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas acarrete risco para a soberania nacional pela singela circunstância de situarem essas terras próximas a fronteiras internacionais.

Fosse tanto uma verdade constitucionalmente acolhida e não se teria no próprio Diploma Fundamental da República a determinação de imediato retorno dos grupos indígenas removidos de suas terras, no interesse da soberania do País, tão logo cessasse o risco observado (art. 231, § 5º).

Ademais, conforme observa corretamente a FUNAI em sua manifestação à fls. 4.964, "... as terras indígenas são de propriedade da União e, portanto, são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis. Assim, onde há terra indígena há a garantia de que o território federal não será vendido a quem quer que seja, muito menos estrangeiros (...)."

Quanto à alegada intenção da Organização das Nações Unidas de restringir a atuação das forças armadas em reserva indígena, dificultando, assim, o desenvolvimento das atividades de proteção do território nacional, é precisa, novamente, a manifestação da FUNAI ao aduzir que: "O próprio texto da Declaração, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007, afasta a possibilidade de preocupações que envolvam a integridade da soberania dos Estados frente aos direitos assegurados aos indígenas. O artigo 46 do documento é claro ao defender a unidade política dos Estados soberanos, nos termos a seguir transcritos:

'Artigo 46. 1. Nada do assinalado na presente Declaração interpretar-se-á no sentido de que se conceda a um Estado, povo, grupo ou pessoa, nenhum direito a participar numa atividade, ou realizar, atos contrários à Carta das Nações Unidas, ou se entenderá no sentido de que autoriza ou fomenta ação alguma encaminhada a violar ou

reduzir total ou parcialmente a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.'

(...)

A declaração da ONU em momento algum ameaça a soberania dos Estados-membros, o que seria, inclusive, um contra-senso em relação a toda a filosofia desenvolvida pela Organização. Desde a sua criação, as Nações Unidas têm como primazia a soberania e autodeterminação dos Estados Nacionais."

25. Releve-se, ainda uma vez: índios ou não índios somos todos brasileiros. É isso que nos irmana e nos forma como um só povo, situado num único território, que é compromisso de todos e de cada um de nós. Como posso ser afastada da minha casa, pelo processo legalmente previsto da desapropriação; como posso ter o meu carro utilizado pelo Poder Público, sem ao menos ter ele de me indenizar, se precisar de me requisitar para algum interesse público, não é menos brasileiro o índio que, numa situação de necessidade, tenha de se submeter às determinações da Polícia Federal ou das Forças Armadas, no caso de ser a sua atuação determinante para resguardo das fronteiras nacionais. A sua presença faz-se para o Brasil e para os brasileiros. Essa a sua tradição. Essa a garantia que a Constituição confere a cada um dos cidadãos desta Pátria.

Assim, a simples cogitação dessa tese de risco à soberania desconsidera a valiosa contribuição dos povos indígenas quando da demarcação e manutenção do território nacional, como antes assinalado e demonstrado, até mesmo nos trabalhos de Joaquim Nabuco, seja guiando expedições militares e científicas em terrenos desconhecidos, seja prestando o serviço militar obrigatório.

De resto, as expedições do Marechal Rondon naquela região, hoje objeto desta ação, dão notícias de serem os índios brasileiros os que mais

Pet 3.388 / RR

se esmeraram em garantir o território para o Brasil, o que é uma forma segura de ser mantido para eles mesmos, brasileiros também que são.

Finalmente, não se pode deixar de salientar que a legislação brasileira vigente proíbe que se atente contra a soberania nacional ou contra a sua integridade. Qualquer brasileiro, seja qual for a sua origem ou condição, submete-se a tal regra, e qualquer tentativa de contrariá-la haverá de sujeitar o desobediente às suas penas.

26. Apenas à guisa de resposta às tantas alegações feitas nos numerosos trabalhos que nos vieram no curso da presente ação, há de se observar, em relação ao que se tem alegado - e constitui fonte de preocupações - de que estariam a prevalecer interesses sobre riquezas havidas nas terras indígenas e que organizações não governamentais ali presentes cobiçariam. A conquista dos bens cobiçados seriam facilitados, afirmam, pela só presença de índios na região. Como acima se afirmou, a presença de índios na região não exclui a presença do Estado, bem ao contrário, ela é imprescindível, pois a dignidade dos brasileiros, especialmente em áreas como aquelas, não dispensam tal comparecimento. Os serviços públicos e os deveres particulares que a todos se impõem como cidadãos não haverá de deixar afastado o Estado Nacional da área demarcada, nem dos brasileiros que ali vivem em especiais condições.

Assinale-se, pois, em primeiro lugar, que compete ao Estado Nacional permitir, quando de interesse, e impedir, como dever de salvaguarda da soberania nacional e da própria preservação da identidade dos indígenas, as organizações não governamentais nacionais ou internacionais na área.

Não é a demarcação a causa ou o facilitador desta presença. É a ausência dos órgãos estatais competentes e que não estariam a cumprir devidamente o que lhes é obrigado *de*

Pet 3.388 / RR

Em segundo lugar, a cobiça dos bens brasileiros em toda a região amazônica haverá de ser combatida na forma da Constituição, cujas normas não autorizam interpretação no sentido de serem postas para facilitar presenças estranhas e insujeitas ao Poder Público brasileiro em bens que são de exclusiva soberania dos brasileiros. E o sistema constitucional põe-se ao cumprimento exatamente para garantir a soberania da República Federativa do Brasil.

Por isso é que, mesmo sendo o art. 1º da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas pouco afeito ao que melhor se teria se, de pronto, naquele texto, estivesse combinado com os dizerem do seu art. 46, é certo que as normas de um mesmo diploma se interpretam sistemicamente. E desta interpretação, extrai-se exatamente o respeito aos princípios constitucionalmente consagrados, como o da soberania nacional.

De resto, as Declarações, como aquela, não integram automaticamente e integralmente o sistema jurídico vigente no Brasil, menos ainda quando e se destoarem do que na Constituição se contém.

É o que prevalece, ainda, o que se pode comprovar pelos debates travados no julgamento do *habeas corpus* n. , em cuja sessão final de julgamento, em de dezembro de 2008, deixou claro que a maioria dos Ministros não tem os tratados internacionais, mesmo os que tratam de direitos humanos (e, registre-se, na espécie presente, nem ao menos se trata de tratado, mas de declaração da ONU com a qual anuiu o Brasil), como compondo o sistema supra legal ou constitucional.

Daí não se poder concluir que aquela declaração de direitos dos povos indígenas incidiria, em qualquer norma que viesse a contrastar com a legislação brasileira, máxime em se cuidando de normas constitucionais, poderia prevalecer como integrante do sistema. E que a sua só assinatura gravaria a demarcação e o regime a que se submete a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol ou qualquer outra demarcada no Brasil. *cl*

Pet 3.388 / RR

Do laudo questionado e que fundamenta a Portaria n. 534/2005 e respectivo decreto homologatório

27. Do quanto exposto, sobreleva, ao final, a questão da validade, ou não, do laudo embasador da Portaria n. 534/2005 e respectivo Decreto homologatório.

É de se observar, em primeiro lugar, a diferença existente em relação à superfície demarcada na Portaria n. 534/05, do Ministério da Justiça, e, à do Decreto Presidência homologatório de 15 de abril de 2005.

Nessa comparação, verifica-se que o Decreto inovou no tocante aos limites definidos na Portaria quanto à fronteira leste da Reserva, excluindo, de seu território, área onde está situado o 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã.

É verdade que o inc. I do art. 4º da Portaria n. 534/05 já determinava a exclusão dessa área da terra indígena de que trata, podendo-se considerar, dessa forma, a demarcação dos limites nos moldes do Decreto homologatório como um ato de retificação.

Entretanto, a adoção desse procedimento e a ausência de manifestação explícita quanto aos demais bens excluídos da demarcação pelo art. 4º mencionado (como a exclusão do núcleo urbano na sede do Município de Uiramutã e dos leitos das rodovias públicas federais e estaduais existentes quando da edição da Portaria n. 534/05) poderiam suscitar a desconsideração deles pelo Decreto homologatório, ou seja, a sua manutenção na Reserva Indígena.

O motivo dessa atuação parece advir da dificuldade técnica em se definir os limites da Reserva, com a especificação de todos os seus pontos demarcatórios, se nela constassem as áreas e bens excluídos pela Portaria, referentes aos equipamentos e instalações públicos federais e estaduais.

Pet 3.388 / RR

às linhas de transmissão de energia elétrica, e ainda aos leitos das rodovias públicas e ao núcleo urbano já mencionados.

Dessa forma, a delimitação das terras indígenas nos moldes do Decreto de 15.4.05 torna ineficaz a exclusão do 6º PEF determinada pelo inciso I do artigo 4º da Portaria que homologa, mas não interfere nos demais incisos deste artigo.

A estranheza que constato reside, contudo, no resultado advindo da comparação entre os atos examinados.

Enquanto a definição dos limites da reserva pela Portaria do Ministério da Justiça resultou em uma área com superfície total de um milhão, setecentos e quarenta e três mil, oitenta e nove hectares, vinte e oito ares e cinco centiares e perímetro de novecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e noventa e nove metros e treze centímetros, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol constante do Decreto Presidencial refere-se a uma superfície total de um milhão, setecentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e quatro hectares, setenta e oito ares e trinta e dois centiares, sendo o seu perímetro de novecentos e setenta e oito mil, cento e trinta e dois metros e trinta e dois centímetros.

Dito de outra forma: o ato homologatório da demarcação administrativa realizada nos termos da Portaria n. 534, de 13 de abril de 2005, acresceu, em relação a esta, uma área de aproximadamente quatro mil, trezentos e setenta e cinco hectares (4.375 ha), e um perímetro de vinte mil, setecentos e trinta e quatro metros (20.734 m).

Não nego a plausibilidade do argumento de que ocorram diferenças quando da execução da demarcação, conforme afirmaram as autoridades rés ao responderem sobre o alegado acréscimo na superfície identificada pelo Grupo Técnico constituído no procedimento administrativo demarcatório (1.678.800 ha) em relação à superfície determinada na Portaria n. 820 (1.747.464 ha), posteriormente substituída pela Portaria n. 534/05. *CA*

Pet 3.388 / RR

Mas essa diferença resultar em acréscimo de área quando a demarcação já foi executada e, mais grave, em homologação que ~~aprovou~~ a área delimitada na Portaria homologada, é questão que demanda maior explicitação e certeza quanto ao perfeito atendimento do que foi periciado.

Este seria o único senão - que não é jurídico, nem está na linha das contestações feitas nesta ação, nem levada a efeito e decisão no procedimento administrativo, tampouco estando na base do que foi objeto e pedidos formulados na presente ação - que poderia opor, substancialmente, ao ato questionado.

Mas, repito, tanto não foi o objeto do questionamento e dos pedidos formulados nesta ação, não tendo encontrado qualquer dado relativo àquela diferença nos elementos que pude estudar e analisar para votar.

28. Daí porque, em que pese anotar aquela diferença e estranhar a sua referência no ato de homologação, não a tenho como bastante para tismar de inválida a Portaria. Nem o poderia porque ele não revela qualquer mácula no aperfeiçoamento do ato questionado, refira-se ele ao procedimento prévio, objeto específico do questionamento pelo autor popular e pelos assistentes, ou à formalização e concretização do quanto nela se dispôs.

É que, conforme se atentou antes, o procedimento levado a efeito e do qual adveio a Portaria, aqui impugnada, não descumpriu qualquer das exigências legais que submetem este tipo de provimento administrativo, tendo havido participação dos entes interessados, aí incluído o Estado Federado, bem como se tendo permitido a participação daqueles que, sob alegação de serem posseiros ou portadores de título de domínio, tinham direitos nas áreas. Tudo foi posto e examinado, conforme se verifica da Decisão do então Ministro da Justiça, Nelson Jobim (despacho n. 80/96) *AL*

Pet 3.388 / RR

E, como leciona Hely Lopes Meirelles, relativamente à ação popular, "...é de observar-se que a ação popular não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração refoge da competência da Justiça e é privativa da Administração. O pronunciamento do Judiciário, nessa ação, fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede a ação" (Mandado de Segurança.... São Paulo: Malheiros, 2007, p. 128).

Aqui parece se dar o inverso: haveria lesividade ao patrimônio público - da União, titular das terras possuídas pelos indígenas - e antijuridicidade, por descumprimento dos deveres outorgados constitucionalmente à pessoa federal, se não tivesse havido a demarcação e não tivesse se aperfeiçoado o procedimento, na forma em que se deu.

29. Afirma-se - e tingiu-se de cores mais importantes que a própria demarcação - que não seria possível, constitucionalmente, adotar-se o modelo de continuidade da área e que tanto seria bastante para macular de inconstitucionalidade a Portaria em causa.

O modelo de demarcação adotado atende, a meu ver, o que na Constituição brasileira se estabelece. E é a Constituição que impõe determinado modelo a partir dos fins a que se destina a demarcação e que têm de ser atendidos. No caso em pauta, não haveria o atendimento daqueles objetivos não fosse com a continuidade. Daí porque não há qualquer comprovação, nos autos, de desatendimento às normas constitucionais a partir do modelo adotado de demarcação de área contínua das terras indígenas.

De pronto se afirme que a continuidade da área demarcada não é sinônimo de isolamento dos índios, como pretendem alguns, nem a sua descontinuidade significa a absorção pela comunidade não indígena, ou a aceitação plena daqueles brasileiros por todos os outros. O preconceito, *ul*

Pet 3.388 / RR

qualquer preconceito, não se resolve pela palavra. Resolve-se pelo gesto. O que permite o compartilhamento, que não é de espaços físicos, mas de espaços jurídicos iguais, de direitos, é a possibilidade jurídica e materialmente assentada de manterem os indígenas da área aqui cuidada do espaço que a Constituição lhe outorgou e que a União reconheceu por meio de processo específico.

Lembro que Darcy Ribeiro, discursando em 20.1.1958, diante do corpo de Rondon, expressou os quatro princípios que o grande brasileiro acentuava em suas lutas e ideais. E o segundo destes princípios, enunciou-o Darcy nos termos seguintes: *"respeito às tribos indígenas como povos independentes, que, apesar de sua rusticidade e por motivo dela mesma, têm o direito de ser eles próprios, de viver suas vidas, de professar suas crenças e de evoluir, segundo o ritmo de que sejam capazes, sem estarem sujeitos a compulsões de qualquer ordem e em nome de quaisquer princípios"*. E afirmava Darcy Ribeiro naquela ocasião: *"num tempo em que se presencia a dizimação em massa dos kukuyos por tropas imperiais inglesas, na defesa dos interesses de colonos que se instalaram nas terras daquele povo, nenhum princípio é mais atual. O terceiro princípio de Rondon é o de garantir aos índios a posse das terras que habitam e são necessárias à sua sobrevivência. ... O quarto princípio de Rondon é assegurar aos índios a proteção direta do Estado, não como um ato de caridade ou de favor, como um direito que lhes assiste..."* (RIBEIRO, Darcy - Uirá procura Deus. São Paulo: Paz e Terra, 1974, p. 160).

30. Tem-se no § 1º do art. 231 da Constituição o reconhecimento aos índios de sua *"organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens"*, definindo-se serem *"§ 1º - ... terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."* 

Pet 3.388 / RR

No espaço demarcado como a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol se têm terras que, segundo o Estado de Roraima, não seriam ocupadas, ou não o poderiam ser, pelos índios, donde o seu pleito pela descontinuidade da área demarcada.

Cita aquele ente federado, por exemplo, as áreas que compreendam "4) os imóveis situados na faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/88); 5) as rodovias estaduais e federais e as respectivas faixas de domínio;...8) o Parque Nacional do Monte Roraima..."

30.1. Quanto às faixas de fronteira acima nos detivemos sobre a matéria, entendendo não haver exclusão dos órgãos e agentes federais (Forças Armadas e Polícia Federal) a transitar e a se manter na área, segundo a necessidade por eles atestada, sem que tanto comprometa ou impeça a demarcação segundo o modelo adotado.

30.2. No que se refere às rodovias estaduais e federais, já o Despacho n. 80,1996, do então Ministro da Justiça Nelson Jobim, que não foi alterado pela Portaria n. 534/2005, ora em exame, decidiu: "determino, por fim, a exclusão da fruição indígena exclusiva sobre as vias públicas e respectivas faixas de domínio público, que existem na área indígena...".

Nem poderia ser diferente, porque aqueles bens são públicos, quer dizer, acessíveis, nos termos da legislação vigente, a todos os brasileiros, desimportando serem ou não índios, pelo que haveria discriminação contra os não brasileiros, se se adotasse medida diversa.

30.3. No que concerne ao Parque Nacional de Roraima, no qual se situa o Monte Roraima, tem-se que a) inexistente óbice constitucional a que onde estão instalados parques (e tanto já ocorre em muitos outros sítios, sem qualquer contestação) se possam demarcar áreas indígenas. Bem ao contrário. Se se tem, como na espécie em pauta, titularidade do domínio da União, não há qualquer embaraço a que tal demarcação seja levada a bom *ch*

Pet 3.388 / RR

efeito; b) como constitucionalmente expresse, são terras indígenas "as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".

O Monte Roraima, como se sabe, guarda a alma da história das etnias dos índios daquela área. Ali, para eles, teria tido início a idéia de mundo, de vida em abundância. A lenda nunca é inveraz para o que a cria ou o que nela crê e faz dos seus símbolos marcas de sua existência. Lenda só é apenas estória para o sem fé. Há enorme diferença entre a fé e os símbolos de cada religião ou crença. Mas se os símbolos não são a vida, são eles sinais dos caminhos que se palmilham para melhor viver, para formar um jeito de viver.

Se o Monte Roraima surgiu de Macunaíma e de seu irmão Enxikiráng, filhos do sol, se dele por obra e ação de Macunaíma passaram a brotar os cursos d'água e as possibilidades de cultivo, como crêem os índios, para garantia da abundância e da possibilidade do melhor para a humanidade, ou não, o fato é que aquele ponto marca tanto, indiscutivelmente, a produção cultural, necessária de ser reproduzida por eles e pelos que depois dos atuais vierem, como os seus usos, costumes e ali repousa viva a sua tradição.

Excluir tal espaço da área demarcada equivaleria a botar por terra o que nela há de se manter íntegro e disponível para os que vêem o sol pelos clarões do Monte Roraima. E sem sol, não há luz. E sem luz, não há vida.

Não vejo como nem porque, constitucionalmente, excluir-se aquele sítio da área demarcada, porque, antes de descumprir, é a sua manutenção no espaço reconhecido como terra indígena que dá por cumprida a obrigação do Poder Público, definida pela norma constitucional constante do § 1º do art. 231.

De se aplicar, aqui, a vinculação do legislador e do administrador público aos direitos fundamentais dos índios, constitucionalmente,

Pet 3.388 / RR

consagrados, e o imperativo da tutela na forma em que seu deu para a eficácia da norma constitucional.

30.4. Fica a se considerar, portanto, a questão relativa às áreas de Municípios criados após 1988, cuja instituição pela Assembléia Legislativa roraimense, como antes observado, já foi objeto de questionamento perante este Supremo Tribunal (Adin n. 1512).

Entretanto, tais Municípios foram constituídos quando já em processo a demarcação daquelas terras como indígenas e, o que é mais e importante, foi imediatamente submetida a julgamento, inclusive perante este Supremo Tribunal, exatamente pela circunstância de se estar a agredir os direitos dos índios. E seja o indigenato, seja o fato da presença índia na data de promulgação da Constituição de 1988 tidos como base da demarcação levada a efeito, não se há de ater à sua condição de pessoas políticas constituídas a despeito e em desprezo mesmo às normas constitucionais.

Nesses espaços, a presença dos brasileiros índios e não índios faz com que se aceitem, segundo a legislação aplicável pelo regime especial que submete a condição e os direitos dos índios, manterem tais espaços possíveis da presença dos que passaram a compor inclusive núcleos familiares complexos, formados por índios e não índios.

Não haveria como, juridicamente, decotar a presença dos não índios que componham tais núcleos, o que faz com que seja possível, apenas nestes casos e não para qualquer outro efeito, permitir-se tal presença, mesmo sendo a área, como é, na forma da demarcação feita, indígena. Mas tanto se daria, então, para a garantia do direito à liberdade dos índios, para lhes assegurar, na área, o exercício do seu direito à liberdade. Daí porque não se há de impor restrição a tais presenças, nem cabe, aqui, proibir-se ou exilar-se de tais áreas os não índios que com eles se tenham composto em comunidades estáveis, como famílias constituídas. ✓

Pet 3.388 / RR

Daí porque acompanho, no ponto, o voto do eminente Ministro Relator, apenas para garantir que a área demarcada como indígena mantenha-se íntegra, mas sem determinar que todos os não índios sejam retirados das terras, quando tanto signifique a mutilação de comunidades familiares por eles compostas, já se tendo estabilizado a integração humana.

E penso que ao assim decidir este Supremo Tribunal estaria dando efetividade aos preceitos constitucionais, que sinalizam a concretização dos ideais de Rondon, o qual, em solenidade sobre outro processo, mas firmado nos meus princípios que lhe conduziram a vida, discursava perante o então Ministro Oswaldo Aranha, em 1938, que ali se dava *"a sementeira de fraternidade (para) produzi(r) frutos em nosso continente sempre aberto aos grandes ideais"*.

31. Não vislumbro, pois, repito, qualquer nódoa a eivar do vício de inconstitucionalidade ou de ilegalidade os atos questionados, nem ao menos comprovei, do exame do que nos autos se contém, qualquer lesividade ao patrimônio público de entidade estatal, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, sem o que nem ao menos se atendem aos requisitos constitucionais para a ação popular (art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição do Brasil).

E, como ensina dentre outros, Hely Lopes Meirelles, *"sem estes três requisitos - condição de eleitor (do autor), ilegalidade e lesividade - que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular"*(Op. cit., p. 126).

32. Daí porque **acompanho, em parte, o eminente Ministro Relator, com as achegas articuladas pelo insigne Ministro Menezes Direito, para concluir pela validade da Portaria 534/2005 e do Decreto de 15 de abril de 2005.**

Daí porque a conclusão não haverá de ser pela improcedência total da ação, uma vez que a acolho para interpretar os termos daqueles atos

Pet 3.388 / RR

normativos questionados em conformidade com os preceitos constitucionais, na forma dos seguintes itens, que, como listados, repito, tal como articulado pelo eminente Ministro Menezes Direito, em seu voto vista, que também acompanho em parte, distingo na forma seguinte:

a) o usufruto das riquezas do subsolo, dos rios e lagos das terras indígenas não inclui a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, dependentes de autorização do Congresso Nacional, ficando os primeiros sujeitos à sua submissão ao interesse público, nos termos do § 6º do art. 231, da Constituição;

b) o usufruto dos bens das terras indígenas exclui a garimpagem e a faiscação, dependente este, se for o caso, dependente de permissão prévia;

c) o usufruto dos bens das terras indígenas pelos índios condiciona-se ao interesse da política de defesa nacional, fixada, sem necessidade de qualquer consulta prévia às comunidades índios ou não, pelo Ministério da Defesa e do Conselho da Defesa Nacional, nos termos do art. 91, § 1º, incs. III e IV, da Constituição). Neste sentido, a atuação dos órgãos competentes, a saber, Forças Armadas e Polícia Federal, na área indígena, no desempenho de suas atribuições, não depende de consulta prévia das comunidades envolvidas ou de outros órgãos governamentais;

d) a condição de terras caracterizadas como indígenas não impede a atuação do Estado brasileiro para a instalação, preservação e uso de equipamentos públicos, tais como estradas, vias de transportes, construções necessárias à prestação dos serviços públicos de competência dos entes estaduais;

e) na forma do voto do eminente Ministro Menezes Direito, que acolho integralmente neste ponto, a atuação dos índios nas áreas de dupla afetação, especialmente no que concerne às áreas de conservação condiciona-se ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, nos períodos, temporadas e condições estipuladas.

Pet 3.388 / RR

pela administração da unidade de conservação, sob a responsabilidade dos institutos reconhecidos pela União;

f) nos casos em que a presença de não índios seja admitida, veda-se a esses qualquer cobrança de tarifas ou imposições pecuniárias de qualquer grandeza ou natureza ou qualquer outra pelas próprias comunidades;

g) é proibida a qualquer pessoa que não tenha a condição de índio caça, pesca, coleta de frutos, atividade agropecuária ou extrativista, nos termos do § 2º do art. 231 combinado com o art. 18, § 1º, da Lei n. 6.001/73.

Por esta interpretação, que conforma a interpretação e aplicação dos atos questionados à Constituição, validando-os nesta exata medida, é que julgo parcialmente procedente a ação.

É como voto. 

10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**

À revisão de apartes da Sra. Ministra Cármen Lúcia e do Sr. Ministro Cezar Peluso.

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Vossa Excelência não aceita a proposta do Ministro Menezes Direito,?

A SRA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não aceito, como?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Faz restrições.

A SRA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Com as restrições, porque a última acho que é repetir a Constituição no voto.

"Os direitos dos índios relacionados as suas terra são imprescritíveis" está expressamente na Constituição.

"É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;" referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sua Excelência, na verdade, está propondo diretrizes que podem afetar os procedimentos de demarcação.

Pet 3.388 / RR

A SRA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim. Quanto a isso, não me oponho. Eu apenas digo: como estou dando uma decisão, um voto judicial numa ação específica para este caso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Há outras considerações que Sua Excelência fez que, na verdade, podem repercutir e repercutirão.



O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Aliás, isso tem relação com o fundamento que Sua Excelência assentou, que é o fato da posse indígena.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sim.



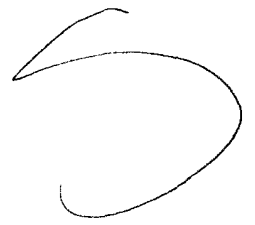
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Se a posse foi verificada em 05 de outubro, não pode ser ampliada, porque naquela época não havia outra.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É isso.



A SRA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Esses pontos estão explicitados.

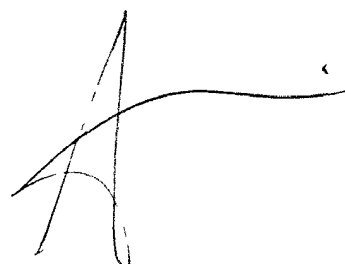


10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****EXPLICAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, peço vênia, inicialmente, para cumprimentar o eminente Relator, Ministro Carlos Britto, pelo brilhante, profundo e histórico voto que proferiu.

Também presto minhas homenagens ao eminente Ministro Menezes Direito, que deu uma verdadeira aula de Direito Indígena, traçando as linhas mestras, sem dúvida nenhuma, do regime jurídico das terras indígenas no Brasil.

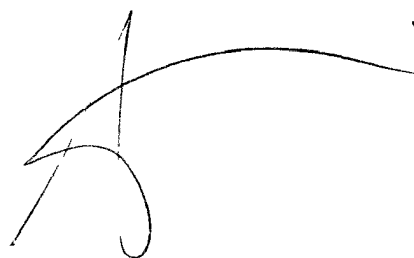
Senhor Presidente, trago um longo voto, em que analiso todas as preliminares levantadas, especialmente no tocante aos vícios do processo demarcatório, e estou rejeitando todas essas preliminares fundamentadamente, não apenas com base naquilo que foi ventilado pelo eminente Relator e pelo Ministro Carlos Alberto Direito, como também pelos argumentos constantes do parecer da douta Procuradoria-Geral da República.



Pet 3.388 / RR

Tentarei fazer, a bem da brevidade do tempo, um resumo do meu voto, saltando as passagens que considero secundárias.

Principio fazendo algumas considerações de natureza principiológica.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping arch over a smaller, more complex set of loops and strokes.

10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**V O T OO Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**:**I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O Brasil é um país multiétnico e multicultural, que se destaca no conserto das nações por essa rica diversidade. O seu território abriga 220 povos indígenas, que falam 180 línguas, cujas tradições e conhecimentos permeiam, no mais das vezes de forma inconsciente, a alimentação, a linguagem, a música, a religião e o comportamento dos brasileiros.

Os índios, à época do descobrimento do Brasil, já viviam nas terras recém encontradas pelos portugueses, nelas habitando desde tempos imemoriais. A marca da cultura indígena no cotidiano da nova sociedade que se formou a partir das primeiras naus de além mar que aqui aportaram revelou-se profunda e indelével.

É emblemático, nesse sentido, o quadro do grande pintor clássico brasileiro Victor Meirelles, *A Primeira Missa no Brasil*,



Pet 3.388 / RR

exposto no Museu Nacional de Belas Artes, no qual retrata, em cores vivas, a participação dos índios no culto religioso celebrado em 26 de abril de 1500, logo após a descoberta da chamada *Terra de Santa Cruz*, descrito, com riqueza de detalhes, por Pero Vaz de Caminha, escrivão da armada de Pero Álvares Cabral, em famosa carta enviada a Dom Manuel, Rei de Portugal.

Mas os índios brasileiros, somente após intensas lutas que perpassaram séculos e de uma história marcada por violações sistemáticas de seus direitos fundamentais - denunciada já em meados do século XVII pelo Padre Vieira, que prega em Lisboa os famosos sermões da *Sexagésima* e do *Bom Ladrão*, visando a convencer a Corte a dar fim às atrocidades cometidas pelos colonizadores contra os povos nativos - é que finalmente lograram ver protegidas as suas terras e tradições em amplo marco legal e institucional, na Constituição de 1988.

A Carta Política vigente, fruto do movimento de redemocratização do País, no que toca à proteção aos índios, é uma das mais avançadas do mundo, tendo inspirado as Constituições do Paraguai e da Colômbia. Os seus dispositivos, nesse aspecto, contaram com a aprovação de quatrocentos e noventa e sete votos



Pet 3.388 / RR

favoráveis dos constituintes, envolvendo um amplo acordo que compreendeu diversos partidos e vários setores sociais. ¹

Mas não é só isso. A nossa Constituição arrola, dentre os fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, na acepção ampla da palavra, destacando, em meio aos objetivos que o Estado brasileiro deve perseguir, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 1º, II e IV, e art. 3º, I e IV).

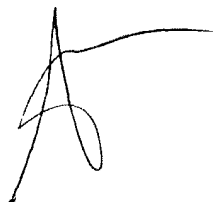
Como corretamente observa Marco Antonio Barbosa, amparado em Lévi-Strauss, "o estabelecimento de um modo de vida justo para sociedades culturalmente diferentes deve, antes de tudo, preservar a diferença". ² E mais: "as sociedades culturalmente diferentes devem compreender que todo o progresso social só é possível por uma associação entre culturas". ³

De fato, a progressiva extinção da diversidade cultural, a acelerada homogeneização dos modos de ser e de pensar, que se

¹ BULOS, Uadi, Lammego. *Constituição Federal anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.1252.

² BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo: Editora Plêiade, 2001, p. 22.

³ *Idem, loc.cit.*



Pet 3.388 / RR

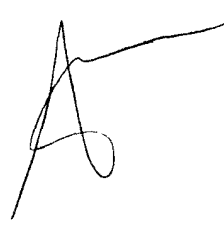
registra hoje no mundo, leva a um empobrecimento da humanidade como um todo, pelo aniquilamento do potencial de inovação que a diferença entre as pessoas propicia.

Os constituintes, ao redigirem os princípios pelos quais se deve pautar a República Federativa do Brasil, certamente levaram em consideração a necessidade de preservar a rica diversidade étnica e cultural que caracteriza o país, e que encontra expressão em diferentes dispositivos da Carta, com destaque para o § 1º do art. 215, segundo o qual:

"O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional".

No que concerne especificamente aos índios, a Constituição não apenas lhes assegurou, no § 2º do art. 210, a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental, como também reservou a eles, todo um capítulo, encabeçado pelo art. 231, que em seu *caput* estabelece o seguinte:

"São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que



tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".

E nisso os constituintes em nada inovaram, tendo apenas seguido vetusta e venerável tradição jurídica, que se inicia, para não mergulharmos mais profundamente na História, com Frei Francisco de Vitória, dominicano espanhol do século XVI, um dos fundadores do direito internacional, para quem os índios eram os "verdadeiros senhores (de suas terras) pública e privadamente", não possuindo nem o próprio Papa autoridade para atribuir territórios à Espanha e Portugal no Novo Mundo. ⁴

Entre nós, José Bonifácio, Patriarca da Independência, ao iniciar a sua proposta, datada de 1823, para a "civilização dos índios bravos", pleiteava que se fizesse "justiça, não esbulhando mais os índios, pela força, das terras que ainda lhes restam, e de que são legítimos senhores, pois Deus lhas deu". ⁵

E no início do século passado, eminentes juristas brasileiros como João Mendes Júnior e Rodrigo Otávio, este em conferência perante a Academia de Direito Internacional de Haia, defenderam a mesma tese, sublinhando que "o indigenato é um título

⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade*. 2ª. ed. São Paulo, Brasiliense, 1987, p. 160

⁵ *Idem*, loc.cit.



Pet 3.388 / RR

congênito de posse territorial, não sujeito a qualquer legitimação, em contraste com a ocupação que é um título adquirido".⁶

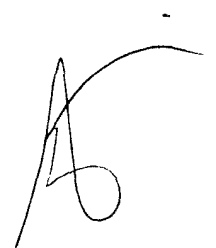
Respeitar o espírito que presidiu à elaboração das normas constitucionais e ordinárias que protegem o pluralismo cultural e os direitos dos índios é o mínimo que o intérprete pode fazer para resgatar a imensa dívida que a sociedade brasileira tem para com os povos autóctones, da qual falavam Cândido Rondon e Roquette Pinto.

II - DA ALEGADA AFRONTA AO PACTO FEDERATIVO

Alega-se que a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tal como foi feita, vulnera o pacto federativo, seja porque resulta de indevida ingerência da União sobre a autonomia do Estado de Roraima, seja porque recai sobre parte considerável do território deste.

Não procede tal argumento. Registro, desde logo, que o federalismo no Brasil não corresponde mais à sua concepção clássica, dualista, típica do Estado Liberal dos séculos XVIII e

⁶ *Idem, loc. cit.*, palavras da autora.



Pet 3.388 / RR

XIX, correspondendo a um máximo de descentralização política e a um mínimo de intervencionismo governamental. O surgimento do Estado Social, no início da centúria passada, paulatinamente voltado para a promoção de políticas públicas, levou a uma relação mais complexa entre os entes federados, marcada pela cooperação e complementaridade das ações de todos os atores do processo político-institucional.

Com essa mudança de ênfase no papel do Estado, desapareceu o federalismo *dual*, baseado na estrita igualdade entre a União e os Estados-membros, dentre outras razões, porque a intervenção estatal passou a ser exercida predominantemente através do governo central. Transitou-se, então, para o chamado federalismo *cooperativo* ou de *integração*, em que se registra um entrelaçamento de competências e uma partilha de recursos dos diferentes níveis governamentais, provindos predominantemente da União.⁷

Ademais, como corretamente observou o Ministro Sepúlveda Pertence, em brilhante voto proferido na ADI 2024/DF,

"A 'forma federativa de estado' - elevada a princípio intangível por todas as Constituições da

⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, PP. 18-21.



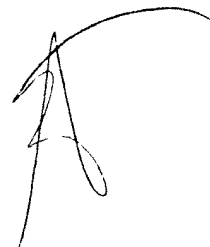
Pet 3.388 / RR

República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou (...)"

Ora, quando os Estado de Roraima foi criado, pela transformação de simples Território em ente federado de pleno direito, por força do art. 14 do ADCT, os indígenas já ocupavam a terras objeto da presente demarcação.

Lembro, oportuno, que o preceito do art. 231, que garante aos índios os "*direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*", remonta à Carta de 1934, a qual, no art. 129, estabelecia que "*será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhe, no entanto, vedado aliená-las*".

A área ora em disputa, indiscutivelmente, pertence - e pertencia à União -, segundo dispõe o art. 20, XI, da Constituição em vigor. A rigor, já eram da União, antes mesmo de sua promulgação, pois o art. 4º, IV, da Constituição de 1967 consignava, expressamente, que se incluem entre os bens da União "*as terras ocupadas pelos silvícolas*."



E as terras em disputa são, exatamente, aquelas tradicionalmente ocupadas pelos índios e sobre as quais têm direitos, nos termos do art. 231. A demarcação das terras pela União, do ponto de vista jurídico, não é um ato constitutivo, mas tão-somente declaratório, ou seja, apenas reconhece, a partir de estudos técnicos, uma situação fática pré-existente.

Acresce, ainda, que os Territórios existentes até a promulgação da Carta de 1988, bem como os Municípios neles localizados não passavam de meras circunscrições territoriais ou divisões administrativas do Estado nacional, sujeitos exclusivamente ao poder da União, cabendo a esta, nos termos do que estabelecia o art. 17 da Constituição de 1967, dispor sobre a sua organização administrativa e judiciária, mediante lei federal.

E mais, os Governadores dos Territórios eram nomeados pelo Presidente da República e estes, por sua vez, nomeavam os prefeitos dos Municípios, a teor do art. 17, § 3º, da Constituição vigente à época.

Os Territórios Federais existentes sob a égide da ordem constitucional anterior, assim como os Municípios neles inseridos não tinham qualquer autonomia política, visto que constituíam



Pet 3.388 / RR

meras autarquias territoriais da União, dotadas apenas da capacidade de auto-administração.

Exatamente por isso, a Lei Complementar nº 1, de 09/11/67, que disciplinava a criação de Municípios, não contemplou tal possibilidade em se tratando de Territórios. Daí se conclui que, se houve criação de Municípios em terras tradicionalmente pertencentes aos índios, a sua ocupação revela-se totalmente irregular.

Em suma, quando o Estado de Roraima foi criado, parte de seu território já era ocupado pelos índios, pendendo o reconhecimento da exata dimensão e localização da área destinada ao usufruto destes apenas de ato demarcatório da União.

De mais a mais, a própria Constituição do Estado de Roraima afirma, solenemente, em seu art. 173, a necessidade de incentivar-se a proteção dos índios em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal, ou seja, respeitando-se os limites por ela impostos.

Nada há, ademais, de estranho no fato de situarem-se bens da União, relacionados no art. 20 da Constituição, nos Estados e Municípios. Ao revés, isso é o que habitualmente ocorre,



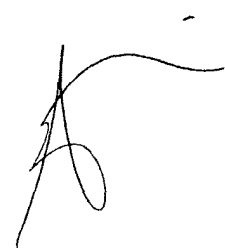
Pet 3.388 / RR

sabendo-se, de resto, que tais bens não podem, por exemplo, ser desapropriados por nenhum dos entes federados.

A gestão compartilhada de bens imóveis da União entre os membros da federação, aliás, é bastante comum, especialmente no tocante às terras indígenas, nos quais se dá a prestação compartilhada dos mais diversos serviços públicos, notadamente na área da educação, saúde, habitação, saneamento e segurança.

Um bom exemplo de integração harmônica entre os diversos níveis político-administrativos da federação, no concernente à proteção dos índios, é representado pelo Plano Diretor de São Gabriel da Cachoeira, no Estado do Amazonas, aprovado pela Lei Municipal 209, de 21 de novembro de 2006, que divide o território do Município em Macrozonas: Macrozona Urbana; Macrozona Rural e Macrozona das Terras Indígenas (art. 16). O objetivo da Macrozona Indígena consiste, exatamente, em incorporar os direitos indígenas assegurados pelo ordenamento jurídico nacional no Plano Diretor local (art. 17).

Não há falar, pois, em afronta ao pacto federativo quando o que se está em jogo é justamente o exercício de uma competência do Governo Central, claramente delimitada pela Constituição, mesmo porque as terras em disputa jamais fizeram



Pet 3.388 / RR

parte do patrimônio dos Estados-membros, pois sempre foram consideradas bens da União.

Não colhe também o argumento segundo o qual cerca de 46% do Território do Estado constitui reserva indígena, e que a homologação da área objeto desta ação, acabará por inviabilizar o Estado de Roraima como ente federado.

É que, mesmo com todas as reservas indígenas, o Estado de Roraima ainda é maior, do ponto de vista territorial, do que a soma dos Estados do Rio de Janeiro, Alagoas e Espírito Santo.

Além disso, trata-se do Estado menos populoso do Brasil, com um total aproximado de 400 mil habitantes, sendo que cerca de 250 mil moram no entorno da Capital Boa Vista e os demais vivem espalhados no restante de seu território.

III - DA SUPOSTA AFRONTA À SOBERANIA NACIONAL

Sustenta-se, ainda, de que haveria o comprometimento da soberania nacional com a retirada dos não-índios da Reserva e a permanência dos silvícolas nas faixas de fronteira.

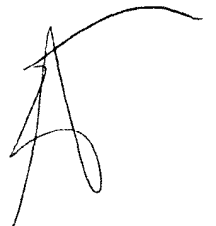


Primeiramente, assento que não há, no texto constitucional, nenhuma restrição à ocupação de quaisquer áreas pelos índios, sejam elas de fronteira ou outras. E, como se sabe, onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazer distinções.

A alegação de ameaça à soberania, ademais, chega até a ser ofensiva às forças de segurança do País, pois representaria o reconhecimento da falência do próprio Estado brasileiro no tocante ao controle de seu território.

Convém lembrar, ademais, que os índios sempre foram os primeiros defensores do território nacional, sendo emblemática a atuação do potiguar Antonio Felipe Camarão, herói da luta contra os holandeses, na Batalha de Guararapes, no século XVII.

Não se olvide também que o art. 20, § 2º, da Carta Política, estabelece um regime especial de proteção das fronteiras terrestres, consideradas essenciais à defesa do território nacional, nos termos da lei. Além disso, ela mesma prevê, no art. 231, § 5º, que o Congresso Nacional pode referendar decisão do Executivo para retirar grupos indígenas de suas terras no interesse da soberania nacional.



Pet 3.388 / RR

E nem poderia ser diferente, pois, como assentei em sede acadêmica,

"A soberania (...). equivale a uma moeda de duas faces: uma correspondendo ao conceito de supremacia e outra à idéia de independência. Melhor explicando, no plano interno, as leis e as determinações que promanam do Estado predominam sem contraste dentro de seu território, não encontrando limite em qualquer outro poder. Por esse motivo é que se diz tratar-se de um poder de decisão em última instância, cujo exercício, ademais, encontra respaldo no monopólio da coação legal. Já no plano externo, soberania significa que inexiste qualquer subordinação ou dependência nas relações recíprocas entre Estados, predominando no âmbito internacional uma convivência caracterizada pela igualdade, ao menos formalmente".⁸

É por essa razão que o Governo editou o Decreto 6.513 de 22/7/08, o qual alterou, em parte, o Decreto 4.412/02, que disciplina a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em território indígena.

O art. 1º do Decreto 4.412/02 estabelece o seguinte:

"Art.1º. No exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão compreendidas:

I - a liberdade de trânsito e acesso, por via aquática, aérea ou terrestre, de militares e policiais para a realização de deslocamentos, estacionamentos,

⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 234-235.



patrulhamento, policiamento e demais operações ou atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e à segurança pública;

II - a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, de equipamentos para fiscalização e apoio à navegação aérea e marítima, bem como das vias de acesso e demais medidas de infra-estrutura e logística necessárias;

III - a implantação de programas e projetos de controle e proteção da fronteira".

O Decreto 6.513/08, ademais, modificou o art. 2º do diploma anterior, assim dispondo:

"Art. 1º. O caput do art. 2º do Decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 2º. As Forças Armadas, por meio do Ministério da Defesa, e a Polícia Federal, por meio do Ministério da Justiça, ressalvada a hipótese prevista no art. 3º-A deste Decreto, deverão encaminhar previamente à Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional plano de trabalho relativo à instalação de unidades militares e policiais, referidas no inciso II do art. 1º, com as especificações seguintes:'"

Acresceu, ainda, um art. 3º-A ao diploma modificado, estabelecendo

"Art. 3º-A. O Comando do Exército deverá instalar unidades militares permanentes, além das já existentes, nas terras indígenas situadas em faixa de fronteira, conforme plano de trabalho elaborado pelo Comando do Exército e submetido pelo Ministério da Defesa à aprovação do Presidente da República. -



Parágrafo único. Não se aplicam a este artigo as disposições contidas no art. 2º deste Decreto."

Na sequência, estatui que as Forças Armadas e a Polícia Federal deverão encaminhar ao Conselho de Defesa Nacional plano de trabalho relativo à ocupação, protegendo a vida do índio e sua integridade.

É bem por isso que, em recente audiência da Câmara dos Deputados, o Ministro da Defesa afirmou que a demarcação não afeta a soberania do território brasileiro. ⁹

Não há, assim, qualquer confronto entre a noção de soberania e ocupação indígena em áreas de fronteiras. Isso simplesmente porque as terras ocupadas por índios não são de sua propriedade, mas de domínio da própria União.

O que se tem, em verdade, é uma dupla afetação das áreas indígenas situadas em terras de fronteira, primeiro, por serem elas bens de uso exclusivo da União, que se submetem a regime

⁹ Audiência pública realizada com o Ministro de Estado da Defesa, Nelson Jobim, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional em 4/6/2008. O Ministro justificou que "*as terras indígenas não são impunes à penetração de militares*", e disse ainda que as reservas não podem ser consideradas zonas de exclusão, mas área de integração de comunidades indígenas à sociedade. No mesmo sentido foi a afirmação do Ministro veiculada pelo Jornal "O Estado de São Paulo" em 5/6/2008, para quem o "*conflito entre terra indígena e soberania nacional é um equívoco*".



Pet 3.388 / RR

jurídico próprio, depois, porque podem eventualmente, como ocorre no caso sob exame, ser objeto de direitos por parte dos índios.

IV - DA ILEGITIMIDADE DA POSSE DE TERRAS POR NÃO-ÍNDIOS

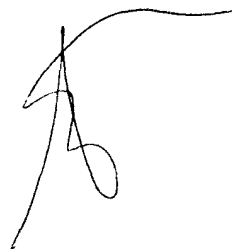
Princípio assentando que o art. 231, § 6º, da CF estabelece que:

"São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas".

Já a EC 1/69, que acrescentou o § 1º ao art. 198 (antigo 186) da Constituição de 1967, contemplava a mesma regra, a saber:

"Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas".

E mais, de acordo como § 2º do mesmo dispositivo, a *"nulidade e a extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio".*



Cuida-se, a rigor, de bens de uso especial, como tais destinados às atividades-fim do Estado, que, no caso, decorre de um dever imposto à União pela própria Constituição, e regrado pelo art. 99, II, do Código Civil.

Esse é o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que enquadra as terras indígenas como bens de uso especial, eis que afetados à realização de um serviço público, no sentido mais amplo do conceito.

Assim, constitui bem de uso especial aquele que, apesar de não ser de uso direto da Administração, abrange uma função de interesse geral, exercida sob a autoridade ou fiscalização do Poder Público, mas para usufruto de particular.¹⁰

Em outras palavras, as terras em comento destinam-se a assegurar, sob a proteção da União, a preservação física dos índios, de suas crenças, costumes, língua, enfim, de seu patrimônio cultural.

Aqui, é importante salientar que, desde o Código Civil de 1926, os bens públicos sejam eles bens de uso comum do povo ou

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 639-640.



Pet 3.388 / RR

de uso especial são inalienáveis, impenhoráveis e, nesse sentido, não estão sujeitos a usucapião, sendo tidos como bens fora do comércio.

Não podem, pois, as terras indígenas ser objeto de posse legítima, por quem quer que seja, salvo por parte dos índios, por expressa destinação constitucional.

Estes, a rigor, exercem uma posse *sui generis*, ou melhor, uma comosse, não uma posse individual, daí porque - ademais dos imperativos sócio-antropológicos - não pode haver a divisão das terras indígenas em "ilhas", pois, se tal ocorresse, teríamos uma posse das terras por índios individualmente considerados, o que seria incompatível com o instituto em tela.

Esse conceito de posse coletiva, disciplinado pelo art. 1.199 do Código Civil, foi bem trabalhado por Arnold Wald, que o definiu como a "*posse simultânea e idêntica de duas ou mais pessoas sobre a mesma coisa, na sua totalidade.*" ¹¹

A posse de áreas, por não-índios, em terras indígenas, portanto, são nulas de pleno direito, visto que não encontram

¹¹ WALD, Arnold. *Direito das coisas*. 12. Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 71.



Pet 3.388 / RR

qualquer amparo legal ou constitucional, mesmo porque, como ensina Dalmo de Abreu Dallari:

"(...) ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, uma terra indígena ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o seu valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização".¹²

**V - DO TRATAMENTO CONFERIDO PELOS ORGANISMOS
INTERNACIONAIS AOS POVOS INDÍGENAS**

Permito-me, nesse passo, discordar respeitosamente daqueles que deduzem da *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, que reconheceu uma série de direitos e garantias aos índios, a possibilidade de virem estes a constituir um Estado soberano.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são Direitos das Pessoas*. Ed. Brasiliense, São Paulo: 1984, p. 54.

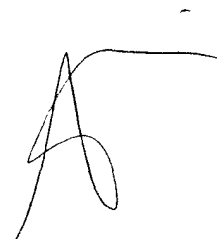


A referida Declaração, penso eu, deve ser entendida como um importante marco jurídico internacional para a proteção dos direitos indígenas, com elevado conteúdo moral e ético. E, embora não possua força a vinculante, como ocorre, de regra, com as declarações internacionais, ela possui inegável valor hermenêutico, apto a balizar as ações dos Estados no tocante aos respectivos povos indígenas.

Quanto à questão da autonomia assegurada pela Declaração aos povos indígenas, e que desperta, em alguns, o temor de que tal possa ensejar o desenvolvimento de uma nação indígena imune à soberania estatal, anoto que o próprio texto internacional cuida dessa questão.

Com efeito, a Declaração estabelece, em seu art. 46, o seguinte:

"Artigo 46. 1. Nada do disposto na presente declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política dos Estados soberanos e independentes".



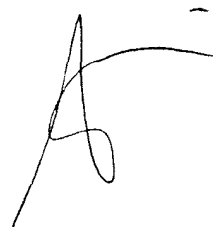
Ou seja, a própria Declaração deixou claro que a autonomia conferida aos povos indígenas está ligada exclusivamente ao exercício dos direitos e garantias contemplados em seu texto. Não há, com efeito, qualquer alusão à autonomia política que possa ensejar o entendimento de independência dos povos indígenas em relação aos Estados nos quais vivem.

O Governo brasileiro, ademais, fez consignar importante ressalva ao subscrever a Declaração, nos seguintes termos:

*"O Brasil deseja sublinhar, mais uma vez, o entendimento que presidiu às negociações e que é claramente refletido no texto da Declaração - o de que o exercício dos direitos dos povos indígenas é consistente com o respeito à soberania, à unidade política e à integridade territorial dos Estados em que habitam. Os procedimentos e medidas referidos na Declaração para salvaguardar essa integridade territorial e determinar um interesse público relevante são, a nosso ver, aqueles estipulados na legislação nacional de cada país. Ao exercer essa responsabilidade, os Estados deverão ter sempre em mente seu papel fundamental na proteção das vidas e da identidade de seus povos indígenas."*¹³

Acresce, ainda, que, confrontando-se a versão inglesa com a versão francesa da Declaração, é possível verificar que o seu objetivo foi apenas o de garantir o direito dos povos

¹³ Declaração do Governo Brasileiro por ocasião da adoção, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assinada em Nova York em 13 de setembro de 2007.



Pet 3.388 / RR

indígenas, e não o de sugerir, ainda que remotamente, a possibilidade de criação de uma nação soberana.

De fato, a versão inglesa utiliza o termo "*indigenous peoples*" e a francesa "*peuples autochtones*" - tal como a portuguesa, "*povos indígenas*" - e em nenhum momento mencionam o termo "*nation*" ou "*nacion*". Isso porque tal conceito, em ambos os idiomas, possuem um significado mais profundo, historicamente matizado, que pode levar, dependendo do contexto em que é empregado, à identificação da nação com o Estado soberano.

VI - CONCLUSÃO

Em suma, pelo meu voto, acompanho o voto do nobre Relator, Ministro Carlos Britto, complementado, agora, pelo pronunciamento do eminente Ministro Menezes Direito, cujas achegas também incorporo em meu voto, para:

1 - Considerar hígido, ou seja, isento de quaisquer vícios, o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol.



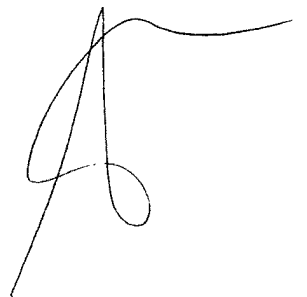
Pet 3.388 / RR

2 - Entender constitucional a demarcação em área contínua, afastando possibilidade de subdividir a Terra Indígena em "ilhas".

3 - Determinar a retirada imediata de todos aqueles que exercem posse ilegal sobre a Terra Indígena

4 - Assentar que a demarcação tal como realizada, não ofende o pacto federativo, nem a segurança nacional.

5 - E, finalmente, afirmar que, tendo em conta, sobretudo, o conceito de soberania nacional, a presença do Estado brasileiro, por seus diversos órgãos especializados, especialmente os dedicados ao meio ambiente, à saúde, à pesquisa científica e à segurança pública, podem penetrar livremente na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no exercício das respectivas competências, sem prejuízo das atribuições legalmente cometidas à FUNAI.

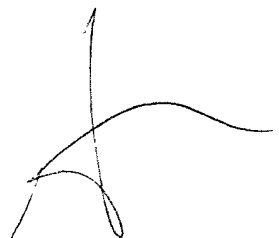


10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****V O T O****(ADITAMENTO)**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - De qualquer maneira, compartilho das preocupações do Ministro Menezes Direito no concernente à eventual interpretação que se possa dar a essa declaração em combinação com a citada convenção da OIT.

Em conclusão, Senhor Presidente - e já me alonguei muito -, pelo meu voto, acompanho o voto do nobre Relator, e agora também o voto do eminente Ministro Menezes Direito, pois ambos se conjugam, se complementam, se interpenetram a ponto de formar um todo único para julgar parcialmente procedente a presente ação.

E o faço para, em primeiro lugar, considerar hígido, ou seja, isento de quaisquer vícios o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Em segundo lugar, para entender constitucional a demarcação em área contínua, afastando a possibilidade de subdividir a Terra Indígena em "ilhas". E o faço, agora, com base na teoria do fato indígena, desenvolvida pelo eminente Ministro Menezes Direito, teoria a qual adiro completamente, e que substitui, com vantagem, o instituto do indigenato.

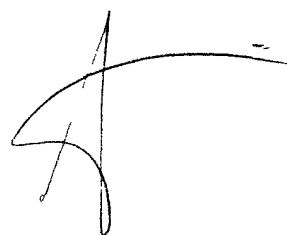


Pet 3.388 / RR

Também julgo parcialmente procedente a ação para, pelo meu voto, determinar a retirada imediata de todos aqueles que exercem a posse ilegal sobre a Terra Indígena em comento, para assentar que a demarcação, tal como realizada, não ofende o pacto federativo nem a segurança nacional do país e, finalmente, para afirmar que, tendo em conta, sobretudo, o conceito de segurança nacional, a presença do Estado brasileiro, por seus diversos órgãos especializados, especialmente os dedicados ao meio ambiente, à saúde, à pesquisa científica e à segurança pública externa, pode ocorrer livremente na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no exercício das respectivas competências, sem prejuízo das atribuições legalmente cometidas à FUNAI.

Nesse sentido adiro integralmente às dezoito propostas enunciadas pelo Ministro Menezes Direito, e quero crer que contam também com o integral beneplácito, ou pelo menos com o beneplácito em sua formulação genérica, do eminente Relator.

Peço vênua à Ministra Cármen Lúcia para aderir inclusive nos pontos relativamente aos quais ela levantou uma discordância, uma divergência - refiro-me especialmente àquele ponto em que se veda a ampliação da área -, porque consigno que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixou um limite temporal para que a área seja, enfim, determinada, delimitada, e penso que



Pet 3.388 / RR

agora, *data venia*, apenas com uma reforma constitucional é que se poderá alterar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não fui contra, apenas disse que era inócua. Não é exatamente contra.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Estou apenas justificando o meu voto, respeitando e compreendendo profundamente, enfim, as ponderações de Vossa Excelência.

Também peço *vênia* para superar a objeção, no tocante ao inciso XVIII, no que tange aos direitos dos índios relacionados às suas terras, quando se diz que são imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, repetindo-se aqui o que se dispõe no artigo 231, § 4º, da Constituição, por entender que esse enunciado tem um caráter pedagógico e porque neste momento - a meu ver de forma extremamente adequada - o Supremo Tribunal Federal está fixando o regime jurídico das terras indígenas.

Creio que Sua Excelência também fez, enfim, uma pequena objeção quanto ao inciso IX, mas, para mim, creio que a autoridade ambiental deve, sim, zelar para que a área da unidade de conservação afetada pela terra indígena seja utilizada em conformidade com a sua destinação legal.

Senhor Presidente, este é o meu voto, que então acabo de proferir nesses termos.



10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAV O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O artigo 231 da Constituição do Brasil reconhece aos índios os direitos originários *sobre as terras que tradicionalmente ocupam*, "competindo à União demarcá-las". Isto é: incumbe à União demarcá-las *como elas são, continuamente ou em ilhas*; vou repetir: *como elas são tradicionalmente ocupadas, continuamente ou em ilhas*. Essas terras, como elas são, é que devem ser demarcadas pela União.

2. Essas terras são bens da União. Os índios detém a *posse*, não o *domínio* destas terras. Isso é necessário ainda redizermos: a União detém o domínio dessas terras. Por isso é cristalina, para quem lê na Constituição o que nela está escrito, a plena compatibilidade entre soberania e reconhecimento, em favor dos índios, de direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. As terras indígenas sendo de propriedade da União, são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis. Daí afirmar-se que nossas faixas de fronteira estão mais adequadamente protegidas quando compostas de terras indígenas.

3. O artigo 231 da Constituição do Brasil não excepciona, nem suporta redução em seu vigor normativo, no que tange a elas, as terras situadas em zonas de fronteira. A Constituição assegura plenamente aos índios os direitos originários sobre todas as terras tradicionalmente por eles ocupadas --- vale dizer, as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais



necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições¹ --- ainda que situadas em regiões de fronteira. A suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol há disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configura evidente tolice, rematada insensatez. O que se dá, aí, é invasão de propriedade pública, a União estando vinculada pelo dever de proteger essas terras.

4. Não obstante, é necessário atentarmos para o fato de que a demarcação de terras indígenas em regiões de fronteira pode e deve ser considerada por este tribunal com rigorosa atenção, razão pela qual acompanho, bem vincado este aspecto, o voto do Ministro Carlos Alberto Direito.

5. Permito-me insistir em dois pontos. Primeiro: as terras que os índios tradicionalmente ocupam são bens da União e devem ser demarcadas como são. Segundo: disputa por terra indígena entre agentes econômicos e índios consubstancia algo juridicamente impossível; pois quando dizemos *disputa* aludimos a uma oposição entre *direitos* e, no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir *direito* nenhum.

6. As terras indígenas são de propriedade da União porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui --- propriedade da União --- resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras --- leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete --- são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à

¹ Cf. o § 1º do artigo 231 da CB.



Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores.

7. Daí porque não é mais necessário recorrermos à conhecida exposição de João Mendes Jr. sobre o *indigenato*². A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários *sobre as terras que tradicionalmente ocupavam* na data da sua promulgação. Direi, pois, ainda outra vez: disputa entre agentes econômicos e índios, por terra indígena, consubstancia disputa juridicamente impossível; em situações como tais não há oposição de *direitos*; ao invasor de bem público não se pode atribuir *direito* nenhum. Em termos gentis, embora plenos de vigor: a suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol houvesse disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configuraria evidente tolice, rematada insensatez.

8. Passo a cogitar de outro ponto.

9. Ainda no primeiro semestre deste ano, em abril, quando esta Corte apreciou a AC 2.009, na qual se pretendeu --- com êxito --- suspender operação de desocupação da área indígena, afirmei que este é o mais sério conflito social com o qual me deparei desde que cheguei a este tribunal, em 2004. Porque o que está em jogo nessa polêmica não é apenas a Raposa Serra do Sol. Vou me valer do que dizem Boris Fausto e Carlos Fausto em texto publicado n' *O Estado de São Paulo*, edição de 28 de abril de 2008, pág. A2³:

"O que está em jogo nessa polêmica não é apenas a Raposa Serra do Sol. É um princípio constitucional que assegura a integridade física e cultural dos índios. Transformar

² Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos, [edição fac-similar] Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, pág. 64.

³ Surto antiindígena.

as áreas indígenas em 'ilhas' é uma velha idéia (e um velho sonho) conservadora. O saudoso ministro do STF Victor Nunes Leal, ao tratar de questão similar, já alertava para os perigos, asseverando: 'Aqui não se trata do direito de propriedade comum (...) Não está em jogo (...) um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do hábitat de um povo. (...) Se (a área) foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o terreiro da aldeia (...)'. (*Recurso Extraordinário n. 44.585, Rel. Min. Victor Nunes Leal, Referências da Súmula do STF, v. 25. pp. 360-61*). Para evitar esse risco, a Constituição de 1988 reconheceu aos índios o direito originário sobre suas terras".

10. São ainda do Ministro Victor Nunes Leal --- aliás aqui mesmo, nesta sala, em voto no MS 16.443, no qual era debatida a inalienabilidade das terras indígenas --- as seguintes observações:

"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 sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram".

11. Transformar as áreas indígenas em "ilhas" é mesmo, como observam Boris Fausto e Carlos Fausto, um velho projeto conservador. Mas não vejo como possa isso ser feito pela mão do Poder Judiciário.

12. É bem verdade --- e tenho insistido neste ponto --- que o direito é uma arena em que se joga a luta social, nele prevalecendo as hegemonias de sempre. É bem verdade que o discurso do *texto normativo* está parcialmente aberto à inovação, mesmo porque o que lhe confere contemporaneidade é a sua transformação em *discurso*

normativo, isto é, em *norma* [transformação do *texto* em *norma*]. Daí que a Constituição há de ser atualizada pelos chamados *intérpretes autênticos*, os juizes, para que se apresente dotada de força normativa. Por isso --- sei bem disso --- a interpretação não é apenas do texto da *Constituição formal*, mas também da *constituição real*, hegelianamente considerada. O intérprete da Constituição não se limita a compreender textos que participam do mundo do *dever ser*; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos *fatores reais do poder*, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição são produzidas, vale dizer, momento da passagem da *dimensão textual* para a *dimensão normativa*.

13. Nada disso autoriza, todavia, o intérprete autêntico a ir além dos limites do texto, pena de transformarmos a prática jurisdicional em farsa, exercício de subjetivismo a serviço do arbítrio dos juizes e dos de sempre, que --- no caso --- nutrem projeto ideologicamente bem definido.

14. Alguém dirá que há um Município na área, a sede de um Município, e essa realidade não se pode ignorar. Alguém o dirá aludindo, talvez, ao decidido por esta Corte na ADI 2.240, quando cogitamos da exceção e da *força normativa dos fatos* [*normative Kraft des Faktischen*]. Não há paralelismo, contudo, entre as situações do Município de Luís Eduardo e outros [Município de Uiramutã e Pacaraima]. A existência daquele afronta o § 4º do artigo 18 da Constituição de 1988, nada mais. A deste último afronta-o também, mas além de tudo --- isso é extremamente grave! --- resulta de invasão de terra indígena, que a nenhum pretexto se pode justificar. Quanto ao Município de Normandia, somente parte dele está incluída na área da reserva...



15. É certo que na data de vigência da Constituição de 1988 as cinco etnias indígenas que lá estão ocupavam, tradicionalmente, a área de Raposa Serra do Sol. Não há, nos autos, prova nenhuma de que isso não ocorresse. A posse dos índios é remota e incontestável, razão pela qual decreto de 15 de abril de 2005, do Presidente da República, homologou a portaria n. 534, do Ministro da Justiça, de 15 de abril, demarcando as Terras Indígenas Raposa Serra do Sol em "terras contínuas".

16. Ademais existe, no caso, coisa julgada --- o MS 25.483, relator o Min. Carlos Britto --- coisa julgada expressiva da plena correção do procedimento dessa demarcação. Aqui nem se trata, como se vê, de boa-fé administrativa, mas de boa-fé judicial, nada justificando que este Tribunal volte-se contra si próprio no que decidiu.

17. As Terras Indígenas Raposa Serra do Sol foram demarcadas em "terras contínuas" porque eles, os índios, assim tradicionalmente as ocupavam, em outubro de 1988. Como a terra não é valor que se possua e o espaço é concebido como ilimitado, partilhado com os seres que o povoam --- seres humanos e seres não-humanos ---, as aldeias das cinco etnias de Raposa Serra do Sol movimentavam-se, movimentam-se, deslocando-se de um ponto a outro por inúmeras razões. Uma delas, não a única, a atinente à circunstância de a agricultura indígena obedecer a necessária rotatividade do solo, de sorte a prevenir seu esgotamento e permitir o plantio pelos grupos domésticos durante todo o ano. Eis o que a Constituição protege: as terras necessárias à reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições (§ 1º do artigo 231).



18. A alteração do território original de Raposa Serra do Sol, mediante a demarcação não contínua, mas *em ilhas*, apenas seria admissível se houvesse nestes autos prova completa de que os índios ocupavam tradicionalmente *em ilhas* as terras de que se cuida, terras indígenas de Raposa Serra do Sol. Mas essa prova não há.

19. Em área inserida nos limites da TIRSS encontra-se o Parque Nacional Monte Roraima, monte sagrado, dotado de enorme significado mítico para todas as etnias que habitam essas terras. O Roraima é o berço da humanidade. Curiosamente é ali, mas pela via torta da leitura de Theodor Koch-Grünberg --- *Vom Roraima zum Orinoco*, recentemente traduzido para o português⁴ --- é ali que Mário de Andrade encontrará o "deus malandro"⁵ Makunaíma, transformando-o no herói/anti-herói que representa o brasileiro, cada um de nós. É certo que "os índios dizem que sempre faz tempo ruim quando um branco vai ao Roraima"⁶, mas o que a Constituição assegura ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o que a Constituição assegura é, singelamente, a nacionalidade, a nossa nacionalidade.

20. Desejo insistir neste ponto, pois não há mais de uma nacionalidade nesta Terra de Santa Cruz, há apenas uma, a nacionalidade dos brasileiros. É certo que os índios merecem, entre nós, tratamento constitucional especial. Mas isso não justifica, nem de leve, insinuação de que eles componham outro ou outros povos diferentes do povo brasileiro. Aqui não. No Brasil os indígenas, tal

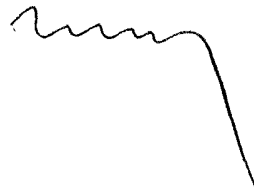
⁴ Do Roraima ao Orinoco, tradução de Cristina Alberts-Franco, Editora Unesp, São Paulo, 2006.

⁵ Expressão que colho em Telê Ancona Lopes, *As viagens e o fotógrafo*, in Mário de Andrade, Fotógrafo e turista aprendiz, Instituto de Estudos Brasileiros (Universidade de São Paulo), São Paulo, 1993, pág. 111.

⁶ Cf. Theodor Koch-Grünberg, ob. cit., pág. 129.

como nós --- "preto, branco, amarelo, misturado", como disse Álvaro Moreyra em um lindo poema⁷, nós que somos parte do Brasil de todas as cores --- aqui os indígenas, tal como nós, são brasileiros. Nada nos apartará uns dos outros. É importante que se o afirme. A Constituição do Brasil recusa qualquer ruptura da nossa nacionalidade, ao gosto de quantos preferem o dissenso da sociedade civil --- onde prevalecem os interesses dos de sempre --- macaqueando a sintaxe dos discursos das ONGs daqui e de alhures ou conferindo a eles os tons característicos do pensamento de certos intelectuais orgânicos. Quanto à *Declaração dos direitos dos povos indígenas*, cujo texto tive o cuidado de examinar, a autodeterminação e a autonomia dos índios que afirma está atrelada, e por ela limitada, à Constituição do Brasil, não a podendo exceder.

De toda sorte, exatamente porque não há mais de uma nacionalidade nesta Terra de Santa Cruz --- há apenas uma, a nacionalidade dos brasileiros --- aos índios, em suas terras, como a quaisquer outros brasileiros nas suas terras, aplicam-se os regimes de proteção ambiental e da segurança nacional, tal como enfatizado no voto do Ministro Carlos Alberto Direito, que acompanho.



⁷ *Oração*, que cito de memória.

10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

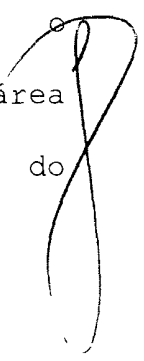
PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAV O T O**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):** Sr.

Presidente, a análise dos autos e o brilhante voto do relator deixaram bem evidenciado o fato incontestável de que os grupos indígenas Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona ocupam a região situada no Estado de Roraima, objeto da presente ação popular, há tempo suficiente para caracterizar a ocupação como imemorial e tradicional, conforme requer a Constituição no art. 231 e §§ 1º e 2º.

Este dispositivo, como todos sabem, **reconhece** aos índios os direitos originários sobre as terras que ocupam, garantindo-lhes a "posse permanente". Essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos dela decorrentes, imprescritíveis.

Em outras palavras, o direito à posse da terra pelas comunidades indígenas é oriundo da própria Constituição Federal, competindo à União tão-somente "demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens".

É importante ressaltar, ainda, como afirmou o Procurador Geral da República, em seu parecer, "que a área indígena "Raposa Serra do Sol" representa pouco mais de 7% do



Pet 3.388 / RR

território daquele Estado [de Roraima], que, desde a sua criação, conta com a presença de numerosos grupos indígenas, **sendo a população em questão ali residente a terceira maior do país**, só perdendo para aquelas localizadas nos Estados do Amazonas e Mato Grosso. A existência de tal população, aliás, terá sido um dos fatores determinantes da criação do novo Estado". (p. 16)

Com efeito, segundo afirma a União, a população indígena do Estado de Roraima corresponde a um total de aproximadamente 45.000 índios aldeados, sendo uma das maiores populações indígenas do país. Desse total, cerca de 19.000 índios vivem na área correspondente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Assim, Sr. Presidente, nesse momento do julgamento não resta qualquer dúvida quanto à presença dos requisitos constitucionais para o reconhecimento da área em questão como ocupada por tempo imemorial e tradicional pelos indígenas dos grupos Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona.

Resta, portanto, verificar se o processo de demarcação observou os ditames legais.

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO

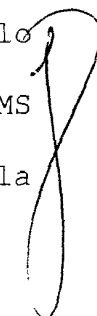
Pet 3.388 / RR

O processo de demarcação de áreas indígenas é complexo e demorado, porque demanda uma série de análises sócio-culturais importantes para evitar danos à organização cultural dos indígenas e para que possa refletir fielmente sua realidade.

Nesse ponto, cabe ressaltar que o processo de demarcação das terras localizadas na Raposa Serra do Sol teve início em 1977, quando o Estado de Roraima ainda era um território, sendo certo que as reivindicações pela demarcação da área remontam ao início do século passado, mais precisamente a 1917.

É importante lembrar que os trabalhos iniciados no ano de 1977 foram interrompidos e retomados diversas vezes, de modo que a formalização do procedimento administrativo de demarcação, que culminou no decreto 534/2005, ora questionado, data de 1993 (processo 889/93/FUNAI).

Os documentos a que tive acesso demonstram que o processo de demarcação seguiu os trâmites previstos no Decreto 22/1991 e, posteriormente, no Decreto 1.775/1996, sendo importante notar que a todos os interessados na demarcação foi facultado o prazo de 90 dias para se manifestarem no processo e todas as manifestações foram devidamente apreciadas pelo Ministro da Justiça. Essa questão, inclusive, foi objeto do MS 24.483, rel. Min. Carlos Britto, e esta Corte entendeu pela



Pet 3.388 / RR

regularidade do procedimento, em decisão que transitou em julgado.

INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Observo, ainda, que não vislumbrei qualquer lesão ao **patrimônio público** decorrente do processo administrativo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. As alegações do requerente são de ordem meramente especulativa, em especial no que tange ao risco à segurança e à defesa nacional, bem como à economia do Estado de Roraima.

SEGURANÇA E DEFESA NACIONAL

De fato, em relação ao argumento de que “a **demarcação contínua** da área trará irremediáveis prejuízos à segurança e à Defesa Nacional”, tendo em vista que a reserva indígena está localizada em área de fronteira, é vale ressaltar que o Decreto 534/2005, em seu artigo 4º, excluiu da área demarcada o 6º Pelotão Especial de Fronteira; os equipamentos e instalações públicos existentes; o núcleo urbano da sede do município de Uiramutã; as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais; além de



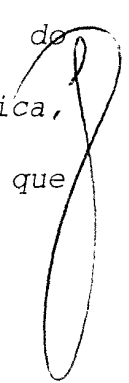
Pet 3.388 / RR

reconhecer o regime jurídico de dupla afetação do Parque Nacional do Monte Roraima, com o objetivo de preservar tanto o meio ambiente como o modo de vida próprio dos indígenas. O Decreto 534/2005 assegurou expressamente a ação das Forças Armadas e do departamento de Polícia Federal nas faixas de fronteira, nos termos do Decreto 4.412/2002.

Ademais, diversas outras reservas indígenas foram demarcadas em áreas de fronteira sem que se tenha notícia de qualquer ameaça à segurança e à defesa nacional.

EFEITOS NA ECONOMIA DO ESTADO

Por outro lado, os alegados *"perversos efeitos que tal demarcação trará para o equilíbrio sócio-econômico do Estado de Roraima"* não estão evidenciados nos autos. Segundo informações trazidas nos memoriais, a exploração agrícola da área não chega a representar 1,75% do PIB do Estado. Segundo colho da manifestação da FUNAI, *"a grande extensão do território do Estado de Roraima, bem como sua baixa densidade demográfica, permitem que a produção de arroz prossiga em outras regiões que não constituam área de reserva"*.



DANOS AO MEIO AMBIENTE

Pet 3.388 / RR

Em relação aos supostos danos ao meio ambiente, a análise dos documentos levou-me a atentar para o fato de que a exploração agrícola, tal como tem sido feita pelos latifundiários na região, tem gerado inúmeros danos ambientais, que poderão se tornar irreparáveis, trazendo prejuízos inimagináveis não somente aos habitantes da região, mas a todo o país. A demarcação da área representa, portanto, não apenas o reconhecimento dos direitos indígenas, mas efetiva proteção ao meio ambiente.

RISCO AO EQUILÍBRIO FEDERATIVO

Sustenta-se, ainda, que a demarcação ora em debate geraria um desequilíbrio no pacto federativo, com a supressão de grande parte do território do Estado de Roraima. Contudo, a área destinada à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, como já mencionado, corresponde a cerca de 7% do território estadual. Em contrapartida, o Estado de Roraima possui a menor densidade demográfica do país, uma vez que a população total do Estado está estimada em 400.000 habitantes, dos quais cerca de 250.000 ocupam áreas adjacentes à capital Boa Vista. Portanto, a densidade demográfica na área demarcada acaba sendo bastante superior à de muitos municípios do Estado de Roraima. Não vislumbro risco de ofensa ao pacto federativo.

Pet 3.388 / RR**DEMARCAÇÃO CONTÍNUA**

Por fim, creio que a opção pela demarcação contínua ou pela demarcação por ilhas insere-se no âmbito da competência discricionária do ente político ao qual a Constituição atribuiu tal mister, baseada nos elementos sócio-culturais e antropológicos colhidos na área, não cabendo ao Judiciário decidir por esta ou aquela opção.

Ressalto, apenas, que a demarcação por ilhas realizada no Mato Grosso do Sul para os índios Xavantes resultou em grave situação que ameaça à sobrevivência desses indígenas, como ressaltou a professora doutora, titular de antropologia da Universidade de Chicago e ex-presidente da Associação Brasileira de Antropologia, Manuela Carneiro da Cunha:

"Problemas sociais:

- Limita a movimentação constante das aldeias e faz com que grupos saiam das áreas demarcadas.

- Existência de corredores entre as ilhas possibilita a entrada de ocupantes não-índios, fomentando conflitos, invasões e dificultando o controle da Funai.

- Drástica desestruturação social pela interrupção das redes de relações entre aldeias, separando famílias, inviabilizando trocas matrimoniais, ameaçando a reprodução dos grupos e criando tensões relacionadas ao não cumprimento de obrigações inter-comunitárias (sistema funerário, festas, reciprocidade alimentar etc.).

- Possibilidade de cooptação da população indígena para o trabalho em empreendimentos do entorno das ilhas, desestruturando as relações econômicas.

Pet 3.388 / RR*Problemas ecológicos:*

- A demarcação em ilhas ignora as necessidades básicas para a adaptação ecológica da população indígena (mobilidade para renovação de estoques faunísticos e recursos vegetais para alimentação e construção de artefatos, agricultura itinerante, manutenção da qualidade da água) e limita o acesso a sítios de ocupação antiga.

Problemas sanitários:

- Multiplicação dos pontos de contato, aumentando o risco de disseminação de doenças.

- Aumento da concentração populacional e sedentarização, potencializando o surgimento de epidemias.

- Degradação ambiental nas ilhas causa uma decadência da qualidade alimentar, provocando desnutrição crônica da população.

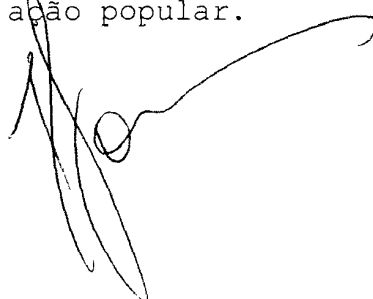
- Residência prolongada na mesma área provoca a contaminação da água e do solo por parasitas (amebas, bichos de pé etc.) levando a super-infestação crônica da população indígena.

- Dificulta a realização do atendimento médico.

Fonte: Ramos, A. & Taylor, K., 1979"

Simpósio sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Ministério da Justiça - Brasília, 04 de agosto de 2008

Por todo o exposto, julgo totalmente improcedente o pedido formulado na presente ação popular.



10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, quero apenas confirmar com ajuste o meu voto, dizendo o seguinte - peço vênica ao Ministro Cezar Peluso para falar de logo -: o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no seu magnífico voto, usou de uma técnica de decidibilidade ou de uma formatação decisória que me pareceu, num primeiro momento, estranha, mas, refletindo melhor, pela importância da causa, eu acho que compreendi perfeitamente a intenção louvabilíssima de Sua Excelência que foi traçar a diretrizes para a própria execução desta nossa decisão por parte da União. Então, Sua Excelência transformou fundamentos, transplantou uma parte dos fundamentos para a disposição, para a parte dispositiva da decisão. E pareceu-me uma técnica interessante, inovadora que, embora inusual do ponto de vista da operacionalização do que estamos aqui a decidir, resulta altamente proveitosa.

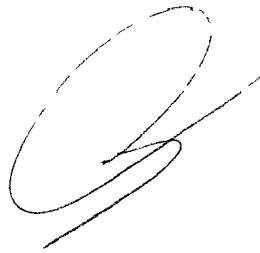
Não tenho motivos para deixar de aderir a essa proposta de formatação decisória, até porque, se formos percentualizar as coincidências dos nossos votos, beiraremos os cem



Pet 3.388 / RR

por cento dos fundamentos, embora com palavras e fontes de pesquisa diferentes.

Faço o ajuste, Senhor Presidente, com todo o conforto intelectual.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'B' followed by a horizontal line and a diagonal stroke.

10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAPROPOSTA

(S/CASSAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR NA AC Nº 2.009)

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) -

Presidente, agora, digo o seguinte, como já estamos com a maioria formada, e conhecedor que sou - aliás, Vossa Excelência esteve na região pessoalmente, e a Ministra Cármen Lúcia fisicamente se deslocou até a área em conflito - da delicada situação entre as partes, eu já encaminho o meu voto, complementarmente, na direção da cassação da liminar. Essa é a proposta que faço.

No mais, Senhor Presidente, penso que o Supremo Tribunal Federal - não pode deixar de dizer isto - está confirmando uma vertente constitucional que nos coloca - disse bem o Ministro Ricardo Lewandowski - na vanguarda dos países que tratam a questão indígena com contemporaneidade e com toda fuga de preconceito, com toda fuga de discriminação.

A Constituição, em seus artigos 231 e 232, no fundo consubstancia o mais sonoro, o mais rotundo, o mais vigoroso "não" ao etnocídio, que tem sido praticado desgrazadamente na história de nosso País. Porque, se o genocídio consiste em matar o corpo, destruir, dizimar fisicamente multidões, grupamentos humanos, o



Pet 3.388 / RR

etnocídio destrói, dizima, destroça, extermina o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura. Então, destruir os modos de vida de um povo é exterminar a sua própria cultura e praticar o etnocídio.

Tenho, para mim, que, a partir de nossa decisão, o Brasil vai se olhar no espelho da história e não mais vai corar de vergonha. O Brasil, agora, com esta decisão, resgata a sua dignidade, tratando os índios brasileiros como nossos irmãos queridos. Reconhecer a cultura dos índios é como que reconduzir o que dizia Paulo Freire:

"Não há saber maior ou saber menor. Há saberes diferentes."

E temos, neste momento, humildade para reconhecer que os índios têm muito a nos ensinar e que podem eles também nos catequizar um pouco.

Essa postura eminentemente constitucional que estamos a revelar no corpo das nossas decisões, em feliz coincidência, está sendo tomada em um dia - já anunciado pelo Ministro Gilmar Mendes - consagrado aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Então, aqui, neste momento, estamos produzindo uma decisão que, tanto quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos em sua totalidade, faz a mais avançada democracia - democracia racial no melhor sentido - com o mais depurado humanismo.



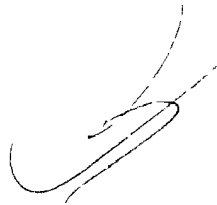
Pet 3.388 / RR

Einstein disse o seguinte:

"É mais fácil desintegrar um átomo que um preconceito."

Nós, aqui, estamos desfazendo um preconceito multissecular e nos impomos como País civilizado, que caminha, agora sim, na direção de si mesmo, na linha nietzscheana do "torna-te quem és". O Brasil, a partir de agora, tem sobradas razões para dizer que é um país fraterno, porque pluralista e sem preconceitos.

É como voto.



10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

VOTO

(S/ CASSAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NA AC 2009)

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, com relação à matéria liminar, eu acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.



10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

VOTO

(S/ CASSAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NA AC 2009)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente,
voto no sentido de cassar a liminar de logo.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

À revisão de aparte do Senhor Ministro Carlos Britto (Relator).

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, em primeiro lugar, não posso deixar de louvar e enaltecer, mais uma vez, os brilhantes votos do ilustre Relator, do eminente Ministro Menezes Direito e de todos os demais, mas sobretudo aqueles dois votos que concorreram para formação já definida da maioria. Sobre me confortarem, reforçam minhas convicções a respeito da solução desta causa.

Aceito, porque me parece absolutamente correta a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas, que é o que o eminente Ministro Menezes Direito chamou de *fato indígena*. Na verdade, o *fato da posse jurídica* na data de início de vigência da Constituição, em 5 de outubro de 1988, corresponde praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa.

O que me propus foi a questão de saber se, perante esse critério de identificação da aproveitabilidade econômica do território por parte dos indígenas, na data de início de vigência da Constituição, a demarcação deveria ser contínua ou, como se diz, “em ilhas”. No meu modo de ver, essa é questão



Pet 3.388 / RR

puramente factual; não é questão jurídica, nem muito menos questão de gosto, no sentido de que seria mais agradável se fosse assim, ou, do ponto de vista da opinião pública, de outro modo. É questão factual.

Confesso, Senhor Presidente, que tive e ainda tenho dúvidas a respeito da extensão dessas ocupações na data que constitui fator básico na definição das áreas indígenas. Não porque me parecesse que se trate de extensão demasiada para um reduzido grupo de indígenas, que seriam entre dezoito e dezenove mil, em termos de ocupação de território que, como disse o Ministro Menezes Direito, corresponde mais ou menos à metade da área da Bélgica e que é maior do que alguns países; nem sequer pelo fato de que uma daquelas duas modalidades alternativas poderia aumentar ou atenuar o risco à segurança nacional. Acho que este não é o problema.

Mas, enfim, tive e ainda tenho dúvidas a esse respeito em razão, sobretudo, do que me parece certa precariedade dos elementos em que se fundaram os processos de demarcação, baseados em poucas opiniões, num universo restrito de pessoas e com muita controvérsia. Mas não tenho nenhum elemento consistente para remover tais dúvidas em dano da população indígena - ingrediente decisivo na interpretação dos dados e na solução dessas dúvidas.

De modo que me curvo ao fato, que considero consumado, da demarcação contínua, porque não encontro elementos retóricos suficientes para estimar que essa situação subjacente não corresponde à ocupação efetiva na data prevista pela Constituição. Até porque este é processo que se arrasta, desde 1977 - e, portanto, há mais de trinta anos -, com conflitos e incertezas

 2

Pet 3.388 / RR

que, doutro modo, seriam agora exasperados e agravados, com possibilidade de gerar, não apenas agravamento das tensões atuais, mas outras talvez mais graves, todas as quais conspirariam contra as exigências de segurança, de certeza e de tranqüilidade jurídicas.

Louvo, ainda, não apenas a postura do eminente Relator, mas em particular a postura do Ministro Menezes Direito, quando aventou essa fórmula, que me parece extremamente elogiável, de estabelecer alguns enunciados de restrições que componham o teor de nosso julgamento. E vou examiná-las, não para trazer achegas muito valiosas aos brilhantes argumentos de Sua Excelência, mas apenas para reforçar a postura que a Corte, de certo modo, dá mostras de que venha a adotar no caso.

Em primeiro lugar, quero acentuar a inoperância jurídica da Declaração da ONU, de 2007, não obstante a ressalva que faço às opiniões em contrário referidas e assumidas pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski. Parece-me que tal declaração, na verdade, não vai além de mera exortação política aos países-membros para reconhecimento e garantia dos interesses e direitos das populações indígenas. Não é um tratado, não corresponde a nenhuma das categorias de documentos internacionais com força jurídica vinculante. Em outras palavras, a meu ver, não tem *status* nomológico ou *status* normativo. E, por isso, não integra nem vincula, em nenhum sentido, o ordenamento jurídico brasileiro.

Além do mais, a despeito da ressalva prevista no seu art. 46, I, que, de certo modo, poderia desfazer dúvidas, contém expressões no mínimo

Pet 3.388 / RR

ambíguas, imprecisas, cuja interpretação poderia reverter em posturas incompatíveis com a ordem jurídico-constitucional brasileira, como, por exemplo - não vou descer a minúcias - as disposições dos arts. 3º e 4º, que cuidam de *autonomia*, *autogoverno* e expressões análogas, que podem alimentar idéias de poder de emancipação dentro do Estado brasileiro.

Ao depois, nos arts. 26 e 28, há referências ao poder que se reconheceria às populações indígenas de controlar as terras e de exigir reparações ao Estado quanto ao uso dessas sem consentimento livre, prévio e informado daquelas.

Parece-me que tais enunciados não são compatíveis com a ordem constitucional brasileira e, por isso, a Corte faz bem em declarar a inoperância jurídica da Declaração, para dissipar quaisquer dúvidas a respeito e retirar toda base jurídica de sustentação a qualquer movimento ideológico que possa fermentar idéias de quebra da coesão social, de desagregação da nacionalidade e de separação territorial. Negar-lhe, expressamente, força normativa, é medida de cautela para que não possa ser invocada em nenhuma circunstância. E, mais que isso, para que tal declaração não sirva de pretexto para movimento de opiniões que implicariam riscos que são objeto de preocupação fundada de setores responsáveis pelo País, principalmente, das Forças Armadas. Não posso conceber que as preocupações, sobretudo das Forças Armadas - expressas não apenas em uma, mas em várias oportunidades, e em múltiplos documentos inspirados em fatos públicos e notórios, alguns de caráter internacional -, sejam consideradas como fantasias, paranóias ou



Pet 3.388 / RR

atitudes levianas. As Forças Armadas exprimiram, nessas posições, preocupações graves e sérias, e eventual reconhecimento de alguma eficácia jurídica à Declaração poderia reforçar o justo receio, que tem as Forças Armadas, em relação à possibilidade de aventuras. Enfim, parece-me que negar qualquer força jurídica à Declaração constitui importante garantia contra tais riscos.

Em segundo lugar, também louvo e acompanho integralmente a preocupação e os enunciados do eminente Ministro Menezes Direito em relação ao regime jurídico das terras. Trata-se, evidentemente, de terras da União, a cujo regime e disciplina jurídicos não são estranhas as funções constitucionais das Forças Armadas, a que incumbe garantir a segurança coletiva, a coesão nacional e a integridade territorial, como vem claro do art. 142 da Constituição da República. Esses interesses, especialmente ligados à segurança, são os interesses supremos da Nação e, como tais, são sempre oponíveis a qualquer grupo, estamento, classe, etc., que compõem o corpo nacional. Nenhum interesse desses segmentos pode entrar em conflito com os interesses supremos do País, sobretudo quanto ao território superposto que a Constituição, nos termos do art. 20, § 2º, denomina *faixa de fronteira* e que constitui instrumento de resguardo da nossa integridade territorial. De modo que tais circunstâncias apontam para a existência de regime jurídico das terras que não pode excluir a possibilidade de ação incondicional das Forças Armadas no seu âmbito.



Pet 3.388 / RR

Em outras palavras, assim como o reconheceu o eminente Ministro Menezes Direito, reconheço que a demarcação dessas terras não implica, não pode implicar e, mais que isso, não tolera nenhuma restrição às atividades das Forças Armadas e consistentes – só para exemplificar - em entrar no território, dele sair, nele permanecer, construir unidades, estradas, aeroportos, obras de infra-estrutura, fiscalizar, intervir, assentar-se, reprimir, integrar, aculturar e apoiar todo o processo de aculturação e de subsistência das populações indígenas.

No exercício de suas funções constitucionais e de todas as correspondentes atividades dentro das terras demarcadas, as Forças Armadas não dependem de prévia autorização, assentimento, nem consentimento das populações indígenas. As Forças Armadas obedecerão apenas às normas que as regem e disciplinam como tais.

Evidentemente, isso não significa fazer nenhum juízo de valor a respeito da contribuição que algumas populações indígenas desenvolvem, hoje, aliás, com o reconhecimento destas mesmas Forças Armadas, na defesa do território nacional. Mas – e isso não precisa ser lembrado – há algumas populações que ainda estão em estágios primitivos, sem nenhuma consciência ou sem consciência plena da sua identidade nacional. E, mais do que isso, as tarefas de segurança nacional, evidentemente, não podem ficar a cargo de populações que não têm capacidade operacional, nem sequer equipamentos para desempenho de ações que supõem a reconhecida complexidade da era moderna.



Pet 3.388 / RR

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Quando Vossa Excelência fala de aculturar no âmbito das Forças Armadas, está falando dos conscritos, do alistamento militar, não é?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não em especial, pois as Forças Armadas sobretudo aculturam no apoio que dão às populações indígenas na sua vida cotidiana, é público e notório, como, por exemplo, em matéria de educação, transporte, alimentação, saúde etc.. Enfim, é serviço inigualável de integração nacional que as Forças Armadas desempenham e, bem por isso, têm de ser prestigiadas – penso eu – por esta Corte.

Do mesmo modo, e não por razões muito diversas, também as atividades da Polícia Federal, previstas no art. 144, § 1º, incs. I, II e III, da Constituição, não podem ficar na dependência de autorização das populações indígenas.

O terceiro ponto, Senhor Presidente, e confesso – e já o fiz pessoalmente ao eminente Ministro Menezes Direito – que o que me deixa algo incomodado é o regime dito de *dupla afetação*, e já há quem fale em regime de tripla afetação, o qual não me parece seja o caso em relação às zonas de segurança, às zonas de fronteira. É que vejo incompatibilidade absoluta de regimes jurídico-constitucionais entre a defesa das populações indígenas e a defesa da riqueza, da biodiversidade, do patrimônio genético, do meio ambiente,



Pet 3.388 / RR

enfim, de tudo aquilo que é objeto da tutela constitucional das chamadas reservas de proteção integral.

Parece-me que há, aqui, conflito teórico entre interesses e valores constitucionais. De um lado, os interesses das populações indígenas; de outro, o interesse que, nos termos do art. 225 da Constituição, supera os das populações indígenas, porque concernem a bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida de toda a população brasileira, não apenas de um de seus grupos, e que impõem a preservação das reservas, a cujo respeito a Constituição, textualmente, no inc. III, veda *“qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção”* constitucional.

A respeito, não concebo relação necessária entre ocupação indígena e preservação de áreas de preservação permanente. Não vejo essa relação como coisa necessária, até porque há alguns casos comprovados - como, por exemplo, sucedeu no Parque Nacional do Araguaia e no Parque Nacional de Monte Pascoal -, em que se comprovou que essa suposta relação não corresponde a uma verdade histórica, nem a uma necessidade histórica. Nem sempre a ocupação indígena contribui para a preservação das áreas de reserva ambiental.

A solução que o eminente Ministro sugeriu, do ponto de vista prático, responde às minhas preocupações, mas, no plano jurídico, minha fundamentação é diversa, porque reconheço e declaro que, entre ambos os



Pet 3.388 / RR

valores, prevalece a supremacia da tutela constitucional das reservas ambientais como bem comum de todos, pré-excluindo ocupação indígena autônoma.

Mas, enfim, em termos de consequências práticas, minhas preocupações encontram algum conforto nas propostas que fez o eminente Ministro Menezes Direito.

Senhor Presidente, em quarto lugar, a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exaurem em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou **leading case**, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema.

Parece-me, daí, justificada a pertinência de certos enunciados que deixem claro o pensamento da Corte a respeito. Isso vale, principalmente, em relação às novas demarcações, que envolvem um complexo de interesses, direitos e poderes de vários sujeitos jurídicos, seja de direito público, seja de direito privado, envolvendo, basicamente, questões de Segurança Nacional no sentido estrito da expressão. Eis o fundamento da legitimidade do enunciado proposto pelo Ministro Menezes Direito, de que o Conselho de Defesa Nacional tem de ser ouvido nos processos de demarcação de terras.

Em quinto lugar, parece-me não apenas decorrência necessária do regime federativo que os Estados e os municípios sejam ouvidos ou tenham membros integrantes das comissões encarregadas de conduzir e de solucionar os processos de demarcação, mas também pelo fato de que, embora a

Pet 3.388 / RR

Constituição tenha estabelecido como terras da União o que ainda deva ser demarcado, não se pode desconhecer essa demarcação, posterior e apurável apenas no futuro, representa sempre desfalque a área do Estado e também dos municípios.

Não obstante justificada constitucionalmente do ponto de vista factual, econômico e político, isso tem repercussões cuja consideração impõe que os Estados e municípios participem das comissões de demarcação, até porque, nem por serem pessoas jurídicas de pleito público interno, estão excluídas da proteção constitucional do devido processo legal (*due process of law*). Noutras palavras, de certo modo elas perdem, por desfalque, parte das áreas territoriais sobre as quais exercem atividades. E não me parece boa medida que essas demarcações se efetivem sem que os Estados e municípios sejam previamente ouvidos.

Em sexto lugar – e como também já antecipou o voto do eminente Ministro Menezes Direito -, entendo que os processos de demarcação devem ser conduzidos por corpos técnicos, de formação ampla, multidisciplinar, que incluam, não apenas antropólogos, mas arqueólogos, historiadores, engenheiros, juristas, etc., enfim, todos aqueles cujo conhecimento científico especializado possa trazer contribuição decisiva para apurar os limites reais de ocupação e expungir todas as dúvidas que tais procedimentos costumam provocar.

Vou agora, Senhor Presidente, examinar, em miúdo, os enunciados trazidos pelo eminente Ministro Menezes Direito.

Pet 3.388 / RR

Desde logo, compreendo a inspiração de Sua Excelência ao fugir um pouco, vamos dizer assim, das técnicas tradicionais de comandos ou disposições decisórias, com o propósito de deixar clara a postura da Corte a respeito das questões ora suscitadas e prevenindo outras que possam surgir em demarcações futuras.

Não lhe faço nenhum reparo aos enunciados, exceto quanto à fundamentação do 8º e do 9º, com cujos termos decisórios concordo, mas com base em outro fundamento jurídico, que já adiantei.

Em relação ao item 10, que prevê *“o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipuladas pela Administração”*, fico mais confortável, porque o parque nacional tem particularidade. Segundo os documentos que tenho em mãos, parece que não há ocupação indígena na área delimitada a título de parque nacional, ou, pelo menos, não há ocupação indígena expressiva, até porque sua formação geológica não é favorável a esse tipo de ocupação de ordem econômica, apresentando-se, antes, como fonte de riqueza ainda inexplorada, inclusive do ponto de vista do ecoturismo. Prolonga-se no território da Venezuela.

De modo que teríamos, se não adotássemos enunciado como aquele que propõe o Ministro Menezes Direito, no inc. 10 do seu voto, o seguinte problema de ordem prática: todo pesquisador que quisesse promover pesquisa ou visitantes que quisessem ter conhecimento dessa área, teriam de transportar-



Pet 3.388 / RR

se para o território da Venezuela, porque estariam impedidos de entrar no território nacional, compreendido pelo parque!

Quanto ao item 9, eu faria - não sei se chega a ser uma sugestão - ponderação ao eminente Ministro Menezes Direito e a todos os demais Ministros, no sentido de que, conquanto a Constituição assegure o usufruto exclusivo e, no § 6º do art. 231, torne sem efeito negócios jurídicos que impliquem perda da posse, ainda quando indireta, das áreas demarcadas, não me parece contrarie o espírito da proteção constitucional, nem sequer as necessidades das populações indígenas no processo de integração e aculturação, que se permitam parcerias e negócios jurídicos análogos que não impliquem perda dessa posse, nem da sua exclusividade, mas que estimulem a integração no processo civilizatório como tal. Em outras palavras, eu abriria exceção para parcerias com as populações indígenas, nesses termos.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Aqui, Excelência, para não perder oportunidade, eu redigiria da seguinte forma: o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área e da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área. Eu tiraria “em caráter apenas opinativo”, e complementaria: “levando em conta não só tradições e costumes”; eu usaria a linguagem da Constituição “os usos, tradições e costumes. Acrescentaria “usos”.



Pet 3.388 / RR

Agora, por que “comunidades indígenas”? Porque a Constituição, no artigo 232, aduz o seguinte:

“Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

Então, eu valorizaria, aqui, as comunidades indígenas, as organizações indígenas, os órgãos representativos. Tiraria “em caráter opinativo”, porque isso diminui a importância dessas entidades.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Ministro, pesa-me não poder acompanhar Vossa Excelência, porque o meu fundamento jurídico exclui qualquer participação das populações indígenas em área que, para mim, está sujeita a um único regime jurídico, o regime jurídico previsto no art. 225 da Constituição e na lei própria, a Lei nº 9.985, e que é absolutamente incompatível com o disposto no art. 3º e alguns parágrafos do decreto que homologou a demarcação, o qual atribui à FUNAI participação que ela não pode ter na administração dessas áreas.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – É porque essas áreas são de dupla afetação. Tem de haver a participação das comunidades indígenas no plano decisório mesmo.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Parece-me que não.

E isso, aliás, subjaz à proposta do Ministro Menezes Direito, que teve o cuidado de indicar *caráter só opinativo*, no sentido de não dispensar manifestação da FUNAI, mas de lhe negar poder de vinculação ou cogência jurídica em relação às decisões do administrador dessa área especial que interessa a todo o País, e não apenas às populações indígenas.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – No particular, eu dissinto, retifico a pronúncia, divirjo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Em relação ao item 17, segundo o qual “*é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada,*” eu o manteria, não apenas pela circunstância de significar reafirmação do *fato da posse indígena* na data da Constituição, ou seja, a posse encontrada naquela data e objeto da demarcação, mas também para efeitos futuros, no sentido de que algumas áreas já demarcadas separadamente não poderem ser objeto de nenhum movimento tendente a reagrupá-las em áreas contínuas. Isto é, reconhecido o *fato da posse* naquela data e demarcada a área respectiva, a demarcação é insusceptível de qualquer modificação, não obstante a mim me pareça que o constituinte derivado não estará jungido a manter tal situação, quando as populações indígenas se tiverem integrado, de modo que as demarcações já não tenham nenhum sentido econômico, jurídico, nem político, que é o que se espera. Afinal de contas, atrás da decisão desta causa, não pode

 14

Pet 3.388 / RR

estar a idéia – que me parece absurda - de que o progresso da civilização seja coisa tão perversa que os índios devam ficar-lhe à margem.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Aqui eu só faço uma ressalva: vale para o caso Raposa Serra do Sol, não para todos os casos. Se for para a Raposa Serra do Sol, eu estou de pleno acordo.

SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, apenas duas observações finais. A primeira é que acompanho a solução proposta pelo Ministro Menezes Direito e adotada pelo eminente Ministro-Relator quanto à procedência parcial, porque tal disposição técnica permite declarar o pensamento da Corte a respeito de todas as questões pontuais que constituem objeto dos enunciados, na medida em que reúnam a maioria dos votos da Corte.

Senhor Presidente, quero terminar o meu voto dizendo o seguinte: a meu juízo, é obrigação da Corte, que estudou profundamente a causa e tenta resolver da melhor maneira possível o conflito, deixar também declarado que, se o Estado brasileiro continuar a omitir-se no apoio indispensável às populações indígenas, de pouco ou de quase nada valerão as recomendações, as observações e as disposições desta decisão. Se as populações indígenas não contarem com a presença efetiva - e cada vez mais crescente – do Estado no seu desenvolvimento, no resguardo dos seus direitos, no respeito das suas posses, enfim na garantia daquilo que a Constituição



Pet 3.388 / RR

chama de sua organização social e dos seus costumes, estarão condenadas, por omissão, a permanecer em estado primitivo de sobrevivência.

É como voto, Senhor Presidente.



10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****V O T O****(S/CASSAÇÃO DA MEDIDA CAULELAR CONCEDIDA NA AC 2.009)**

A Sra. Ministra Ellen Gracie – Senhor Presidente, peço a Vossa Excelência a juntada de voto escrito. Não acredito haver o que acrescentar além do que já foi dito e excelentemente dito pelos Colegas que me antecederam. Por outro lado, também já formada a maioria, temos na prática decidida a causa.

Subscrevo, Senhor Presidente, as preocupações externadas nos itens colocados no dispositivo pelo Ministro Menezes Direito e posteriormente adotadas pelo eminente Relator. A técnica utilizada por Sua Excelência para fazer constar do próprio dispositivo. As preocupações que já constavam do voto do eminente Relator, dá efetivamente a esses tópicos o valor de um norte, de uma definição de como proceder e de como encarar a questão de demarcações de terras indígenas, daqui para diante.

Inicialmente pensava, visto que o objeto da ação diz respeito apenas à desconstituição de uma demarcação já realizada, que poderíamos estar excedendo o pedido original. No entanto, as ponderações colocadas pelos Colegas me convencem de que, efetivamente, esse é o melhor caminho a ser seguido pela Corte, ainda mais numa matéria de tanta delicadeza. O Ministro Cezar Peluso mais uma vez o enfatiza ao dizer que não basta apenas a manifestação desta Corte, é preciso que o Estado brasileiro, todo o Estado brasileiro se movimente, se mobilize no resgate dessa dívida ancestral que temos com a população indígena.

Eu analisei, como os Colegas, detidamente, todos os dados carreados aos autos pelas partes e não extraí qualquer elemento que me permitisse chegar à conclusão de que haveria alguma eiva no ato de demarcação, na Portaria e no Decreto que se

Pet 3.388 / RR

seguiram. Portanto, não encontrei, assim como os Colegas, qualquer motivo para amparar o pedido inicial.

Creio ser importante, também, referir - isso já foi feito por meus Colegas - que nunca esteve em questão, salvo em alguns arrazoados que se utilizaram de um argumento **ad terrorem**, a questão da brasilidade dos nossos índios.

Não é demais lembrar que é exatamente de um índio brasileiro, Sepé Tiaraju, a afirmação peremptória de que “esta terra tem dono”. O dono desta terra é o povo brasileiro, seja ele composto por brancos, por negros, por índios, enfim, é ao povo brasileiro que este território pertence e acho que a Corte, com as suas manifestações, sinaliza muito claramente nesse sentido.

Eu, portanto, penso que essa delimitação que foi feita da extensão usufruto que cabe à população indígena sobre terrenos que pertencem e são de propriedade da União é oportuna neste momento.

Acompanho o voto do Relator e dos Colegas que formam com ele a maioria, e também, Senhor Presidente, desde logo, manifesto-me pela cassação da liminar deferida.



10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**V O T O**

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora):
Subcrevo as preocupações externadas nos itens do dispositivo do voto do Min. Menezes de Direito. Essas preocupações, aliás, foram inicialmente colocadas com precisão pelo eminente Relator.

O pedido original desta ação popular diz respeito à desconstituição da demarcação contínua da Reserva Raposa do Sol.

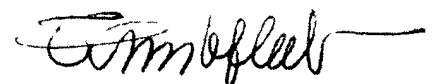
Este é o objeto perseguido por seus autores. Tudo para permitir a permanência, nos interstícios entre diversas parcelas ou “ilhas” destinadas às diversas etnias, de ocupantes não-índios que ali exercem atividades de agricultura e pecuária.

Bem analisados todos os dados carreados aos autos, não extraí outra conclusão que não seja a de perfeita regularidade do processo administrativo de que resultou a demarcação na forma contínua, única apta a garantir a preservação das tradições e modo de vida próprios dos indígenas.

As condicionantes ao exercício do direito de posse pelas populações indígenas sobre as terras de propriedade da União são as que se impõem a todos os brasileiros.

Nunca esteve em questão –, salvo em alguns arrazoados que incorporaram o argumento *ad-terrorem* – a brasilidade dos índios. Tem sido eles, aliás, os primeiros defensores de nossas fronteiras.

Por isso, entendo oportuna a prudência demonstrada pelos em. Ministros que bem delimitam a extensão do usufruto a ser exercido pelas comunidades indígenas. Conseqüentemente, cassada a liminar. Julgo a ação parcialmente procedente, acompanhando o Relator.



10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

VOTO

(S/ CASSAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NA AC 2.009)

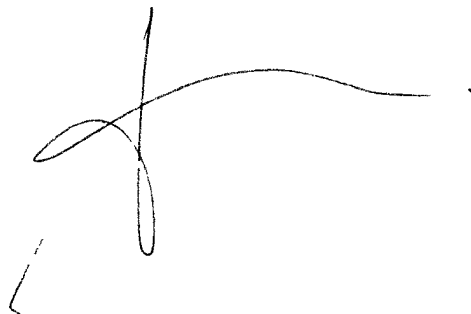
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente,
eu também antecipo o meu voto pela cassação da liminar.



10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**V O T O

(S/ CASSAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NA AC 2.009)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu não me manifestei sobre essa questão, mas também adiro a essa proposta.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'L' shape with a horizontal stroke extending to the right and a vertical stroke extending downwards, with some additional loops and a small mark at the end.

10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

ANTECIPAÇÃO DE VOTO

(S/ CASSAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NA AC 2.009)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, o Ministro Menezes Direito e eu não nos tínhamos manifestado sobre a liminar, porque o Ministro Carlos Britto falou posteriormente sobre ela. Eu também antecipo no sentido de acompanhar o Relator também quanto a este tema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas o Ministro Marco Aurélio está pedindo vista também em relação a isso e a liminar foi concedida no sentido de aguardarmos o julgamento. Vamos aguardar a vista.

10/12/2008**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**

À revisão de aparte do Sr. Ministro Carlos Britto (Relator).

EXPLICAÇÃO**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -**

Gostaria de fazer duas ponderações. Fiquei extremamente impressionado com a manifestação do Ministro Menezes Direito e já ficara, anteriormente, com a manifestação do Ministro Carlos Britto. Mas também tinha várias dúvidas e algumas delas agora ganham densidade e, talvez, comecem a se dissipar, a partir da manifestação do Ministro Cezar Peluso.

Um dos temas que me angustia é o da fidelidade federativa. Tenho a impressão de que é muito difícil, no atual estágio do modelo federativo brasileiro - temos vivenciado algumas discussões, aqui -, aceitar uma prática de demarcação de áreas sem que o Estado e o Município participem desse processo.

Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência vai me desculpar, mas, à guisa de provocação, para que Vossa Excelência possa eventualmente contemplar no voto, até como um processo mnemônico, apenas para compartilhar, acho que este é um ponto extremamente delicado. Não estamos a falar apenas deste caso, como já ficou demonstrado, mas definindo, de alguma forma, o



Pet 3.388 / RR

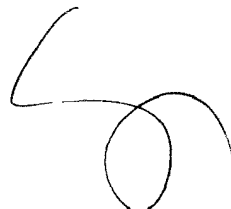
quadro demarcatório que deve vigor a partir desta decisão. Extrair a participação do Estado e do Município desse processo é um tema bastante delicado, senão muito provavelmente inconstitucional.



O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Se Vossa Excelência me permite, a Constituição optou pela demarcação no âmbito exclusivo da União porque, historicamente, Estados e Municípios sempre se contrapuseram às pretensões indígenas da demarcação de área para as populações indígenas, daí porque titularam ilicitamente, expediram títulos não de propriedade, mas de uso, de ocupação. Há uma razão histórica para excluir desse processo os Estados e os Municípios.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Fica um procedimento regulado em lei federal, claro, mas com um direito de participação, imagino que esse seria um ponto para discussão. É claro que vamos encontrar outros exemplos em que os Estados, eles próprios, definiram ou demarcaram áreas indígenas, mas esse é um ponto apenas para reflexão, uma vez que estamos aguardando a manifestação do Ministro Marco Aurélio.

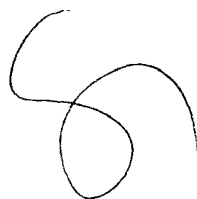
Outro ponto realmente sensível já foi tocado por todos os Ministros, mas agora enfatizado no voto do Ministro



Pet 3.388 / RR

Cezar Peluso: a questão da declaração das Nações Unidas. De fato, podemos dizer que é uma declaração anódina, é uma declaração que não tem nenhum efeito, mas deduzimos que, na verdade, isso daqui a pouco pode formar, como discutimos recentemente, até um bloco de constitucionalidade, daí se extrair consequências extremamente problemáticas para todo o sistema. De modo que tenho a impressão que também aqui o Tribunal deveria tirar uma conclusão, quer dizer, no pronunciamento definitivo realmente afirmar do que se cuida.

Era apenas para fazer essas anotações, vou aguardar o voto-vista do Ministro Marco Aurélio.



10/12/2008

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, quanto à liminar, Vossa Excelência vai proclamar o resultado? Temos sete votos pela concessão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas houve o pedido de vista do Ministro Marco Aurélio. Vamos aguardar.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Houve deliberação, sete votos já pronunciados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A situação, *data venia*, está irreversível, salvo se alguém mudar de posicionamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Quer dizer, nós concedemos a liminar com a possibilidade de aguardar o julgamento, então vamos aguardar o julgamento. Ministro Marco Aurélio certamente trará com a brevidade possível.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, peço a Vossa Excelência para reconsiderar porque nós votamos a matéria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas houve o pedido de vista também em relação à cautelar.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, indagaria a Vossa Excelência se o Plenário ainda é um Colegiado.

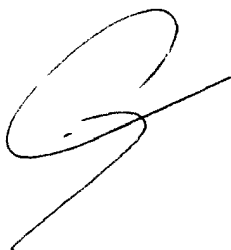
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Excelência, então seria o caso de cassar a vista que pedi do processo. Vossa Excelência propõe a cassação do pedido de vista? Chega a esse ponto, a essa teratologia? Oh, Ministro Carlos Ayres Britto!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não cabe?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Após trinta anos de Colegiado, estou aprendendo com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Eu não entendo como cabe um pedido de vista em uma cautelar, se ela já foi cassada e decidida. É não pedir vista. Seria uma postura de Vossa Excelência. Mas é o Presidente quem decide.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Em relação à cautelar, houve pedido de vista, por isso devemos aguardar. Vamos retomar este julgamento no início do próximo ano quanto a esse aspecto.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****PETIÇÃO 3.388-4**

PROCED.: RORAIMA

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQTE.(S): AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

ADV.(A/S): CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS

ASSIST.(S): FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI

ADV.(A/S): ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTROS

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

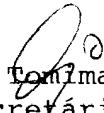
Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem, proposta pelo Relator, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, na posição de assistentes da União, todos eles recebendo o processo no estado em que se encontra. Em seguida, após o voto do Relator, julgando improcedente a ação popular, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo assistente Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, o Dr. Antônio Glaucius de Moraes; pelo Estado de Roraima, o Dr. Francisco Rezek; pelos assistentes Lawrence Manly Harte e outros, o Dr. Luiz Valdemar Albrecht; pela União e pela assistente Fundação Nacional do Índio - FUNAI, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; pela assistente Comunidade Indígena Socó, o Dr. Paulo Machado Guimarães; pelas assistentes Comunidade Indígena Barro e outras, a Dra. Joenia Batista de Carvalho, e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 27.08.2008.



Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Menezes Direito, que julgava parcialmente procedente a ação para que sejam observadas determinadas condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras, nos termos de seu voto, o Tribunal, contra o voto do Senhor Ministro Celso de Mello, deliberou prosseguir no julgamento do processo, tendo em conta o pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Marco Aurélio. Em continuação ao julgamento, após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia e dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e da Senhora Ministra Ellen Gracie, que julgavam parcialmente procedente a ação popular para que sejam observadas as mesmas condições constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas da Ministra Cármen Lúcia, quanto aos itens X, XVII e XVIII, e o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente, o Senhor Ministro Carlos Britto (Relator) reajustou o seu voto para também adotar as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas em relação ao item IX, para excluir a expressão "em caráter apenas opinativo" e inserir as palavras "os usos" antes da expressão "tradições e costumes dos indígenas", e propôs a cassação da medida cautelar concedida na AC nº 2.009-3/RR, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski. Em seguida, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, ocasionalmente, na segunda parte da sessão, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.12.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza e o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário

18/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****VOTO-VISTA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ação popular ajuizada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto em face da União, pleiteando a declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, em que definidos os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Sustenta, em síntese, que o ato derivou de procedimento de demarcação viciado e ofende os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal.

A competência do Supremo foi fixada no julgamento da Reclamação nº 2.833-0/RR, da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto. Na ocasião, com fundamento no artigo 102, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal, assentou-se caber a esta Corte julgar as lides envolvendo a questão da nulidade do processo demarcatório da Reserva Raposa Serra do Sol, presente o resguardo do patrimônio público do Estado de Roraima, tendo sido cassadas liminares anteriormente formalizadas.



Pet 3.388 / RR

Em seguida, considerada a revogação da Portaria nº 820/98 e a edição da Portaria nº 534/05, a competência veio a ser novamente assentada. Confiram:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 534/05, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA.

Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea "f" do inciso I do art. 102 da Lei Maior). Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 534/05, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. Reclamação procedente.

(Reclamação nº 3.331-7/RR, acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de novembro de 2006)

O Tribunal, em 9 de abril de 2008, apreciando pedido de liminar na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR, suspendeu as operações policiais cujo objetivo fosse a retirada dos brasileiros não-índios da parte da reserva indígena Raposa Serra do Sol ainda ocupada por eles.

A) DOS ATOS IMPUGNADOS

Segundo a inicial, em 11 de dezembro de 1998, o Ministro da Justiça editou a Portaria nº 820, com o propósito de declarar os limites da terra indígena situada na área denominada

Pet 3.388 / RR

Raposa Serra do Sol, determinando a demarcação, nos termos do artigo 2º, § 10, inciso I, do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

A referida Portaria acabou substituída pela de nº 534, de 13 de abril de 2005, posteriormente homologada por Decreto de 15 de abril de 2005. Eis os principais dispositivos do ato (folha 26 a 28):

PORTARIA Nº 534, DE 13 DE ABRIL DE 2005

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, observando o disposto no Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, e com o objetivo de definir os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e

Considerando que a Portaria MJ nº 820/98 não contempla solução para questões de fato controvertidas ressalvadas no Despacho nº 50, de 10 de dezembro de 1998, do então Ministro da Justiça;

Considerando ser conveniente e oportuno solucionar, de modo pacífico, situações de fato controvertidas ressalvadas no referido Despacho nº 50;

Considerando que os atos praticados com fundamento na Portaria MJ nº 820, de 11 de dezembro de 1998, são válidos e devem ser aproveitados;

Considerando que o Parque Nacional do Monte Roraima pode ser submetido, por decreto presidencial, a regime jurídico de dupla afetação, como bem público da União destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios que ali vivem;

Considerando que o Decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002, assegura a ação das Forças Armadas, para defesa do território e da soberania nacionais, e do Departamento de Polícia Federal, para garantir a segurança, a ordem pública e a proteção dos direitos constitucionais dos índios, na faixa de fronteira, onde se situa a Terra Indígena Raposa Serra do Sol;

Considerando, por fim, o imperativo de harmonizar os direitos constitucionais dos índios, as condições indispensáveis para a defesa do território e da soberania nacionais, a

Pet 3.388 / RR

preservação do meio ambiente, a proteção da diversidade étnica e cultural e o princípio federativo; resolve:

Art. 1º Ratificar, com as ressalvas contidas nesta Portaria, a declaração de posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana sobre a Terra Indígena denominada Raposa Serra do Sol.

Art. 2º A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com superfície de um milhão, setecentos e quarenta e três mil, oitenta e nove hectares, vinte e oito ares e cinco centiares e perímetro de novecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e noventa e nove metros e treze centímetros, situada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, Estado de Roraima, está circunscrita aos seguintes limites: [...]

Art. 3º A terra indígena de que trata esta Portaria, situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, § 2º, da Constituição.

Art. 4º Ficam excluídos da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

I - a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã, Estado de Roraima;

II - os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes;

III - o núcleo urbano atualmente existente da sede do Município de Uiramutã, no Estado de Roraima;

IV - as linhas de transmissão de energia elétrica; e

V - os leitos das rodovias públicas federais e estaduais atualmente existentes.

Art. 5º É proibido o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não-índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvadas a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios.

Parágrafo único. A extrusão dos ocupantes não-índios presentes na área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol será realizada em prazo razoável, não superior a um ano, a partir da data de homologação da demarcação administrativa por decreto presidencial.

Pet 3.388 / RR

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

**B) DOS VÍCIOS PROCESSUAIS DA AÇÃO POPULAR NO ÂMBITO
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Inicialmente, faz-se necessário trazer ao conhecimento deste Plenário questões de ordem pública relativas ao trâmite da ação popular. Considero tais questões de extrema relevância, sendo inclusive uma das razões pelas quais formulei o pedido antecipado de vista, frustrado ante o fato de os integrantes que votam normalmente anteriormente a mim não terem consentido, anunciando o convencimento a respeito do momentoso tema e quebrando, com isso, uma tradição do Tribunal: em face de pedido antecipado de vista, aguardarem, para votar, os demais.

Antes de tudo, repito o que já frisei em outras ocasiões: o Supremo tem a guarda da Constituição e não pode despedir-se desse dever, imposto de forma expressa pelo Constituinte de 1988, sob pena de a história cobrar-lhe as consequências da omissão, de comprometimento da própria credibilidade. No sempre oportuno dizer do ministro Néri da Silveira, o Supremo é órgão da República, última trincheira do cidadão, comprometido com os

Pet 3.388 / RR

princípios caros a Estado que se diga organizado, a Estado de Direito, responsável, enfim, pela palavra final sobre conflitos de interesses que se lhe apresentam para julgamento. Eis a melhor síntese sobre o primordial papel do Tribunal. Paga-se um preço por se viver em uma democracia e ele não é exorbitante, mas módico, encontrando-se ao alcance de todos os homens de boa vontade. Implica apenas o respeito irrestrito ao arcabouço normativo.

DA NECESSIDADE DE CITAÇÃO DAS AUTORIDADES QUE EDITARAM A PORTARIA Nº 534/2005 E O DECRETO HOMOLOGATÓRIO

Inicialmente, cumpre verificar o que apontado no memorial distribuído pelo ex-ministro Maurício Corrêa:

Cuida-se de ação popular cujo objeto é a anulação da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, que promoveu a demarcação da reserva indígena *Raposa Serra do Sol*, em Roraima. Permita apresentar algumas considerações sobre o tema.

2. Na linha do que foi suscitado pelo ilustre Advogado-Geral da União em sua sustentação oral, cumpre chamar a atenção, de início, para a inadequada composição do pólo passivo da demanda. Na forma do artigo 6º da Lei nº 4.717/65 c/c 47 do CPC, a ação popular será proposta contra a pessoa jurídica de direito público e as autoridades que houverem praticado o ato.

3. Entretanto, apenas a União foi intimada a contestar a ação, faltando integrar a lide o senhor Márcio Thomaz Bastos, ministro da Justiça que editou a Portaria, e o senhor Luiz Inácio Lula da Silva, Presidente da República que, com aquele, assinou o decreto homologatório respectivo.

Pet 3.388 / RR

4. Trata-se de litisconsórcio passivo necessário legal cuja formação é pressuposto de validade da relação processual. Por revelar matéria de ordem pública, afeta às condições da ação, pode ser deduzida até mesmo de ofício e em qualquer fase processual.

Sim, acertado é o argumento. De acordo com o artigo 6º da Lei nº 4.717/65, "a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo".

Pelo que consta do sítio do Supremo, o que confirmei no exame do processo, as partes da presente ação são as seguintes:

PARTES

Categoria	Nome
REQTE.(S)	AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV.(A/S)	CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS
ASSIST.(S)	FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADV.(A/S)	ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS
REQDO.(A/S)	UNIÃO
ADV.(A/S)	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Com efeito, é incontroverso ser múltipla, no âmbito da ação popular, a legitimação passiva, formando-se litisconsórcio necessário composto: (a) pelas pessoas cujo patrimônio se pretende proteger; (b) por aqueles que se diz haverem causado a lesão aos

Pet 3.388 / RR

bens tutelados: autoridades públicas, funcionários, entre outros; e
(c) pelos beneficiários diretos do ato ou da omissão.

Colho trecho do voto proferido pelo ministro Carlos
Madeira - maranhense a quem sucedi nesta cadeira - no Recurso
Extraordinário nº 116.750-5/DF, em que abordado o tema:

[...] As autoridades a que faz menção o artigo 6º da
Lei 4.717 são quaisquer autoridades - legislativas, inclusive -
e têm de ser citadas; quanto a isso, não há dúvida (RDA
85/399).

José Afonso da Silva também sustenta que a lei não
discrimina. "Qualquer autoridade, portanto - diz ele - que
houver participado do ato impugnado - autorizando-o, aprovando-
o, ratificando-o ou praticando-o - deverá ser citada para a
demanda popular, que vise anulá-lo. Assim, desde as autoridades
mais elevadas até as de menor gabarito estão sujeitas a
figurarem como rés no processo da ação popular. Nem mesmo o
Presidente da República, ou o do Supremo Tribunal Federal, ou
do Congresso Nacional está imune de ser réu, nesse processo"
(Ação Popular Constitucional, 1968, p. 197).

Trago a lição de Hely Lopes Meirelles, em obra
atualizada pelo Professor Arnaldo Wald e pelo Presidente da Corte,
ministro Gilmar Mendes¹:

[...] Deverão ser citadas para a ação,
obrigatoriamente, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas,
em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado e mais as
autoridades, funcionários ou administradores que houverem
autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o
ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos,
tiverem dado oportunidade à lesão, como também os beneficiários
diretos do mesmo ato ou contrato (art. 6º). [...]

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30ª edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar
Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros. p. 135.

Pet 3.388 / RR

Em qualquer caso, a ação deverá ser dirigida contra a entidade lesada, os autores e participantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público. É o que se infere do disposto no art. 6º, § 2º.

[...]

Faz relevante verificar a redação dos artigos 6º e 7º da Lei nº 4.717/65 e 47 do Código de Processo Civil:

Art. 6º. [...] A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no Artigo 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Art. 7º. A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código do Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

[...]

§ 2º [...]

[...]

III - Qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas. Salvo quanto a beneficiário, se a citação se houver feito na forma do inciso anterior;

.....

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Pet 3.388 / RR

A jurisprudência está sedimentada no sentido de que se trata de litisconsórcio passivo necessário e a falta de citação de qualquer servidor ou autoridade partícipes do ato ou contrato impugnado é causa de nulidade do processo².

Descabe entender que a citação de pessoa jurídica central - a União - dispensa a das autoridades envolvidas na prática do ato atacado, isso considerados os efeitos de uma possível sentença condenatória - artigos 11 e 18 da Lei nº 4.717/65.

Então, cumpre já aqui sanear o processo, citando-se como réus desta ação popular o Ministro de Estado da Justiça e Sua Excelência o Presidente da República.

Continuo na abordagem de outros aspectos instrumentais da maior relevância, consignando ser o processo não a forma pela forma, mas liberdade em sentido maior, saber o que pode acontecer na tramitação de uma causa, abrindo-se oportunidade de defesa àqueles cujas situações jurídicas, constituídas, legitimamente ou não, possam ser alcançadas por ato coercitivo do Estado-Juiz.

O direito de defender-se é, antes de mais nada, um direito natural, senão a mola-mestra do processo - o contraditório -,

² *Idem. Ibidem.* Acórdãos citados: TJSC, ApC nº 01.001230-3, Rel. Des. César Abreu, RT 796/392; TJRJ, ApC nº 4.367/96, Rel. Des. Amaury Arruda de Souza, RF 364/360, e TRF-4ª R. ApC nº 2001.70.00.000102-3-PR, Rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, RePro 131/219.

Pet 3.388 / RR

reveladora de predicado da dignidade do homem, fundamento que tenho como síntese dos demais previstos, também, no artigo 1º da Carta Federal. Sem ele não é dado falar em soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Do homem para o homem há de ser a tônica da vida pública, da vida gregária, a interpretação inafastável do arcabouço normativo pátrio.

AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO ESTADO DE RORAIMA E DOS MUNICÍPIOS DE UIRAMUTÃ, PACARAIMA E NORMANDIA - TRANSGRESSÃO DOS ARTIGOS 1º E 6º DA LEI Nº 4.717/1965 - LEI DA AÇÃO POPULAR

O Estado de Roraima não foi citado para integrar a lide. Tampouco o foram os Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia, cujas áreas geográficas estão em jogo neste processo.

O Tribunal já reconheceu a natureza singular da substituição processual, conquanto o cidadão, em ação popular de competência originária do Supremo, atue defendendo o interesse de ente federado em face de ato lesivo praticado pela União. Confirmam a ementa do acórdão relativo à Reclamação nº 424-4/RJ, relator ministro Sepúlveda Pertence, publicada no Diário da Justiça de 6 de junho de 1996:

Pet 3.388 / RR

Ação popular: natureza da legitimação do cidadão em nome próprio, mas na defesa do patrimônio público: caso singular de substituição processual.

II. STF: competência: conflito entre a União e o Estado: caracterização na ação popular em que os autores, pretendendo agir no interesse de um Estado-membro, postulam a anulação de decreto do Presidente da República e, pois, de ato imputável à União.

No precedente, é certo, reconheceu a Corte a desnecessidade de o ente público titular do patrimônio lesado compor a relação processual, malgrado sujeito da lide, considerada a substituição pelo autor popular.

Não posso, porém, compactuar com tal orientação. A legitimação não se faz unilateral - do substituto processual -, mas concorrente. O particular deve, sim, buscar, mediante ação popular, a preservação da coisa pública, mas esse fato não afasta a necessidade de, a todos os títulos, vir a Juízo a pessoa jurídica de direito público a que a citada coisa pública se faça vinculada. Não pode ser outra a conclusão: mostra-se indispensável para a correta formação do processo que o ente dito alcançado pelo ato lesivo apontado como nulo figure na relação subjetiva processual. Considerem o disposto nos artigos 1º e - mais uma vez - 6º da Lei nº 4.717/1965:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos

Pet 3.388 / RR

Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União representa os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

[...]

Art. 6º. A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades **referidas no art. 1º**, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Vejam que, na espécie, alega-se lesividade a atingir o patrimônio do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima, presente demarcação a acarretar a premissa de as terras pertencerem à União. Reafirmo: argui-se lesão, decorrente de ato praticado pela União, a interesse e patrimônio daqueles entes. Resta claro, assim, que a ação deveria ter sido proposta também contra as referidas Unidades da Federação, onde está situado o patrimônio questionado, para que ou defendessem o ato da União, ou assumissem o polo ativo e pleiteassem, em reforço à posição do autor inicial, a nulidade respectiva.

Pet 3.388 / RR

Tal conclusão encontra amparo na doutrina, conforme já mencionado³:

Em qualquer caso, a ação deverá ser dirigida contra a entidade lesada, os autores e participantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público. É o que se infere do disposto no art. 6º, § 2º.

Esse enfoque é substancial considerado o fato de o Estado apenas ter ingressado no processo - sendo admitido não como parte, mas como assistente - depois de finda a instrução, a fase probatória, e os Municípios jamais haverem composto a lide. Eis a visão do relator, no voto proferido:

14. Dois dias depois (07.05.2008), foi a vez do Estado de Roraima fazer idêntico movimento, na outra ponta do processo (petição nº 64.182). Pelo que, ao cabo de 120 (cento e vinte) laudas de minuciosa exposição e escorado em abundantes cópias de documentos, aquela unidade federativa também requereu "seu ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência de litisconsórcio necessário..., possibilitando, assim, a defesa de seu patrimônio (fls. 5.138/9.063, Volumes 20/36)." Defesa que animou o peticionário a fazer um retrospecto de todos os atos e episódios que confluíram para a demarcação, de forma contínua, da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Tudo a compor um processo administrativo que estaria crivado de nulidades formais e materiais, já apontadas na inicial.

15. Não é só. O Estado roraimense houve por bem agregar novos fundamentos à causa do autor popular e seu assistente, assim resumidos: a) inconstitucionalidade do Decreto nº 22/91; b) nulidade da ampliação da área indígena cuja demarcação demandaria feitura de lei; c) impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais; d) ofensa ao princípio da proporcionalidade; e) necessidade de audiência do Conselho

³ Idem. Ibidem.

Pet 3.388 / RR

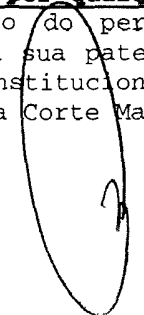
de Defesa Nacional; f) impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por simples decreto presidencial.

16. Nessa mesma toada de intermináveis dissensos é que foram assentados novos pedidos, aplicáveis a "qualquer demarcação de terras indígenas", a saber: a) adoção da forma descontínua, ou em "ilhas"; b) a exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; c) exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras titulas pelo INCRA antes de 1988; e) exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Contigo e do Parque Nacional de Monte Roraima. Imprescindível anotar que tais postulações fazem parte das causas de pedir do autor, a exigir uma única solução jurídica: a nulidade da portaria do Ministério da Justiça.

17. Por último, o Estado requereu a expedição de ordem à União para que ela se abstivesse "de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental, etc."

Ora, dessa maneira, a Unidade da Federação, não teve os pleitos especificamente levados em conta, ante a admissão na lide não como litisconsorte necessário, mas como assistente. Colho esta conclusão do voto do relator, proferido em questão de ordem que culminou na admissão do Estado:

28. Sem embargo, tenho que o pedido dos retardatários é passível de acolhimento, desde que na moldura menor da assistência, apanhando eles a causa no estado em que ela se encontra. Logo, sem novos fundamentos, pedidos inéditos, tentativas de reabertura da instrução, sem prejuízo, é lógico, da análise das questões de ordem pública trazidas por qualquer deles. Até para evitar desnecessário alongamento do perfil instrutório de uma causa que, torno a dizer, pela sua patente repercussão político-social e elevada estatura constitucional, está a exigir pronta resposta decisória desta nossa Corte Maior de Justiça.



Pet 3.388 / RR

Assim também se pronunciou o ministro Menezes Direito, em voto-vista - após análise, portanto, dos 51 volumes a encerrarem este processo:

Quanto ao Estado de Roraima, sua manifestação e seus argumentos tampouco deixaram de ser observados no processamento e vêm sendo apreciados no julgamento desta ação. Como assistente não poderá, porém, formular outros pedidos.

Ainda que se pudesse defender a inutilidade de o Estado de Roraima figurar como litisconsorte necessário desde o início da demanda e a pertinência da admissão como assistente - enfoque cogitado apenas a título de argumentação -, é certo que o interesse revela-se público e notório, observada a área substancial em jogo - cerca de 7,79% do território estadual -, tendo inclusive sido reconhecido pelo Plenário no julgamento da Reclamação nº 3.331-7/RR, da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto - com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de novembro de 2006. Há expressa menção na ementa, confirmam:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 534/05, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea "f" do inciso I do art. 102 da Lei Maior). Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 534/05, do Ministério da Justiça.

Pet 3.388 / RR

Também incumbe a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. Reclamação procedente.

Para fins de registro, colho ainda trecho do voto do relator:

9. No fluxo dessa compreensão das coisas, é de se reconhecer que a impugnação da validade jurídica da citada Portaria nº 534/05, do Ministério da Justiça, acarreta:

a) uma peculiar situação **menoscabado da competência constitucional que detém a União** para efetuar os procedimentos de demarcação das áreas indígenas (CF, art. 231);

b) lesão ao **princípio da homogeneidade federativa**, este a significar a costura da conciliação possível de interesses entre pessoas estatais que se dotam de autonomia política.

Esta é mais uma matéria pendente de exame, a merecer pronunciamento explícito do Tribunal. Antes, recordem a origem da conclusão sobre a competência do Supremo nesse campo da exceção revelado pela ação popular - a existência de um considerável conflito federativo, vale dizer, um conflito entre a União e uma unidade a compor a Federação, o Estado de Roraima, presentes os Municípios atingidos em seus limites territoriais pela demarcação verificada. Como, então, deixar de citá-los para, até mesmo, figurarem na ação popular aderindo ao autor como previsto no § 3º do artigo 6º da Lei nº 4.717/65. Salta aos olhos a destinação, no campo das consequências e facilidades processuais, em admiti-los como

Pet 3.388 / RR

partes ou como assistentes, apanhando o processo, neste último caso, no estágio em que se encontrava, ou seja, quando já encerrada a instrução. A organicidade instrumental está capenga, ferida de morte, incidindo o paradoxo acima referido - a admissibilidade do conflito federativo sem que formada a devida relação processual, sem que, até aqui, o Estado, já não falo dos Municípios, figure como parte propriamente dita.

Há de chamar-se o processo à ordem, reabrindo-se, na extensão cabível, a instrução processual, sob pena de grassar a balbúrdia, sob pena de, sem ouvirem-se as partes interessadas, titulares de direitos, viabilizados os meios de prova visando a revelá-los, ter-se, mesmo assim, sentença a elas oponível.

DA AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO OPORTUNA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INSTRUÇÃO DA AÇÃO POPULAR

Conforme a doutrina de Hely Lopes Meirelles, na citada obra atualizada, "o Ministério Público tem posição singular na ação popular: é parte pública autônoma incumbida de velar pela



Pet 3.388 / RR

regularidade do processo, de apressar a produção de prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados." ⁴

Assim, o Ministério Público deve ser intimado pessoalmente, desde o nascedouro da ação, sob pena de nulidade⁵. Eis o que preceitua o § 4º do artigo 6º da Lei nº 4.717/1965:

Art. 6º [...]

[...]

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção de provas e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

Vale conferir a lição de Geisa de Assis Rodrigues⁶ sobre o papel do Ministério Público na ação popular:

O que significa ter uma posição ativa em favor do autor popular? Significa produzir as provas necessárias para a demanda, fiscalizar o cumprimento das requisições judiciais de certidões e informações, responsabilizar os que não atenderem aos pleitos judiciais na ação popular, responsabilizar criminalmente aqueles cujos delitos ficarem demonstrados no curso da ação popular, recorrer das decisões que contrariarem o interesse público, aditar a inicial, requerer a liminar de suspensão do ato lesivo, requerer a antecipação de tutela, propor medida cautelar incidental, não recorrer das decisões favoráveis ao cidadão, não pleitear a suspensão da liminar concedida.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30ª edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo. Malheiros. p. 135-135. Nesse sentido ainda RJTJESP 114/188

⁵ Ação Popular. Revista de Processo, 32/163. Citado por RODRIGUES, Geisa de Assis. *Da Ação Popular*. Texto incluído na obra *Ações Constitucionais*. Organizada por Fredie Didier Jr. Jus Podivm: Rio de Janeiro. 2006. p. 242.

⁶ *Idem Ibidem*.

Pet 3.388 / RR

Mediante análise do processo, constato ter sido o Ministério Público intimado a manifestar-se apenas à folha 388, quando já finda a instrução processual. Em outras palavras, não houve o acompanhamento da instrução probatória nem a abertura de vista para eventual pedido de produção de provas.

Deve-se frisar o envolvimento de direito indisponível. Tanto é assim que a lei impõe a participação do Ministério Público com abrangência maior. Vale dizer: o fato de não haver se insurgido contra a irregularidade, vindo a oficiar de forma simplesmente opinativa, não convalida a situação jurídica. Cumpre, então, sanear o processo, sob pena de desprezo à ordem jurídica, à organicidade do Direito. Uma coisa é a manifestação final ocorrida, silenciando o Ministério Público quanto ao fato de não haver sido intimado para acompanhar a totalidade da tramitação do processo requerendo o que entendesse cabível, outra é olvidar os parâmetros que o compelem ao abandono do campo do simples parecer.

Também aqui se verifica o desatendimento de formalidade essencial, implicando a inobservância do devido processo legal tão próprio à ação popular. Mais um defeito a ser sanado.

AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DAS ETNIAS INDÍGENAS

Pet 3.388 / RR

Nos termos do artigo 6º da Lei nº 4.717/1965, a ação popular será proposta também contra os beneficiários diretos do ato lesivo. Trata-se, da mesma maneira, de litisconsórcio passivo necessário:

Sendo beneficiário, litisconsorte necessário do ato de provimento que se pretende ineficacizar, é nulo, 'ab initio', o processo em que não foi citado para o contraditório e defesa, podendo essa nulidade ser postulada pelo Ministério Público (RSTJ 43/332)⁷.

É inegável serem as comunidades indígenas, de início, beneficiárias do ato de demarcação. Tanto são que, consoante o § 3º do artigo 2º do Decreto nº 1.775/1996, mostra-se necessária a participação do grupo indígena envolvido, segundo as formas próprias, em todas as fases do processo de demarcação:

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

No curso do processo, as comunidades requereram o ingresso na qualidade de litisconsortes. O Plenário, porém, admitiu a intervenção apenas na condição de assistentes. Confirmam trecho do voto do ministro Menezes Direito:

No caso, e considerando que as comunidades indígenas envolvidas, ainda que não citadas como rés, intervieram no processo na qualidade de assistentes, produzindo provas e manifestando-se com os múltiplos argumentos que souberam tão bem apresentar, não se verifica

⁷ Trecho de acórdão citado por Theotonio Negrão na obra *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 38ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 1119.

Pet 3.388 / RR

nenhum prejuízo à sua defesa que imponha a desconsideração de todo o processado até aqui.

[...]

Nessa linha, acompanhando o Relator, voto pelo indeferimento dos requerimentos de integração na forma de litisconsórcio necessário, mas defiro as manifestações de todos na qualidade de assistentes. Diga-se que esse tema já ficou antes assentado em questão preliminar na anterior assentada.

Pois bem, imaginem se a presente ação for julgada procedente, anulando-se o processo demarcatório, não haverá clara nulidade, considerada a ausência da participação dos beneficiários, como litisconsortes? Não é porque o julgamento caminha no sentido da improcedência do pedido que será afastada a observância irrestrita das regras de direito processual, as quais visam, em última análise, a proteger as partes, dando credibilidade ao pronunciamento jurisdicional.

Ante o quadro, faz-se necessária a citação de entidades representativas das cinco etnias existentes na reserva Raposa Serra do Sol, sob pena de nulidade do processo.

AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVAS

Convém apontar, da mesma forma, ter o relator, por meio do despacho de folha 356, aberto vista às partes para especificação de provas, no prazo de dez dias. Apenas se manifestou a União, afirmando não ter nada a requerer a tal título,

Pet 3.388 / RR

preconizando o julgamento antecipado da lide (folha 361). Certidão acostada à folha 362 atesta o silêncio dos autores populares.

Em seguida, à folha 363, o relator abriu vista às partes para alegações finais. O autor popular e o assistente Senador Mozarildo Cavalcanti, que já não haviam apresentado réplica (folha 345), permaneceram silentes também nessa fase processual (folha 388). Ou seja, até o fim da instrução e a abertura do prazo para razões finais (certificada à folha 362 do volume 2 de um processo que contém 51 volumes), as únicas peças processuais trazidas pelos autores populares, defensores dos interesses do Estado de Roraima e dos Municípios, foram a petição inicial e o recurso de agravo dirigido contra decisão do relator indeferindo medida liminar.

Noto estar a tese relativa à arguição da nulidade do processo demarcatório, veiculada na inicial, assentada nas conclusões de:

(a) laudo pericial produzido no âmbito da ação popular ajuizada por Silvino Lopes da Silva e outros (Processo nº 1999.42.00.000014-7), que tramitou perante a 1ª Vara da Justiça Federal em Roraima, não chegando a ter o mérito apreciado por perda de objeto;

Pet 3.388 / RR

(b) documento intitulado "Relatório Parcial da Comissão Temporária Externa do Senado Federal sobre a Demarcação de Terras Indígenas - Área Indígena Raposa/Serra do Sol".

Eis a conclusão dos peritos do Juízo (folha 6245, volume 24):

O que restou provado com esta Perícia é que a FUNAI apresentou e aprovou um relatório completamente inadequado, incorreto, incompleto, e com vícios insanáveis, para a demarcação da Área Indígena Raposa Serra do Sol, induzindo o Ministro da Justiça ao erro em baixar a Portaria 820/98.

Dessa maneira, mesmo diante de notícia segundo a qual laudo pericial confeccionado a pedido do Juízo Federal de Roraima atestara a existência de nulidades no processo demarcatório, servindo de embasamento para os pedidos dos autores populares, e relatório elaborado pelo Senado da República revelara conclusões no mesmo sentido - e, cumpre acrescentar, a Câmara dos Deputados também assim se pronunciou em documento oficial -, constato não ter sido determinada, no Supremo, a produção de prova pericial para averiguar as nulidades alegadas.

A teor do artigo 130 do Código de Processo Civil, mesmo diante da omissão das partes, compete ao juiz determinar as provas necessárias para a adequada instrução do processo, o que se dirá quando envolvida a coisa pública em extensão inigualável:

Pet 3.388 / RR

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Trago a lição de Luiz Rodrigues Wambier e Evaristo Aragão Santos, em que concluem não poder o exercício dos poderes instrutórios ser considerado mera faculdade do órgão julgante, mas um dever, ante a necessidade de conduzir o procedimento da maneira mais idônea possível, sempre com o intuito de obter a efetiva tutela do direito material⁸:

Existindo nos autos quaisquer elementos (dados em geral ou, mesmo, indícios, enquanto fato provado) que apontem de maneira objetiva (isto é, que não dependam da avaliação subjetiva do juiz, mas surjam nos autos de maneira perceptível a qualquer julgador) para desdobramentos capazes de alterar o rumo do convencimento, sua apuração é medida que se impõe ao órgão judicial. Mesmo porque, não podemos esquecer, está no seu estrito âmbito de atuação a avaliação das provas a partir de todos os "fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes" (CPC, art. 131).

Esses elementos muitas vezes são descritos como formadores de uma situação de perplexidade do juiz diante do material probatório formado nos autos. O problema é que tal vocábulo acaba passando a impressão de que se trataria de situação esdrúxula, aberrante mesmo e que, apenas assim, autorizaria sua correção de ofício. Em nosso sentir, no entanto, a existência desses elementos objetivos inexplorados (ou desconsiderados) no contexto fático dos autos até não deixa de ser gerador de alguma perplexidade. No entanto, para tê-la por configurada (a tal perplexidade), bastará que o julgador se veja "diante das provas contraditórias confusas ou incompletas". Nada mais exorbitante do que isso.

⁸ Trecho transcrito a partir de artigo redigido por Luiz Rodrigues Wambier e Evaristo Aragão dos Santos, denominado "Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória e o ônus da parte de provar", publicado na obra *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo: Saraiva. 2008. p 162.

Pet 3.388 / RR

Esse poder do juiz apresenta-se diferenciado na ação popular, nos termos da lição de Arruda Alvim, destacado o papel ativo do juiz na produção de provas em demanda dessa natureza:

Nesta lei, examinada a letra b, do art. 7, I, verificamos serem bem amplos os poderes do Juiz. Pois, além de solicitado na petição inicial, e, na defesa, o Juiz tem poderes e outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento do fato. E temos o texto que outorga, em nome do interesse público e da defesa do patrimônio público, maiores poderes para o juiz, que aqui, no nosso entender, pode agir com maior liberdade, diversamente do que ocorre no CPC. Coloca-se o juiz numa postura mais envergadamente inquisitória.⁹

É indubitosa a necessidade de produção da perícia, prova essa que deveria ter sido determinada de ofício, consideradas a omissão das partes, a falta de atuação do Ministério Público bem como a notícia, na petição inicial, de laudo pericial confeccionado a pedido do Juízo Federal de Roraima e de documento oficial do Senado nos quais apontadas nulidades no processo demarcatório.

No âmbito do Supremo e especificamente em relação à demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, existe precedente do

⁹ Ação Popular Revista de Processo, 32/163 Citado por RODRIGUES Geisa de Assis **Da Ação Popular**. Texto incluído na obra *Ações Constitucionais* Organizada por Fredie Didier Jr Jus Podivm Rio de Janeiro 2006 p 243-244

Cita-se, ainda, o seguinte acórdão Processual Civil Ação Popular Requisição de Documentos 1 - Na ação popular, ao contrário do procedimento do mandado de segurança, cabe ao juiz requisitar de ofício ou a requerimento do autor popular os documentos necessários a comprovação dos fatos alegados na inicial independentemente de prova de recusa da repartição pública ou da autoridade que os detém 2 -

Pet 3.388 / RR

Plenário, relatado pelo ministro Carlos Ayres Britto, em que não se acolheu pedido formulado em mandado de segurança, ante a inadequação da via eleita, assentando-se a necessidade de dilação probatória para a delimitação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico. Confiram:

MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. [...]

(Mandado de Segurança nº 25.483-1/DF, relator ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, Diário da Justiça de 14 de setembro de 2007)

Abaixo, transcrevo trecho do voto condutor do julgamento:

[...]

16. Com efeito, as alegações de que as terras ocupadas pelos impetrantes estão cercadas por terras indígenas, mas lhe são independentes; o Laudo Antropológico não se pautou pelo rigor científico necessário; os impetrantes entraram na posse das terras na ausência de índios, tudo isso é questão a ser discutida nas ações ordinárias. Noutro modo de dizer as coisas, os fundamentos da inicial que giram ao redor da extensão das fazendas, do ingresso dos impetrantes nas terras, da ocupação pelos índios e do laudo

Recurso parcialmente provido. 3. Decisão que se reforma em parte. (TRF - 1ª Região, Agravo de Instrumento - 01250107, 1ª T., DJU: 20/03/1997, pg. 16314, Juiz Paluto Ribeiro).

Pet 3.388 / RR

antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação) são próprios das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios.

17. Nesse mesmo ritmo argumentativo, tenho que a alegação de que o procedimento de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol ofende o direito adquirido às áreas possuídas de boa-fé e com justo título também implica o olhar atento do exegeta para um quadro fático extremamente impreciso. Afinal, fixar o perímetro das terras pleiteadas exige o ingresso num vasto campo empírico. Campo, esse, timbrado por documentos, laudos periciais, supostos títulos possessórios e testemunhas, por exemplo. Sendo assim, naquilo que toca as questões até aqui aventadas, não conheço da impetração, dada a evidente inadequação da via eleita.

[...]

Em última análise, há clara contradição entre as conclusões dos referidos julgados. No primeiro, o Tribunal indeferiu a segurança assentando a necessidade de farta instrução probatória na via ordinária para solução da controvérsia e, na ação popular, seara própria, deixou de determinar a produção de qualquer prova, seja pericial ou testemunhal, apontando o tema como exclusivamente de Direito. Assim não o é. Ao que tudo indica, o relator de ambos os processos mudou de entendimento sem informar, ao menos de modo explícito e a convencer, a razão. Mas soberano é o Plenário e não qualquer dos integrantes por mais douto que seja.

Assentada de maneira definitiva a orientação do Supremo no caso em exame - estando em jogo tema impregnado da maior importância jurídica, econômica e social, presente a determinação de imediata retirada de todos os cidadãos não-índios das terras demarcadas, brasileiros ou não, tal como consta no voto do relator -, a conclusão implicará, na prática, a impossibilidade de os

Pet 3.388 / RR

interessados terem apreciadas as pretensões arguidas em outros processos, perdendo, sem serem ouvidos, o direito ao uso de todas as ferramentas de prova.

Impõe-se a colheita de prova, inclusive a testemunhal, sobretudo para identificar as razões pelas quais somente a antropóloga Maria Guiomar de Melo subscreveu o laudo antropológico, não havendo a anuência dos demais integrantes do Grupo Técnico constituído. Também cumpre verificar se, de fato, as pessoas nomeadas para compor o Grupo Técnico detinham, ou não, conhecimento especializado.

Acresce ter o ministro Menezes Direito solicitado, junto à FUNAI, a elaboração de um mapa, o qual passou a constituir parte integrante do voto proferido, com a indicação da área que os índios utilizariam para a subsistência. Confirmam:

Um mapa elaborado pela FUNAI a meu pedido, e que junto a este voto, passando a constituir parte integrante do mesmo, mostra claramente a área, com base em círculos de raio de 5km, que, a partir de cada aldeia, os seus habitantes utilizariam para a sua subsistência no sistema de coivara; anoto que se trata tão somente do segundo círculo concêntrico na idéia do Ministro Jobim, já suficiente para preencher a quase totalidade da terra indígena.

Apesar de elogiar a postura do ministro Menezes Direito, no que formulou pedido de vista - havendo os demais ministros aguardado - pretendendo instruir o processo com elemento

Pet 3.388 / RR

probatório adicional a auxiliar no exame da legitimidade das conclusões do processo de demarcação, olvidado, até mesmo, o critério da oportunidade da prova, considero ser necessária, ao menos, a intimação das partes para se manifestarem sobre a prova produzida. Não pode a Corte, durante o julgamento, determinar a produção e juntada de novas provas ao processo, sem que as partes tenham o direito de se pronunciar.

Por fim, transcrevo trechos do voto do ministro Nelson Jobim, em questão de ordem na Ação Cível Originária nº 312-1/BA, quando se requereu a autorização para promover inspeção judicial na área sobre a qual se discute a natureza de terra indígena (folha 12 do voto):

[...]

O reconhecimento e fixação de limites da afirmada TERRA INDÍGENA são pressupostos para o juízo de procedência, total ou parcial, desta ação.

Se for TERRA INDÍGENA, os títulos dos RÉUS serão nulos nos estritos limites do que abrangerem aquela área.

Na parte que, eventualmente, não incluir TERRA INDÍGENA, os títulos remanescem íntegros.

Assim, para se desconstituir os títulos, impõe-se o prévio conhecimento, como limites precisos, da TERRA INDÍGENA.

Ser, ou não, TERRA INDÍGENA é premissa para o juízo nulificante.

[...]

Sr. Presidente, como foi posto pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, tem-se que os atos físicos da década de 30, com relação à demarcação da área indígena que havia sido autorizada por uma lei estadual ao Governo do Estado da Bahia, foram realizados, mas não se consumou a demarcação com o necessário título de definição da

Pet 3.388 / RR

área. À época, eram feitas escrituras públicas do Estado à comunidade indígena ou ao Serviço de Proteção ao Índio.

Em 1967, a Constituição passou o domínio das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios para a União, assegurando aos índios o seu usufruto vitalício. A ação ajuizada pela FUNAI visa a anular escrituras públicas, outorgadas pelo Estado da Bahia, em relação àquelas terras, porque, em determinado momento, o governador subsequente abandonou a hipótese de transferi-las aos índios e titulou várias pessoas.

Na verdade, com a lei estadual, o antigo Serviço de Proteção ao Índio apropriou-se da área e passou a arrendá-la para brancos, que a ocuparam. Depois, os governadores subsequentes foram titulando esses brancos e acabaram não demarcando a área.

A pergunta, posta por mim, na questão de ordem, acompanhado pela Ministra Ellen Gracie e pelo Ministro Maurício Corrêa, é esta: não tendo havido a demarcação, poderia a ação continuar, uma vez que ela visa à anulação da escritura? A minha conclusão é a de que as terras são demarcáveis porque são indígenas, não passam a sê-lo após a demarcação. É possível, portanto, que, por meio dos atos subsequentes, o Tribunal possa examinar se se constituem em área indígena para julgar procedente, ou não, a ação. Este foi o sentido da questão de ordem, que tem um aspecto prático.

Não gostaria de tomar providências complicadas no sentido de eventual inspeção judicial para, depois, o processo cair na preliminar. Então, gostaria de resolver a preliminar para que o Ministro-Relator possa promover inspeções judiciais a fim de definir a situação e trazer a julgamento a questão de mérito.

Mostra-se incontroverso que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições - artigo 231 da Constituição Federal -, cabendo-lhes a posse permanente, tal como ressaltado nos votos já proferidos. Então, o tema não é estritamente de Direito, mas de fato, a exigir, ante variadas circunstâncias existentes, a abertura de complexa dilação probatória, não fosse a

Pet 3.388 / RR

alegação de vícios considerada a peça reveladora da demarcação administrativa. A propriedade da máxima segundo a qual sem fatos não há julgamento, sendo que, até aqui, estes permanecem controvertidos, surge manifesta. Há de definir-se, ficando estreme de dúvidas, as terras realmente ocupadas - expressão da Constituição - pelos indígenas no já um tanto quanto longínquo ano de 1988, marco temporal para assentar-se a insubsistência de títulos de propriedade e posses de terceiros, esclarecendo-se as situações fáticas e jurídicas apanhadas pela Carta Federal.

AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS DETENTORES DE TÍTULO DE PROPRIEDADE - RELEVÂNCIA PARA A DEFINIÇÃO DE TODAS AS QUESTÕES ENVOLVIDAS NA DEMARCAÇÃO

Outro ponto importante a ressaltar é a eventual abrangência da coisa julgada - artigo 18 da Lei nº 4.717/65 - considerados os detentores de títulos de propriedade na área demarcada, presente a natureza da ação popular. Eis o que consignou o ex-ministro Ilmar Galvão, em memorial apresentado em favor de Lawrence Manly Harte e outros. Noto terem estes sido admitidos como assistentes pelo Plenário, quando do julgamento de questão de ordem, na sessão em que o relator proferiu o voto:

Pet 3.388 / RR

4. A participação, no feito, dos autores do presente memorial

Sabidamente, o objeto da ação popular é o ato lesivo ao patrimônio público ou de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. É o que se lê no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição.

Em sendo assim, o requerimento de ingresso dos autores do presente memorial na relação processual só pode ser entendido como tendo tido objetivo de formarem eles como parceiros e coadjuvantes dos autores da ação na defesa do interesse do Estado de Roraima, *sob os aspectos comercial, econômico e social*, secundado-lhe, por isso, as alegações por eles expendidas na inicial. Não podiam agir de outro modo, quando pacífico que a ação popular não é meio idôneo para defesa de interesses individuais particulares. Donde a ilação obrigatória de que, eventuais alusões a interesses próprios, não foram feitas senão em caráter *obiter dictum*, não configurando causa de pedir.

De outra parte, a ação popular não é espécie de *actio duplex*, em que autor, litisconsortes e assistentes, podem sair tosquiados, como acontecerá neste caso com os ora Requerentes, acaso prevaleça o voto sob enfoque, na parte em que declarou nulos os seus títulos de domínio e de posse.

É certo que a Constituição, no § 6º do art. 231, declara nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas da CF; e não menos certo que, na conformidade do disposto no art. 168, parágrafo único, as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos, mas tão-somente quando as encontrar provadas.

Ora, inexistindo dúvida de que os ora Requerentes não poderiam utilizar-se da ação popular para defesa de seus próprios interesses, parece óbvio, por igual, que não poderão ter seus interesses nela apreciados julgados, donde a conclusão inarredável de que o voto sob enfoque não poderá prevalecer, *data vênia*, na parte em que laborou *extra petita*.

Na verdade, para defesa de seus interesses como senhores de terras que a Constituição de 88 encontrou isentas da presença de índios, os autores do presente memorial ajuizaram as competentes ações perante o MM. Juízo da Seção Judiciária de Roraima, de onde, como já dito, foram avocadas por arrasto para essa Excelsa Corte, onde se acham paralisadas,

Pet 3.388 / RR

depois da cassação da medida liminar de manutenção de posse deferida pelo MM. Juiz Federal de Roraima.

É no bojo de tais ações que deverão eles produzir a exuberante prova que têm em mãos, de que não ocupam porções de terra encravadas em área indígena, mas situadas fora de seus limites, ao sul e sudoeste. Essa prova, repita-se, pelas razões expostas, não poderia ter sido produzida no âmbito da ação popular, onde foi invocada tão-somente a título de ilustração.

Decisão que conclua em sentido contrário a esse entendimento, *data venia*, além de ofensiva ao princípio da vedação do julgamento *extra petita*, não poderá produzir efeito da coisa julgada oponível aos ora requerentes, justamente pela circunstância apontada, de não terem tido a oportunidade de oferecer a prova de seu direito, que não poderia ser alegado senão nas ditas ações, previstas em nosso sistema jurídico-processual, já anteriormente ajuizadas.

II. O PEDIDO

Em face de todo o exposto, esperam os Requerentes que Vossa Excelência se digne de julgar a ação procedente, ou, na hipótese de acompanhar, em sua conclusão, o voto do eminente Relator, se digne de deixar ressalvado que a decisão proferida não valerá como coisa julgada, para efeito de prejudicar as ações individuais já propostas e as cujo ajuizamento pelos ora requerentes, venha tornar-se necessário.

Faz-se necessário trazer à balha o que constou na parte dispositiva do voto do ministro Carlos Ayres Britto, proferido quando do exame da Reclamação nº 3.331-7/RR pelo Plenário, em que fixada a competência originária do Supremo para o julgamento das ações envolvendo o conflito Raposa Serra do Sol:

14. Com esses fundamentos, voto pela procedência desta reclamação para o fim de reconhecer:

a) a competência desta Corte Suprema quanto ao processo e julgamento dos seguintes feitos: Ação Popular nº 2005.42.00.000724-2, Ação Civil Pública nº 2005.42.00.000139-2 e Ações Possessórias nºs 2005.42.00.001094-0, 2005.42.00.001095-3, 2006.42.00.000098-7, 2006.42.00.000737-0, 2006.42.00.000739-7 e 2006.42.00.000757-5;

b) a competência desta Suprema Corte para processar e julgar as Ações Possessórias nºs 2004.42.00.002115-0,

Pet 3.388 / RR

2004.42.00.001403-5, 2004.42.00.001459-0, 2004.42.00.001462-8,
2004.42.00.01591-4, 2004.42.00.001590-0, porquanto originárias da Ação
Popular nº 9994200000014-7.

15. Voto, por derradeiro, pela prejudicialidade dos
agravos regimentais interpostos no bojo desta reclamatória.

Conforme levantamento, de todos os processos
mencionados, apenas o de número 2004.42.00.001459-0, autuado no
Supremo como Petição nº 3.713, já foi apreciado, tendo sido
assentada a perda de objeto.

Em outras palavras, aguardam análise no Supremo
várias ações questionando o procedimento demarcatório, nas quais
aduzidos os mais diversos enfoques. Não restam dúvidas, porém, de
que a conclusão adotada na presente ação norteará a atuação da Corte
nas demais. Proclamando-se a valia da demarcação que se diz viciada,
praticamente ficará frustrada a apreciação das causas de pedir
arguidas e dos pedidos formulados nas outras demandas. Isso é tão
certo que, na parte dispositiva do voto do relator, como já
mencionado, noticia-se a revogação da liminar deferida na Ação
Cautelar nº 2.009-3/RR bem como a imediata retirada de todos os
indivíduos não-índios das terras em disputa¹⁰. Além disso, sem o
necessário exame individualizado, viabilizado à exaustão o exercício

¹⁰ Transcrevo trecho do voto do relator: .. II - marco da tradicionalidade da ocupação. [...] O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios.

Pet 3.388 / RR

do direito de defesa, declara-se a nulidade dos títulos de propriedade. Tudo isso, repito, sem a oitiva dos interessados. Tudo isso, volto a frisar, em uma ação que tem como objeto apenas anular ato lesivo ao patrimônio público e não possui natureza dúplice, como, por exemplo, a ação consignatória ou a possessória. Indago: à decisão será conferida extensão maior ou se ficará na simples improcedência do pedido inicial, deixando-se de determinar, no campo constitutivo negativo, providências das mais variadas matizes?

E mais, no relatório da Câmara dos Deputados (folha 6562) - notícia confirmada no Despacho nº 80, de 20 de dezembro de 1996, posteriormente revogado, do então Ministro da Justiça Nelson Jobim -, encontra-se consignado estarem incluídas, na área da reserva, fazenda cujo domínio foi assegurado em sentença judicial já preclusa na via da recorribilidade. Ora, a ação popular tem o condão de simplesmente rescindir aquele julgado?

A ciência dos interessados para manifestarem-se quanto ao interesse, ou não, na demanda, possibilitando-lhes participar da instrução probatória, deveria ter sido determinada de ofício, considerada a singularidade do pronunciamento do Supremo. É a figura da intervenção *iussu iudicis* expressamente prevista no artigo 91 do Código de Processo Civil de 1939, já admitida pela

Pet 3.388 / RR

doutrina e por este Tribunal, e que se encontra presente nos artigos 47, parágrafo único, 48 e 49 do Código Buzaid - o de 1973:

Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância.

.....

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

Art. 49. Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos.

Sobre o tema, transcrevo ensinamento de Moacyr Lobo da Costa¹¹:

Quando, em razão da conexão substancial, o juiz julgar oportuna a presença do terceiro no processo, poderá determinar a sua intervenção, com o objetivo de tutelar o seu interesse e obstar a possibilidade de decisões contraditórias em ação futura.

Considera-se ter o ministro Celso de Mello utilizado esse instituto quando, de ofício, na instrução do Mandado de

¹¹ COSTA, MOACYR LÔBO. *A Intervenção Iussu Iudicis no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 1961. p. 157.

Pet 3.388 / RR

Segurança nº 24.831-9/DF, determinou a notificação dos Líderes do Bloco de Apoio ao Governo, do PMDB e do PPS para prestarem informações. O ministro fundamentou tal postura consignando buscar o ato afastar objeções de ordem formal que pudessem, eventualmente, inviabilizar o conhecimento da ação de mandado de segurança, frustrando-se a definição pelo Supremo, naquele processo, de um tema da maior importância jurídico-institucional, qual seja, o direito das minorias legislativas à investigação parlamentar, à luz do princípio democrático. Assim como ocorre agora, a matéria se apresentava de extrema relevância, tendo o Tribunal, alfim, assegurado os direitos da minoria parlamentar de ver constituída, organizada e em funcionamento comissão parlamentar de inquérito.

A admissão como assistentes, após a conclusão da instrução, não supre a necessidade de se assegurar o devido processo legal, com as ferramentas a ele inerentes, também aos interessados.

Então, cumpre sanear o processo, providenciando-se:

- a) a citação das autoridades que editaram a Portaria nº 534/05 e o Decreto que a homologou;
- b) a citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia;
- c) a intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo;

Pet 3.388 / RR

d) a citação de todas as etnias indígenas interessadas;

e) a produção de prova pericial e testemunhal;

f) a citação dos detentores de títulos de propriedade consideradas frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo.

Que o Colegiado não silencie sobre essas matérias!

C) DAS CAUSAS DE PEDIR ARROLADAS NA INICIAL DA AÇÃO POPULAR

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Cabe ter em mente estar, para a doutrina constitucional, entre os princípios de interpretação da Carta, o da eficácia integradora. Eis o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho quanto ao tema¹²:

Ainda muitas vezes associado ao princípio da unidade e na sua formulação mais simples significa precisamente isto: na

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina. p. 162.

Pet 3.388 / RR

resolução dos problemas jurídico-científicos deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como *tópico* argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismo e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralistas (antagonicamente) integradoras.

Atentem para a íntegra dos principais dispositivos constitucionais que tratam da proteção aos índios:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - 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.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, 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.

Pet 3.388 / RR

§ 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.

Vale, ainda, transcrever o § 2º do artigo 20 do Diploma Maior:

Art. 20.

[...]

§ 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

É certa a necessidade de interpretação dos dispositivos que conferem proteção aos índios em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais, de maneira a favorecer a integração social e a unidade política em todo o território brasileiro. O convívio harmônico dos homens, mesmo ante raças diferentes, presente a natural miscigenação, tem sido, no Brasil, responsável pela inexistência de ambiente belicoso.

Na obra *Teoria do Estado*, em capítulo intitulado "A crise da integridade do Estado: A 'Mexicanização' da Amazônia e o Assalto à Soberania", Paulo Bonavides traça comparação analógica

Pet 3.388 / RR

entre a situação do Brasil contemporâneo com a do México no século XIX, em que tal país perdeu grande parte do original território para os Estados Unidos. Reproduzo trecho de capítulo em que se aborda a questão indígena¹³:

[...]

8. O assalto à soberania e a ocupação dissimulada da Amazônia, acobertada pela proteção das reservas indígenas

Hoje nos países em desenvolvimento desconfia-se de que camufladamente grande parte daquelas sociedades não governamentais e missões religiosas desempenham a mesma função do vilipêndio; na rota da ocupação fingem-se de zelo sacerdotal pela causa indígena ou se credenciam como cientistas do solo, da fauna e da flora. São a ponta de lança da invasão futura. Buscam desse modo conhecer melhor nossas riquezas com o propósito de arrebatá-las depois, consoante já o fizeram nos casos do México e da Colômbia, vítimas da maior tragédia imperialista dos últimos cento e cinquenta anos na América Latina.

Não é sem razão que a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, em verdade não corresponde aos interesses do nosso índio, mas aos desígnios predatórios da cobiça imperialista, empenhada já na ocupação dissimulada do espaço amazônico e na preparação e proclamação da independência das tribos indígenas como nações encravadas em nosso próprio território, do qual se desmembrariam. Essa demarcação desde muito deixou de ser uma questão de proteção ao silvícola para se converter numa grave ameaça à integridade nacional.

A esse respeito o mais alarmante vem dos Estados Unidos onde, na Câmara dos Representantes, se legisla já, com ambigüidades, sobre a proteção dos povos indígenas do Terceiro Mundo.

Com efeito, em 22 de março de 1991, o deputado Benjamin A. Gilman, de Nova York, apresentou àquela Casa um projeto legislativo que oficialmente se intitula "lei para proteger os povos indígenas do mundo inteiro."

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros. p.392-393.

Pet 3.388 / RR

Só o título vale para demonstrar a sem-cerimônia, a arrogância e a falta de autoridade com que esse parlamentar estrangeiro, deslembado do extermínio de seus moicanos e peles-vermelhas, intenta invadir na questão indígena a competência dos parlamentos das nações em desenvolvimento ou subdesenvolvidas.

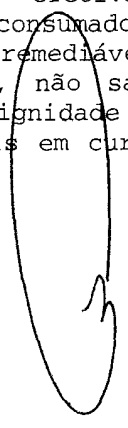
O [O projeto de lei para proteção das populações indígenas internacionais de 1991] "International Indigenous Peoples Protection Act of 1991" tramita por distintas comissões daquela Câmara e determina ao Secretário de Estado e ao Diretor da Agência Internacional para o Desenvolvimento que subordinem a política externa dos Estados Unidos a essa esdrúxula *proteção* e *sobrevivência cultural* dos povos indígenas do mundo inteiro.

Suspeita-se que seja o primeiro grande passo legal e preparatório para legitimar depois, interna e externamente, intervenções como aquela que ontem desmembraram no istmo da América Central o Panamá da Colômbia, e fizeram nascer a república de Noriega, ou anexaram o Texas à União Americana, a expensas do México.

Não é de espantar, portanto, se amanhã os missionários estrangeiros da Amazônia, até mesmo com a cumplicidade das Nações Unidas, proclamarem na reserva indígena, que cresce de tamanho a cada ano e já tem a superfície de um país de extensão de Portugal, uma república ianomâmi, menos para proteger o índio do que para preservar interesses das superpotências.

Incalculáveis riquezas jazem na selva amazônica e a proteção da cultura indígena trouxe a presença ali de cavaleiros que se adestram para segurar as rédeas de um novo e estranho Cavalo de Tróia.

O que parece à primeira vista apreensão infundada ou mero pesadelo de Cassandras nacionalistas, bem cedo, se não atalharmos o mal pela raiz, mediante vivência efetiva nas fronteiras do Norte e Oeste, se tornará um fato consumado, uma tragédia, e como todas as tragédias, algo irremediável. A consciência da nacionalidade, picada de remorso, não saberia depois explicar às gerações futuras com honra e dignidade tanta omissão e descaso. O assalto à soberania está pois em curso. É hora de pensar no Brasil!



Pet 3.388 / RR

A respeito da matéria, Ives Gandra Martins, em livro escrito a quatro mãos com o saudoso Celso Ribeiro Bastos, assim se manifestou¹⁴:

Por outro lado, as organizações internacionais - e a matéria já tem sido denunciada - procuram tratar o território como indígena, mais do que brasileiro, razão pela qual, em eventual internacionalização da Amazônia para imposição da política externa, os verdadeiros titulares da terra seriam os indígenas e não os brasileiros.

Dissociando os indígenas do povo brasileiro e suas terras do Estado brasileiro, tais organizações pretendem tornar o problema indígena do Brasil um problema de preservação dos costumes primitivos, que é dever da humanidade, tornando mais fácil, à evidência, a exploração de dez por cento do território nacional, reservado aos duzentos e cinquenta mil remanescentes da população indígena - propugnando por acordos convenientes a tais grupos mais do que a interesses do País.

Mais recentemente, em 21 de dezembro de 2008, veio novamente a alertar sobre a matéria, fazendo-o presente a importância deste histórico julgamento, em artigo publicado, no jornal *Folha de São Paulo*, sob o título "11 Cidades de São Paulo":

...185 milhões de brasileiros podem andar livremente só por 87% do País, mas aos índios garante-se o direito de percorrer 100% do Brasil.

Ressaltou:

Um território correspondente a 11 cidades de São Paulo (que tem quase 11 milhões de habitantes) - o que valeria dizer,

¹⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva e BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 8. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 1.046.

Pet 3.388 / RR

se habitado nos moldes dessa metrópole, a mais de 110 milhões de brasileiros - foi praticamente assegurado pelo Supremo Tribunal Federal para apenas 18 mil índios.

Também o Deputado Aldo Rebelo - que integra o PC do B - e foi Presidente da Comissão de Relações Exteriores e Segurança Nacional da Câmara dos Deputados -, em entrevista ao jornal *O Estado de S. Paulo*, revelou grande preocupação com o pano de fundo do conflito ora em exame¹⁵.

Ao ser indagado se era alarmista falar da cobiça internacional sobre a Amazônia, respondeu:

As manifestações em favor da submissão da Amazônia a uma espécie de tutela internacional só podem causar repulsa aos brasileiros com o mínimo de dignidade. As declarações e os estudos cobiçando a Amazônia são reais, desde o século XVII. Dom Pedro II, numa carta a Condessa de Barral, já explicava por que não atendeu ao pedido de um conterrâneo meu, então deputado Tavares Bastos, para abrir a calha da Amazônia à navegação estrangeira. Se fizesse isso, disse Dom Pedro, iríamos ter protetorados na Amazônia iguais aos que foram criados na China pelas potências estrangeiras. Sabia o que estava em jogo.

Sobre a questão indígena, disse:

Fui a uma reserva ianomâmi, perto de um pelotão de fronteira do exército, e visitei uma maloca. Deparei-me com umas cinquenta famílias convivendo dentro de um ambiente fechado, de penúria. Muitos fogos dentro da maloca para as famílias assarem

¹⁵ Entrevista veiculada no jornal *O Estado de S. Paulo*, de 25 de novembro de 2007, trecho transcrito em "Tribalista Indígena - Ideal Comum no Missionário para o Brasil no Século XXI", de Plínio Correia de Oliveira.

Pet 3.388 / RR

bananas e mandiocas, muita poluição, muita fuligem, um ambiente com incidência muito grande de doenças infecciosas. Até tuberculose. Fui recepcionado por uma moça de uma organização não-governamental, a ONG Urihi. Perguntei por que não se puxava do pelotão água e luz para dentro da comunidade indígena, o que daria mais conforto à população. A moça da ONG disse que não, que isso ia deformar o modo de vida dos índios. Nessa visita, o comandante militar que estava comigo não pôde entrar na área indígena. Um grupo de crianças jogava futebol, e eu joguei um pouco com elas. Comentei com a moça da ONG: Pelo menos o futebol é um fator de integração, pois todos torcemos pela mesma seleção. A moça me respondeu: Não. O senhor torce pela seleção brasileira e os índios torcem pela seleção deles. Nada mais falei e nada mais perguntei.

Continuou, então, quanto ao sintoma revelado pelo quadro: "Vi que havia ali uma incompreensão. Em outro município perto do Pico da Neblina, as ONG's barraram, com a ajuda do Judiciário, uma construção do exército. Só depois que a decisão foi revogada na justiça é que o exército pôde fazer a obra".

Questionado acerca da existência de índios que desejariam conviver com os não-índios, afirmou:

Uma parcela dos antropólogos defende, com razão, que a cosmogonia dos índios, a visão de seu surgimento e da evolução do universo, é incompatível com a convivência dos brancos e seus costumes. O problema em Roraima é que os índios já estão - de certa forma - integrados. As meninas índias de quinze, dezesseis anos não querem viver mais da pesca, da coleta, não querem andar pela floresta com roupas tradicionais. A aspiração é ter uma vida social, vestir-se como se veste uma adolescente. O isolamento para essas pessoas é uma ameaça, é a perda da possibilidade desta convivência. A cosmogonia tem valor para as populações que não tiveram contato com os não-índios.

A seguir, indagado sobre a essência do problema do conflito em Roraima na reserva Raposa Serra do Sol, fez ver:

Pet 3.388 / RR

Nós reduzimos o problema a um duelo de pontos de vista sobre se a demarcação contínua é certa ou errada. O certo é que a situação expõe razões que, se consideradas isoladamente, deformam o todo. O que nós queremos? Impor uma derrota aos índios que reivindicam a demarcação contínua? Queremos derrotar os que defendem a demarcação em reservas ilhadas? Simplesmente corresponde à verdade dizer que há ali, na região, apenas meia dúzia de arroteiros. Quem já esteve lá - e eu estive lá mais de uma vez - e quem leu o relatório da Comissão Externa da Câmara sabe e viu como foram construídos aqueles municípios dos não-índios em Roraima. Tem gente que chegou lá no século XIX e no início do século passado... Pior: o exército costuma ser barrado quando quer entrar numa reserva.

Quanto ao paradoxismo, quanto à questão geopolítica, asseverou:

Há populações na região da reserva Raposa Serra do Sol que vivem ali muito antes de parcela das populações indígenas que atravessaram as fronteiras vindas de guerras tribais do Caribe. Creio que devemos receber e acolher essas populações indígenas juntamente com as populações indígenas que já existiam no Brasil. Mas devemos acolher também, os brasileiros não-índios que ali chegaram há muitos anos e ali construíram suas vidas. Como é que nós podemos simplesmente, em um processo de demarcação, declarar a extinção desses municípios, que é o caso do município de Normandia, que é de 1904, Pacaraima e mesmo Uiramutã. O de Uiramutã, nós conseguimos retirar da lista de extinção em meio a uma negociação difícil. As pessoas tinham ali as suas raízes, a sua infância, suas famílias, sua história. A prefeita de Uiramutã me contou que o avô dela chegou ali em 1908. Como é que nós vamos promover o desterro dessa população? A decisão embute um erro geopolítico. Quem não considera isso um problema grave não está considerando o conjunto do problema. Nós não podemos buscar a solução para o conflito com a exclusão de uma das partes.

Aliás, é importante ter presente o trabalho desenvolvido por Evaristo Eduardo de Miranda, doutor em ecologia e Chefe-Geral da Embrapa Monitoramento por Satélite, quanto à disponibilidade de terras para ampliação da produção de alimentos e

Pet 3.388 / RR

de energia, para a reforma agrária, para o crescimento das cidades e para a instalação de obras de infraestrutura no Brasil. Fez ver que:

Segundo pesquisa realizada pela Embrapa Monitoramento por Satélite, em termos legais, apenas 29% do País seria passível de ocupação agrícola. Cerca de 71% do território está legalmente destinado a minorias e a proteção e preservação ambiental. Como na realidade mais de 50% do território já está ocupado, configura-se um enorme divórcio entre a legitimidade e a legalidade do uso das terras e muitos conflitos.

Consignou, então:

Nos últimos anos, um número significativo de áreas foram destinadas à proteção ambiental e ao uso exclusivo de algumas populações, enquanto uma série de medidas legais restringiu severamente a possibilidade de remoção da vegetação natural, exigindo sua recomposição e o fim das atividades agrícolas nessas áreas. A demanda ambiental para a criação de novas UCS [unidades de conservação], corredores ecológicos, áreas de restauração ecológica e conservação prioritária da biodiversidade visa quase três milhões de quilômetros quadrados. A demanda de terras para colonização, assentamento e reforma agrária é da ordem de dois milhões e novecentos mil quilômetros quadrados. A demanda para criação e ampliação de terras indígenas situa-se entre cinquenta e cem mil quilômetros quadrados. A demanda de áreas para quilombolas chegaria a duzentos e cinquenta mil quilômetros quadrados. A demanda agrícola para expansão de alimentos e energia até 2018, mesmo com a conservação de pastagens em áreas agrícolas e ganhos de produtividade, situa-se entre cem mil e cento e cinquenta mil quilômetros quadrados. Essa demanda adicional representa quase seis milhões e quinhentos mil quilômetros quadrados, uma área equivalente à soma dos territórios da Argentina, Bolívia, Uruguai, Peru e Colômbia. Além disso, há de contar-se as demandas do crescimento das cidades, da infraestrutura viária, industrial e energético-mineradora, a exemplo da implementação das obras do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC. É fisicamente impossível conciliar o uso atual e atender à totalidade das demandas futuras.

Ainda há mais. Repetindo o que veiculei durante o exame da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.399-3/AM,

Pet 3.388 / RR

relembro as palavras de Cristovam Buarque sobre a Amazônia, quando o Senador da República referiu-se, ainda que indiretamente, ao tema:

Durante debate recente em uma Universidade, nos Estados Unidos, o ex-governador do Distrito Federal, Cristovam Buarque, do PT, foi questionado sobre o que pensava da internacionalização da Amazônia. O jovem introduziu sua pergunta dizendo que esperava a resposta de um humanista e não de um brasileiro. Segundo Cristovam, foi a primeira vez que um debatedor determinou a óptica humanista como o ponto de partida para a sua resposta:

De fato, como brasileiro eu simplesmente falaria contra a internacionalização da Amazônia. Por mais que nossos governos não tenham o devido cuidado com esse patrimônio, ele é nosso. Como humanista, sentindo o risco da degradação ambiental que sofre a Amazônia, posso imaginar a sua internacionalização, como também de tudo o mais que tem importância para a Humanidade. Se a Amazônia, sob uma ótica humanista, deve ser internacionalizada, internacionalizemos também as reservas de petróleo do mundo inteiro. O petróleo é tão importante para o bem-estar da humanidade quanto a Amazônia para o nosso futuro. Apesar disso, os donos das reservas sentem-se no direito de aumentar ou diminuir a extração de petróleo e subir ou não o seu preço. Da mesma forma, o capital financeiro dos países ricos deveria ser internacionalizado. Se a Amazônia é uma reserva para todos os seres humanos, ela não pode ser queimada pela vontade de um dono, ou de um país. Queimar a Amazônia é tão grave quanto o desemprego provocado pelas decisões arbitrárias dos especuladores globais. Não podemos deixar que as reservas financeiras sirvam para queimar países inteiros na volúpia da especulação. Antes mesmo da Amazônia, eu gostaria de ver a internacionalização de todos os grandes museus do mundo. O Louvre não deve pertencer apenas à França. Cada museu do mundo é guardião das mais belas peças produzidas pelo gênio humano. Não se pode deixar que esse patrimônio cultural, como o patrimônio natural amazônico, seja manipulado e destruído pelo gosto de um proprietário ou de um país. Não faz muito, um milionário japonês decidiu enterrar com ele um quadro de um grande mestre. Antes disso, aquele quadro deveria ter sido internacionalizado. Durante este encontro, as Nações Unidas estão realizando o Fórum do Milênio, mas alguns presidentes de países tiveram dificuldades em comparecer por constrangimentos na fronteira dos EUA. Por isso, eu acho que Nova York, como sede das Nações Unidas, deve ser internacionalizada. Pelo menos Manhattan deveria pertencer a toda a Humanidade. Assim como Paris, Veneza, Roma, Londres, Rio de Janeiro, Brasília, Recife, cada cidade, com sua beleza específica, sua história do mundo, deveria

Pet 3.388 / RR

pertencer ao mundo inteiro. Se os EUA querem internacionalizar a Amazônia, pelo risco de deixá-la nas mãos de brasileiros, internacionalizemos todos os arsenais nucleares dos EUA. Até porque eles já demonstraram que são capazes de usar essas armas, provocando uma destruição milhares de vezes maior do que as lamentáveis queimadas feitas nas florestas do Brasil. Nos seus debates, os atuais candidatos a presidência dos EUA têm defendido a idéia de internacionalizar as reservas florestais do mundo em troca da dívida. Começemos usando essa dívida para garantir que cada criança do mundo tenha possibilidade de ir à escola. Internacionalizemos as crianças tratando-as, todas elas, não importando o país onde nasceram, como patrimônio que merece cuidados do mundo inteiro. Ainda mais do que merece a Amazônia. Quando os dirigentes tratarem as crianças pobres do mundo como um patrimônio da Humanidade, eles não deixarão que elas trabalhem quando deveriam estudar; que morram quando deveriam viver. Como humanista, aceito defender a internacionalização do mundo. Mas, enquanto o mundo me tratar como brasileiro, lutarei para que a Amazônia seja nossa. Só nossa.

Também vale registrar que, em 1987, o professor Plínio Correia de Oliveira, autor de "Tribalismo Indígena", diante dos trabalhos de elaboração da Carta de 1988, advertiu:

O projeto de constituição, a adotar-se em uma concepção tão hipertrofiada dos direitos dos índios, abre caminho a que se venha a reconhecer aos vários agrupamentos indígenas uma como que soberania *diminutae rations*. Uma autodeterminação, segundo a expressão consagrada. (Projeto de constituição angustia o país, editora Vera Cruz, São Paulo, 1987, página 182 e página 119 da obra citada).

Proféticas palavras tendo em conta, até mesmo, o fato de o Brasil, em setembro de 2007, haver concorrido, no âmbito da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, para a aprovação da Declaração Universal dos Direitos dos Indígenas. Mesmo diante de onze abstenções e quatro votos contrários - Canadá,

Pet 3.388 / RR

Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália -, sendo que a Colômbia foi o único país ibero-americano que não votou a favor, abstendo-se, o Brasil, outrora em oposição, veio a aderir. Segundo cláusulas do instrumento, o direito à terra é um dos mais importantes, não podendo acontecer ação alguma em terras indígenas sem consentimento prévio, afastadas as operações com fins militares ou a utilização como depósito de resíduos tóxicos. Mas a problemática maior está na cláusula reveladora da autodeterminação dos povos indígenas, o que sugere a vinda à balha de independência mitigadora da soberania nacional. No caso presente, tudo isso ocorre a alcançar espaço territorial brasileiro que já foi alvo de disputa com a Venezuela - o norte de Roraima.

Por isso mesmo, o comandante da Amazônia, General Heleno, indagado sobre a cobiça internacional, afirmou:

Essa é uma questão que extrapola o componente militar. A cobiça internacional não se manifesta por ações explícitas de força. Ela age de forma sub-reptícia, pouco transparente e dissimulada. Fica difícil entender por que pouquíssimas ONGs dedicam-se a socorrer a população nordestina enquanto centenas delas trabalham junto às populações indígenas. Algumas, ao que parece, investem milhões de dólares na região. Não se trata de uma questão de governo, mas uma questão de estado, uma questão de soberania¹⁶.

¹⁶ O Estado de S. Paulo, de 25 de novembro de 2007.

Pet 3.388 / RR

Sim, é preocupante haver tantos olhos internacionais direcionados à Amazônia enquanto população carente, como a nordestina, não conta com o apoio desejável. A questão veio a ser escancarada em 8 de dezembro de 2008, quando o mesmo jornal, *O Estado de S. Paulo*, compromissado com o destino da nação, noticiou que aguardava assinatura do Presidente da República decreto restringindo a entrada de ONGs e missionários em terras indígenas. Em chamada, na publicação, apontou-se que:

As iniciativas do Governo Federal para ter maior controle sobre as organizações não-governamentais que atuam na Amazônia são uma espécie de resposta às críticas dos meios militares. Elas começaram a ser anunciadas em abril, logo após o comandante militar da Amazônia, general Augusto Heleno Ribeiro Pena, ter dito durante uma palestra que a política indigenista praticada no País é "lamentável, para não dizer caótica".

Segundo o general, que é contrário à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol em área contínua, como determinou o presidente da República, existem ONGs internacionais que estimulam os índios a lutar pela divisão do território nacional.

Dias depois, o ministro da Justiça, Tarso Genro, admitiu a existência de ONGs que "escondem interesses relacionados à biopirataria e à tentativa de influência na cultura indígena, para apropriação velada de determinadas regiões.

Essas últimas são palavras de Ministro de Estado, são palavras de técnico em Direito.

Pet 3.388 / RR

No relatório da Comissão da Câmara dos Deputados, de 2004, aparecem notícias preocupantes, que têm origem em visão de dignitários. Al Gore, ex-Vice-Presidente dos Estados Unidos da América, em 1989, chegou a dizer com todas as letras: "Ao contrário do que os brasileiros pensam, a Amazônia não é deles, mas de todos nós". François Mitterrand, ex-Presidente da França, em 1989, veiculou: "O Brasil precisa aceitar uma soberania relativa sobre a Amazônia". Mikhail Gorbachev, ex-Presidente da Rússia, em 1992, bateu em idêntica tecla: "O Brasil deve delegar parte de seus direitos sobre a Amazônia aos organismos internacionais competentes". No mesmo sentido foi a fala de John Major, ex-Primeiro-Ministro do Reino Unido, em 1992: "As nações desenvolvidas devem estender o domínio da lei ao que é comum de todos no mundo, as campanhas ecologistas internacionais sobre a região Amazônica estão deixando a fase propagandística para dar início a uma fase operativa, que pode, definitivamente, ensejar intervenções militares diretas sobre a região".

Revela-se, portanto, a necessidade de abandonar-se a visão ingênua. O pano de fundo envolvido na espécie é a soberania nacional, a ser defendida passo a passo por todos aqueles que se digam compromissados com o Brasil de amanhã. Essas considerações não

Pet 3.388 / RR

de ficar nos anais do Supremo, para registrar-se o que realmente veio à balha no julgamento desta ação popular.

DOS DOCUMENTOS E TENDÊNCIAS DOS GRUPOS QUE OS
ELABORARAM

Sobre as visões defendidas pelos grupos no processo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol e São Marcos, cabe transcrever parte do voto proferido pelo ministro Maurício Corrêa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.512-5/RR:

[...]

11. Anote-se que na busca da consumação dessa proposta se batem duas correntes formadoras de opinião que no local disputam seguidores; **a primeira decorrente da pressão dos católicos, com o apoio da igreja e da FUNAI**, encabeça a tese da definição do ato através de demarcação contínua; enquanto a outra, a favor dos blocos ou ilhas, separando as terras dos brancos das dos indígenas, e de modo descontínuo, **por ela propugnam os evangélicos e o Governo do Estado**, aí incluindo todo o estamento político oficial, **inclusive os seus Senadores e Deputados Federais**.

A agravar esse quadro realístico permanece uma outra crucial realidade. Com o passar dos tempos as vilas, **mescladas de brancos e índios**, foram se formando, como dão conta as implantações da Vila Surumu, Maloca do Barro, Vila Água Fria, Maloca Maturuca, Vila Socó, Vila Uirimatã, Maloca do Uirimatã, Vila Mutum, Maloca Bismark e Maloca Raposa, mantendo a Administração Pública, em boa parte dessas aglomerações, tanto por parte do Estado de Roraima, quanto pela União, Escolas Públicas de 1º e 2º Graus, Quartéis da Polícia Militar, Polícia Federal, Cadeias Públicas, Abastecimento de Água, Quartel do Exército, Delegacias de Polícia Civil, Geradores de Eletricidade, com rede de postes e fios, Postos de Saúde e Telefônico da Telaima, Postos das Receitas Estadual e Federal, em vários desses lugarejos. Há serviços de ônibus, pistas de pouso para pequenos aviões, e em muitas casas há televisões conectadas com antenas parabólicas, repetidoras de rádio e toda uma estrutura de atividades desenvolvidas pelos habitantes desses núcleos.

Pet 3.388 / RR

12. O exame desse tema seguramente vai demandar, ademais, que se atenha à legislação da época, no caso, no meio dela, a Lei nº 601, de 1850 e seu Decreto nº 1918, de 1854, que a regulamentou, e pela qual se dava legitimação à posse dos que detêm a terra. Sustenta a FUNAI que essas terras não eram e não são devolutas e sim pertencentes tradicionalmente aos índios, sendo nulos os títulos que foram expedidos.

Já por aí se vai vendo que o emaranhado **de fatos e ações concretas** exige e exigirão percuciente análise de toda uma legislação do século passado e meticulosa pesquisa de documentos e possivelmente a coleta de depoimentos de eventuais testemunhas que conhecem algo sobre o passado dessas fazendas e de seus primeiros possuidores.

Dois fatos podem ser tidos como incontroversos:

a) a área em que se situam os Municípios de Uiramutã e Pacaraima, desde os primeiros apontamentos acerca da origem, registra a presença dos índios Macuxi, Ingaricó, Taurepang, Wapixana e Patamona - voto do ministro Maurício Corrêa na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.512-5/RR;

b) existem fazendeiros na região detentores de títulos de propriedade de terras cadastradas pelo Incra, registrados em cartório - voto do ministro Maurício Corrêa na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.512-5/RR. Nesse ponto, cabe conferir, ainda, trecho do citado Despacho nº 80, de 20 de dezembro de 1996, posteriormente revogado, do então Ministro da Justiça Nelson Jobim (folhas 945 e 946, volume 4):



4.3.2. Imóveis titulados pelo INCRA

Pet 3.388 / RR

Por linha idêntica de raciocínio, tem a Administração Federal o dever ético e político de resguardar os títulos de propriedade outorgados pelo INCRA sobre áreas então excluídas pela própria FUNAI dos limites da terra indígena.

O Laudo 1981, na parte sul e sudoeste da área, fez delimitação que não atingia as margens dos rios Tacutu e Surumu.

Respalado nesse laudo de 1981, parte da área então excluída, no sul e sudeste, veio a ser objeto de titulação de terceiros pelo INCRA, o que ocorreu de 1982 em diante.

Impõe-se, assim, o restabelecimento da linha divisória estabelecida em 1981, em decorrência do que ficarão excluídas as propriedades mencionadas, o que, de resto, não trará prejuízos ao projeto demarcatório, em seu todo.

Por outro lado, é de se observar que o levantamento antropológico de 1993, posterior ao de 1981, não contém fundamento específico algum que demonstre ser essa parte da área indispensável à preservação indígena. Na verdade, o laudo de 1993 é absolutamente silente quanto a qualquer fundamento revisor, nessa parte, do laudo anterior.

4.3.3. Fazenda Guanabara

Igualmente a Fazenda Guanabara, de posse privada antiqüíssima, situada no extremo leste da área (mapa, O-18), deverá ser excluída, sem comprometer a integridade da gleba indígena, à luz dos pressupostos constitucionais. É que o referido imóvel, anteriormente denominado "Cuieria" é de ocupação privada anterior a 1934, desde 1918, consoante reconheceu sentença judicial proferida em ação discriminatória movida pelo INCRA (fls. 31 do processo nº 1959/96).

Para não encravar o imóvel, sua exclusão deverá ser feita estendendo-se a respectiva linha divisória para o sul, em direção à cidade de Normandia, o que importará, também, na ampliação do espaço reservado a esse centro urbano.

É esse o contexto que o Supremo não pode simplesmente ignorar, solapando valores maiores, desconhecendo o fato de índios e não-índios serem todos brasileiros, a eles estando assegurada constitucionalmente a "livre locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele

Pet 3.388 / RR

entrar, permanecer ou dele sair com seus bens" - inciso XV do artigo 5º da Carta Federal, rol das garantias constitucionais.

Que a visão romântica, calcada em resgate de dívida caduca - e porque não falar dos quilombolas -, seja alijada deste julgamento.

DA PETIÇÃO INICIAL

O autor argumenta ter a Portaria nº 534 mantido os vícios da antiga Portaria nº 820, quais sejam, aqueles apontados em perícia realizada na Ação Popular nº 1999.42.00.000014-7, ajuizada por Silvino Lopes da Silva, que tramitou perante Vara Federal de Roraima e foi extinta em face da perda de objeto. Afirma haver a Comissão de Peritos, antes mesmo de apresentar resposta aos quesitos, concluído, por unanimidade, o seguinte (folhas 7 e 8):

Que seja considerada nula de pleno direito a Portaria 820, de 11 de dezembro de 1998, do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, que declarou de posse indígena a "terra indígena Raposa Serra do Sol", por ter sido ato praticado após a vigência do Decreto 1.775/96, e não se ter pautado pelas normas ali prescritas, além de todo o processo ter sido eivado de erros e vícios insanáveis, tais como:

i. Contou com a participação parcial de apenas um dos lados dos indígenas, o dos que defendem a demarcação em área contínua;

ii. Teve a participação do Governo do Estado completamente comprometida, inclusive, por omissão e descaso do próprio Governo Estadual, à época;

Pet 3.388 / RR

iii. A academia não foi devidamente convidada a participar, nem participou como deveria;

iv. Sem razão explicitada, incluiu no grupo técnico interinstitucional, a Igreja Católica, única representante das entidades religiosas, com dois representantes;

v. Os Municípios à época envolvidos, Boa Vista e Normandia, não participaram nem foram convidados a participar do grupo técnico;

vi. Os produtores agropecuários, os comerciantes estabelecidos nas localidades, os garimpeiros, e os demais atores não foram sequer considerados;

vii. O Grupo Interinstitucional de trabalho não apresentou "relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada" como manda o parágrafo 7º do Art. 2º do Decreto nº 22, de 04.02.91 (vigente à época), sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas;

viii. O relatório apresentado pela antropóloga é uma coletânea de peças completamente independentes, sem formar um corpo lógico tendente a indicar qualquer tipo de demarcação;

ix. O relatório não contém análise alguma da qual se possa tirar conclusões sobre importantes tópicos, tais como:

a. Reflexos sobre os interesses da Segurança e da Defesa Nacionais;

b. Reflexos sobre a importância da região para a economia do Estado de Roraima;

x. O laudo antropológico da FUNAI (apresentado pela antropóloga MARIA GUIOMAR) é uma reprodução, sem novidade alguma, de laudo anteriormente apresentado para justificar outro tipo de demarcação para as mesmas terras da Raposa Serra do Sol;

xi. A Portaria 820/98 englobou na demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol a área constante do Parque Nacional Monte de Roraima, criado pelo Decreto 97.887, de 28.07.89;

xii. A Portaria 820/98 englobou a área de 90.000 há dos Ingarikós, já demarcada anteriormente por meio da Portaria Interministerial nº 154, de 11.06.89, sem maiores explicações.

Pet 3.388 / RR

A conclusão semelhante chegou a Câmara dos Deputados, conforme relatório da Comissão Externa constituída para avaliar, no local, a situação da demarcação em área contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. Eis o que consta à folha 6566 à 6568, volume 25:

[...]

Os trabalhos desta Comissão mostraram que o processo de demarcação da área indígena Raposa/Serra do Sol foi desenvolvido de forma irregular, contendo ilegalidades e inconstitucionalidades.

A elaboração de peças centrais do Laudo Antropológico por entidades ligadas à defesa dos direitos indígenas compromete a sua isenção, em prejuízo dos princípios da impessoalidade e da razoabilidade da atuação da Administração Pública.

Outrossim, o Laudo não comprova com o devido detalhamento e profundidade o atendimento aos requisitos do art. 231 da Constituição, como expressamente reconhecido no Despacho nº 80/96, do Ministério da Justiça.

Há contradição insolúvel entre a decisão das contestações administrativas à área pretendida, expressa no Despacho nº 80/96, e a Portaria de Identificação nº 820/98, ambos do Ministério da Justiça. A exclusão de áreas que não se caracterizam como indígenas ordenada pelo Despacho não foi efetuada pela Portaria, em violação ao art. 2º, §8º e § 10, inciso III, do Decreto nº 1.775, de 1996, e em contradição aos motivos declarados pela Administração no procedimento administrativo de demarcação. Tal procedimento sujeita a Portaria à anulação pela Administração, e ao controle pelo Poder Judiciário.

Considerando as falhas havidas no processo demarcatório, a Portaria nº 820/98 inclui em área indígena terras que não atendem aos requisitos do artigo 231 da Constituição Federal. A Portaria é, portanto, inconstitucional.

A atual delimitação da área indígena Raposa/Serra do Sol trouxe prejuízos para a segurança jurídica na região, violando direitos adquiridos e a autoridade da coisa julgada, em flagrante inconstitucionalidade.

Pet 3.388 / RR

Sendo a Constituição Federal um sistema normativo, é equívoco interpretar seu art. 231 isoladamente, como único fundamento constitucional para a demarcação da reserva Raposa/Serra do Sol e das terras indígenas em geral. O conteúdo do art. 231 deve ser compatibilizado com outros dispositivos constitucionais (e.g. soberania, art. 1º; segurança nacional, art. 91, § 1º; autonomia federativa, art. 18; devido processo legal, art. 5º, LIV; garantia da propriedade, art. 5º, XXII) e princípios gerais da ordem jurídica (e.g. proteção da boa fé dos atos jurídicos), de forma a que se atinja um equilíbrio entre os direitos das partes envolvidas).

A supressão do Município de Uiramutã, como consequência da Portaria nº 820/98, viola a autonomia de ente federado criado segundo regular processo constitucional, legitimado mediante consulta plebiscitária às populações interessadas.

A situação da área Raposa/Serra do Sol em faixa de fronteira recomenda a oitiva do Conselho de Defesa Nacional, nos termos do art. 91, §1º, III, da Constituição Federal.

É certo que o interesse de proteção das comunidades indígenas há de ser respeitado, nos moldes do art. 231 da Constituição Federal. Cumpre entretanto lembrar que a Constituição é patrimônio de todos os brasileiros. A proteção que ela oferece vai muito além do citado artigo e suas disposições alcançam cada grupo, cada etnia e cada cidadão, para que na proteção de cada um de nós o bem coletivo se realize. Sendo a Carta Magna uma unidade normativa cabe interpretar a proteção ao interesse das comunidades indígenas de forma a não prejudicar - no caso gravemente - interesses legítimos e igualmente tutelados pelo texto constitucional. Caberá ao Poder Executivo da União, ente competente para a solução da controvérsia aqui exposta, ter sabedoria para concretizar esse objetivo.

Já o Ministério Público Federal, no parecer de folha 398 a 400 - volume 2 -, no qual se manifestou pela improcedência do pedido formulado, conclui em sentido diverso:

[...]

29. Em termos concretos, e seguindo o propósito do constituinte, uma vez positivada a tutela dos povos indígenas, a ação administrativa dá corpo ao modelo adotado, obedecendo ao regime legal em vigor - Decreto nº 1.775/96 e, antes dele, o

Pet 3.388 / RR

Decreto nº 22/91 -, que encerra as seguintes fases: (i) estudo multidisciplinar, conduzido por antropólogo, como adiantado, que indicará os limites do território em conformidade com o art. 231 da Constituição da República; (ii) designação de grupo técnico especializado com a finalidade de realizar estudos complementares, "composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional"; (iii) encaminhamento do resultado do trabalho ao Presidente da FUNAI, que o publicará, em sendo aprovado, no Diário Oficial da União e no da unidade federada onde se localizar a área objeto de demarcação; (iv) abertura de prazo para impugnações, "desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação" referida, que serão julgadas pela FUNAI; (v) remessa do procedimento ao Ministério da Justiça, que poderá declarar, por portaria, os limites da terra indígena, prescrever as diligências que julgar necessárias ou desaprovar a identificação.

30. No caso estudado, da 'Terra Indígena Raposa Serra do Sol', tome-se como posição do Ministério Público Federal a plena regularidade do procedimento administrativo que resultou no ato demarcatório/homologatório impugnado, porque fundado em consistente estudo antropológico, assim como criterioso na verificação de todas as fases procedimentais exigidas pela ordem legal, seguindo o pronunciamento já mencionado da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão da instituição, que o acompanhou em todas as suas etapas (documento anexo).

31. Especificamente em relação ao contraditório e à ampla defesa - ponto atacado com maior ênfase -, o que abarca a alegação de participação deficitária de grupos e entidades determinadas no procedimento demarcatório, verifica-se rigoroso respeito aos comandos do Decreto nº 1.775/96, em especial aos seus arts. 2º, § 8º, e 9º, já declarados legítimos, como efetivos garantidores dos princípios citados, pelo Plenário dessa Corte, quando do julgamento do MS nº 24.045, DJ de 5.8.2005, e MS 25.483, DJ de 14.9.2007.

32. O estudo antropológico prescrito pelo ato normativo foi realizado por profissional habilitado para tanto, não sendo legítimo presumir seja parcial pelo só fato de haver sido assinado por um único perito quando a lei não exige modo diverso. Ali, está demonstrada não só a posse tradicional e imemorial dos grupos indígenas sobre toda a extensão da área, como a necessidade de demarcação da faixa contínua de terras, de maneira a preservar a cultura indígena nos moldes já descritos.

33. Verificada, por meio dos estudos cabíveis, a presença dos elementos contidos no art. 231, § 1º, da Constituição da República, caracterizada está a posse indígena, devendo prevalecer sobre qualquer outra, porque essencial ao exercício da identidade do grupo, cabendo à União protegê-la e fazer respeitar todos os seus bens, assegurando-se ainda aos

Pet 3.388 / RR

índios o usufruto exclusivo das riquezas ali existentes. A proteção, nesse nível, é efetivada por meio do ato demarcatório de competência do Ministério da Justiça, que será homologado, em seguida, por Decreto do Presidente da República.

34. Aí a origem da Portaria nº 534/2005 e do decreto homologatório da demarcação, de 15 de abril do mesmo ano, livres, como visto, dos vícios formais apontados, cabendo afastar, com base nas informações prestadas pelas autoridades e no art. 3º do Decreto nº 1.775/96 - segundo o qual "os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos [naquele] Decreto" -, a alegação de que a edição da nova portaria, revogadora daquela de 1998 (de nº 820), deveria vir como consequência de procedimento absolutamente desvinculado daquele que precedeu a edição do ato anterior.

NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, POR VIOLAÇÃO DOS DECRETOS Nº 22/91 E 1.775/96, CONSIDERADA A NÃO-PARTICIPAÇÃO DE TODOS OS INTERESSADOS - OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA

Vale lembrar ter o autor citado o relatório da Comissão de Peritos, em que arguida a nulidade do procedimento administrativo, considerando, entre outros aspectos, os seguintes (folha 7):

i. Contou com a participação parcial de apenas um dos lados dos indígenas, a dos que defendem a demarcação em área contínua;

ii. teve a participação do Governo do Estado completamente comprometida, inclusive, por omissão e descaso do próprio Governo Estadual, à época;

iii. A academia não foi devidamente convidada a participar, nem participou como deveria;

Pet 3.388 / RR

iv. Sem razão explicitada, incluiu no grupo técnico interinstitucional, a Igreja Católica, única representante das entidades religiosas, com dois representantes;

v. Os Municípios à época envolvidos, Boa Vista e Normandia, não participam nem foram convidados a participar do grupo técnico;

vi. Os produtores agropecuários, os comerciantes estabelecidos nas localidades, os garimpeiros, e os demais atores não foram sequer considerados;

Sustenta a participação deficitária de grupos e entidades no processo demarcatório. É que o artigo 9º do Decreto nº 1.775/96 prevê, relativamente às demarcações então em curso, cujo decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria de Patrimônio da União, do Ministério da Fazenda, poderem os interessados se manifestar no prazo de noventa dias, contados da respectiva publicação.

Cumpre consignar a distinção entre o direito de defesa dos interessados de terras cujos processos demarcatórios hajam começado antes do advento do Decreto nº 1.775/96 - tal como o relativo à demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, porquanto o grupo de trabalho foi constituído pela Portaria PP nº 1.141/92, de 6 de agosto de 1992 - e aqueles cujos processos tenham tido início após a publicação do Decreto.

No primeiro caso, o contraditório não alcança todas as fases do processo de demarcação, havendo apenas uma única

Pet 3.388 / RR

oportunidade de defesa, já perante a autoridade do Ministério da Justiça.

Nesse ponto, cabe registrar ter o Plenário assentado a constitucionalidade do procedimento. Eis o trecho da ementa do acórdão alusivo ao Mandado de Segurança nº 25.483-1/DF - relatado pelo ministro Carlos Ayres Britto -, publicada no Diário da Justiça de 14 de setembro de 2007:

[...]

Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

[...]

Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança.

No voto, o ministro Carlos Ayres Britto assim se pronunciou:

[...]

19. Da mesma forma, afasto a alegação de que aos impetrantes não foi ensejada oportunidade de defesa, no procedimento administrativo demarcatório das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol. O que faço, em primeiro lugar, acolhendo o entendimento de que, dada a possibilidade de os interessados se manifestarem sobre a demarcação, no prazo de 90 dias (artigo 9º do Decreto 1.775/96), não é de se falar em supressão da garantia da ampla defesa e do contraditório (MS 24045, Rel Min. Joaquim Barbosa). Em segundo lugar, as informações trazidas pelo Presidente da República dão conta que "os impetrantes, assim como o Estado de Roraima, foram cientificados do processo de demarcação da terra indígena e tiveram o prazo de contestação lhes facultado pelo art. 9º do Decreto nº 1.775/96" (folha 1.095). Contestações, aliás, que foram feitas, analisadas e

Pet 3.388 / RR

indeferidas pelo Ministro da Justiça (fls. 559), conforme se lê das informações prestadas pelo Presidente da República.

[...]

No tocante à alegação de supressão da garantia do contraditório e da ampla defesa, foi evocado o que decidido no Mandado de Segurança nº 24.045-8/DF, relatado pelo ministro Joaquim Barbosa no Plenário, em 24 de abril de 2005, quando fiquei vencido, consignando o seguinte:

No mérito, peço vênias ao relator para conceder a segurança, porque a evocação do contraditório não se dá, evidentemente, considerado o Decreto nº 1.775/96.

Esse decreto previu o contraditório, mas o fez para, de certa forma, reconhecer que até então estaria havendo transgressão do princípio constitucional do contraditório quanto ao processo administrativo em curso. E revelou que processos subsequentes ao decreto teriam o contraditório observado desde o início, enquanto aqueles já em andamento seguiriam, abrindo-se dali para frente a oportunidade de manifestação não só das pessoas jurídicas de Direito Público, como também de interessados.

Ora, se não houve a observância, como é exigido pela Constituição Federal, desde o início do processo administrativo, evidentemente, o contraditório foi inobservado.

Com essa óptica, peço vênias para conceder a ordem.

Nesse sentido, já me manifestara no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.575-5/MS, apreciado pelo Plenário em 3 de fevereiro de 1994, relativamente ao processo administrativo de demarcação:

Pet 3.388 / RR

Acresce a isto que mesmo diante das consequências jurídicas do Decreto homologatório da demarcação - se é que ele realmente as tem - posto que formalmente baixado para os fins fixados no artigo 231 da Constituição Federal, os Impetrantes não foram cientificados para, querendo, acompanhar o processo administrativo que lhe serviu de base e no qual se entendeu pelo enquadramento das terras como de ocupação indígena. Somente com a conclusão respectiva se lhes dirigiram cartas comunicando a reocupação da área pelos índios e conferindo o exíguo prazo de cinco dias para desocupação, sob pena de a FUNAI não se responsabilizar por atos predatórios dos indígenas, seguindo-se o requerimento junto ao Ofício de Imóveis com o objetivo de alterar os registros constantes das matrículas.

O simples fato de tratar-se de um processo administrativo de demarcação de terras não exclui a observância das regras constitucionais asseguradoras do direito de defesa - incisos LIV e LV do artigo 5º. O que se nota é que os Impetrantes tiveram os imóveis alcançados pelo Decreto de homologação, sem que tenham participado do processo administrativo que lhe deu causa.

Quanto à participação dos povos indígenas, aponta-se não haverem sido consideradas, no trabalho, as opiniões, manifestações e informações de grupos indígenas envolvidos - Wapixana, Patamona, Ingarikó e Taurepang -, apenas se tendo ouvido o grupo Macuxi.

Eis como o relator se manifesta sobre o tema, o que torna o fato incontroverso, sobretudo em relação aos Ingarikós:

109. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias da área: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao Conselho Indígena de Roraima - CIR. Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições. Todos forneciam informações e nenhum deles subscreveu o relatório nem o parecer antropológico, elaborados pela antropóloga Maria Guiomar Melo, servidora da FUNAI e pelo Prof. Paulo Santilli, respectivamente.

Pet 3.388 / RR

Nesse ponto, valho-me da opinião dos professores *S. James Anaya* e *Robert A. Williams Jr.*, externada em artigo veiculado em publicação jurídica da Universidade de *Harvard*¹⁷ (tradução livre):

Como demonstrado anteriormente, à luz da Convenção Americana, da Declaração Americana e de outras fontes de direito internacional, os povos indígenas têm o direito de proteção das terras que tradicionalmente ocupam e dos recursos naturais. Dessa maneira, as normas de direitos humanos que protegem os povos indígenas garantem, no mínimo, interesses em terras e recursos naturais obrigam aos estados a consultar com os grupos indígenas envolvidos sobre quaisquer decisões que possam vir afetar os interesses e adequadamente pesar esses interesses no processo de formação de decisões.

Os mencionados professores citam trecho de precedente da Suprema Corte do Canadá no qual consignado o seguinte:

[...] existe sempre o dever de consulta... essa consulta deve ser feita em boa-fé e com a intenção de substancialmente abordar as preocupações dos povos aborígenes cujas terras estão em jogo. Na maioria dos casos, [a obrigação] será significativamente mais profunda que a mera consulta. Alguns casos ... requerem o total consentimento da nação aborígene¹⁸.

Observem o que preceitua o artigo 6º da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais:

¹⁷ "The Protection of Indigenous People's Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System" in *Harvard Human Rights Journal* <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss14/williams.shtml#Heading388>. Acessado em 15 de janeiro de 2009.

¹⁸ *Delgamuukw v. British Columbia* [1997] 3 S.C.R. 1010 (Can.) (1997).

Pet 3.388 / RR

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

No mesmo sentido, a previsão do § 3º do artigo 2º do Decreto nº 22/91, também constante do Decreto nº 1.775/1996, ambos versando sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas:

Art. 2º. [...]

[...]

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

Na inicial, o autor popular afirma não interessar para muitos a demarcação contínua, pois provoca o isolamento dos

Pet 3.388 / RR

silvícolas. Alega estarem os índios da reserva, em grande maioria, totalmente adaptados à sociedade envolvente. São índios ditos integrados. Chega a afirmar ter sido constatado, no local, que a maior parte dos silvícolas é contra a reserva tal como concebida, ressaltando a parcialidade do trabalho técnico que originou a Reserva Raposa Serra do Sol¹⁹.

Em obra intitulada "Índios de Roraima", de autoria do Centro de Informação Diocese de Roraima, quanto aos índios Ingaricós, não ouvidos no processo, assevera-se o seguinte:

Os Ingarikó integram sua dieta com peixe, pescado com anzóis de metal, e com caça, que apanham com arco e flecha e também com espingardas, obtidas através de trocas com os outros povos indígenas ou com garimpeiros brancos da região limítrofe. Além das espingardas, os Ingarikó obtêm, através de seu comércio, ferramentas, roupas e, até rádios gravadores.

Relativamente aos Wapixanas, vejamos trecho consignado à folha 75 do referido livro:

A relação com a sociedade dos brancos, hoje, desenvolve-se de várias maneiras, sobretudo através de um contato direto com a cidade.

É necessário ressaltar que, para as malocas da Serra da Lua e Taiano, a cidade dista menos de cem quilômetros, com estradas que atravessam toda a extensão destas duas regiões. Isto representa possibilidade cotidiana de transporte, tanto nos carros dos fazendeiros, como no ônibus de linha que liga Boa Vista a Taiano e Bonfim. Semanalmente chega, também, o caminhão da FUNAI. Além disso, em função desta facilidade de acesso, muitos Wapixana possuem bicicletas com as quais, em poucas horas de viagem, podem alcançar Boa Vista.

¹⁹ Memorial apresentado pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Maurício Corrêa. p. 4

Pet 3.388 / RR

A cidade oferece aos jovens a possibilidade de trabalho que, além de resolver os próprios problemas econômicos, são uma solução para superar descordos com os pais, não mais resolvidos em termos rituais (ritos de iniciação ou de passagem), como ainda acontece com as moças.

[...]

Todo o território Wapixana, excluindo a área da Guiana, foi invadido por fazendas de gado. No início, pelas pertencentes aos descendentes das famílias dos primeiros colonos do Rio Branco, e, depois em tempos mais recentes, por outras que pertencem a comerciantes de Boa Vista. Muitos Wapixana, desde a implantação das primeiras fazendas, tornaram-se peões ou vaqueiros a serviços destas.

É muito difundido o costume do compadrio entre fazendeiros e índios. Assim, os Wapixana tornaram-se "parentes" desses fazendeiros, com todas as conseqüências que já vimos nos outros povos. Também usa-se, para obter mão-de-obra barata, pedir os filhos dos índios para serem criados nas fazendas.

[...]

O modelo de relação trabalhador-empregador que os empresários e fazendeiros trouxeram do sul do Brasil, nada tem a ver com a relação fazendeiro local-índio, a qual os Wapixana tinham se acostumado e se acomodado. Agora são fazendas de tipo "capitalista" e, assim, também a relação de produção tem que ser deste tipo. Os índios não entendem, mas percebem que algo mudou, como nos confirmou um velho Wapixana da maloca de Malacacheta: "onde é que se viu alguém cultivar capim no lavrado"?

[...]

É um tipo de invasão diferente dos fazendeiros e os índios geralmente convivem de modo pacífico com esses colonos. O surgimento de novos povoados acaba atraindo os Wapixana e muitos abandonam as malocas para morar no meio dos brancos.

Surge incontroversa a necessidade de consulta a todas as comunidades envolvidas na demarcação. O estágio de acultramento talvez tenha avançado de tal maneira que não mais interessa o total isolamento do povo indígena, de forma a viabilizar a vida como em tempos ancestrais. Não cumprir o dever de consulta pode vir a

Pet 3.388 / RR

provocar maior lesão aos direitos humanos, pois parte-se da premissa errônea de que todas as comunidades desejam o isolamento.

NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, POR VIOLAÇÃO DOS DECRETOS Nº 22/91 E 1.775/96, CONSIDERADO O FATO DE O RELATÓRIO DO GRUPO INTERDISCIPLINAR TER SIDO ASSINADO POR UMA ÚNICA PESSOA, A ANTROPÓLOGA MARIA GUIOMAR DE MELO, REPRESENTANTE DA FUNAI

As regras concernentes à designação de grupo técnico para elaboração de estudos sobre área a ser demarcada estavam previstas no artigo 2º do Decreto nº 22/91, então vigente quando iniciados os trabalhos de demarcação. Eis a íntegra do dispositivo:

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

§ 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 etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o § 1º, caso seja necessário, será realizado conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico.

§ 3º O grupo indígena envolvido participará do processo em todas as suas fases.

§ 4º Outros órgãos públicos, membros da comunidade científica ou especialistas sobre o grupo indígena envolvido, poderão ser convidados, por solicitação do Grupo Técnico, a participar dos trabalhos.

Pet 3.388 / RR

§ 5º Os órgãos públicos federais, estaduais e municipais devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar, perante o Grupo Técnico, informações sobre a área objeto de estudo, no prazo de trinta dias contados a partir da publicação do ato que constituir o referido grupo.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação, o Grupo Técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este o fará publicar no Diário Oficial da União, incluindo as informações recebidas de acordo com o § 5º.

§ 8º Após a publicação de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo processo de demarcação ao Ministro da Justiça que, caso julgue necessárias informações adicionais, as solicitará aos órgãos mencionados no § 5º para que sejam prestadas no prazo de trinta dias.

§ 9º Aprovando o processo, o Ministro da Justiça declarará, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.

§ 10. Não sendo aprovado o processo demarcatório, o Ministro da Justiça devolvê-lo-á para reexame, no prazo de trinta dias.

Pois bem, para a demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, veio a ser publicada a Portaria nº 1.141, de 6 de agosto de 1992, designando o Grupo Técnico Interinstitucional. Não foi possível localizar a íntegra da Portaria, mas, no relatório sobre a Proposta de Demarcação da Área Indígena Raposa Serra do Sol, consta o seguinte (folha 425, volume 2):

Pelas Portarias N. 1.141/92 de 06/08/92, N. 1.285/92 de 25.08.92, N. 1.375/92 de 08.09.92 e N. 1.553/92 DE 08.10.92 (em

Pet 3.388 / RR

anexo), o Presidente da FUNAI criou um grupo técnico interinstitucional, com a finalidade de identificar e realizar o levantamento fundiário da ÁREA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. O grupo de técnico foi constituído por:

1. Funcionários da FUNAI (Fundação Nacional do Índio)

- MARIA GUIOMAR DE MELO (antropóloga);
- ZENILDO DE SOUZA CASTRO (técnico em agrimensura);
- ANTÔNIO DE PAULA NOGUEIRA NETO;
- MANOEL REGINALDO TAVARES (engenheiros agrônomos), e;
- OZIREZ RIBEIRO SOARES (técnicos agrícolas).

2. Funcionários do INCRA (Instituto Nacional de Reforma Agrária)

- NILTON SÉRGIO MARTINS
COSTA DE FREITAS (técnico agrícola).

3. Funcionários da SEIMAJUS (Secretaria Estadual de Meio Ambiente, Interior e Justiça) do Estado de Roraima

- ARAÚJO (Secretário);
 - BEZERRA DE MATOS;
 - SOUZA;
 - TEIXEIRA;
 - e;
 - (técnicos agrícolas).
- ROBÉRIO BEZERRA DE
ANTÔNIO HUMBERTO
LUIS ALFREDO MENDES DE
GERÔNCIO GOMES
DORVAL COSTA JÚNIOR;
VAGNER AMORIM DE SOUZA,
MEILDES FABRÍCIO LEMOS

4. Pesquisadores da USP (Universidade de São Paulo)

- SANTILLI (antropólogo), e;
 - (economista).
- PAULO JOSÉ BRANDO
JOSÉ JULIANO CARVALHO

5. Membro do CIMI (Conselho Indígena Missionário)

- DAMACENO (advogado).
- FELISBERTO ASSUNÇÃO

Pet 3.388 / RR

6. Membro da Diocese de Roraima

— ANA PAULA SOUTO MAIOR
(advogada)

7. Lideranças Indígenas indicadas pelo CIR (Conselho Indígena de Roraima)

— JOSÉ ADALBERTO DA SILVA
— JUCELINO JOAQUIM
MARQUES, MARTINS DE OLIVEIRA (representantes das comunidades indígenas da região da serra)
— ALCIDES CONSTANTINO
(representante das comunidades indígenas da região do baixo Cotingo)
— MELQÍADES PERES NETO
(representante das comunidades indígenas da região do Surumu)
— SEVERINO AMARO
— JOÃO BATISTA RUFINO DE SOUZA (representantes das comunidades indígenas da região da Raposa)
— ODILON ERNESTO
MALHEIROS
— DONALDO SOUZA
MARCULINO, e;
— AUGOSTINHO PAULINHO.

Consoante registrado no laudo da Comissão de Peritos Judiciais, o relatório desse Grupo Técnico é o documento a embasar e justificar todas as decisões do Governo Federal que deram origem ao Decreto de Homologação da Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. "Tudo girou em torno do resultado dos trabalhos desse grupo técnico interinstitucional, que conteria a participação de instituições que possuem interesses no caso" (folha 1518, volume 6).

Segundo os peritos, a Funai deu "muita ênfase ao aspecto interinstitucional do Relatório do Grupo Técnico" e ao fato

Pet 3.388 / RR

de terem "seguido à risca todas as normas administrativas e jurídicas", ao rebater o laudo antropológico apresentado pelo Governo do Estado, em 1993, argumentando (folha 1518, volume 6):

"(...) 4. os trabalhos realizados no âmbito administrativo do Grupo de Trabalho instituído pela FUNAI, envolvendo além de quadros especializados da FUNAI e de outros órgãos da administração federal, técnicos do governo estadual de Roraima e pesquisadores de universidades públicas, seguiram à risca todas as normas administrativas e jurídicas que tratam do procedimento de identificação e demarcação de áreas indígenas; (...)"

Pela regra do § 6º do Decreto nº 22/91, "concluídos os trabalhos de identificação, o Grupo Técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada."

Além disso, em 8 de janeiro de 1996, foi publicado o Decreto nº 1.775/1996, contendo novas regras sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, dando outras providências e revogando normas anteriores. A exigência da designação do grupo técnico especializado, porém, foi mantida com a finalidade de realizar estudos complementares. Confirmam:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo

Pet 3.388 / RR

titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

[...]

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

Pois bem, segundo o autor, no caso em exame, o Relatório do Grupo Interdisciplinar foi assinado por uma única pessoa, a antropóloga Maria Guiomar de Melo, representante da Funai. Afirma demonstrar o fato a parcialidade e a consequente nulidade do procedimento administrativo. Assevera não se poder supor estar tal técnica representando todo o grupo, tampouco havendo prova do credenciamento. Argumenta não ter a maioria dos designados pela portaria tomado ciência do relatório. Alguns desconheciam, até mesmo, a respectiva nomeação. Afirma que os dois representantes do Estado de Roraima, por exemplo, não eram técnicos e sim motoristas.

Pet 3.388 / RR

A circunstância de o estudo antropológico ter sido subscrito por apenas um perito é incontroversa. Pude constatar pelo documento de folha 423 a 548. Confirmam ainda o item 32 do parecer do Ministério Público (folha 399, volume 2):

[...]

32. O estudo antropológico prescrito pelo ato normativo foi realizado por profissional habilitado para tanto, não sendo legítimo presumir seja parcial pelo só ato de haver sido assinado por um único perito quando a lei não exige de modo diverso. Ali, está demonstrada não só a posse tradicional e imemorial dos grupos indígenas sobre toda a extensão da área, como a necessidade de demarcação de faixa *contínua* de terras, de maneira a preservar a cultura indígena nos moldes já descritos.

[...]

No voto do relator, está consignado:

[...]

111. O que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo: os antropólogos Maria Guiomar Melo e Paulo Brando Santilli. Este último indicado permanentemente prestigiado pela Associação Brasileira de Antropologia, de cujos quadros societários faz parte como acatado cientista. Ele foi o responsável pela confecção do parecer antropológico que, a partir dos estudos e levantamentos feitos pela Dra. Maria Guiomar (ela também um destacado membro da Associação Brasileira de Antropologia), serviu de base para os trabalhos demarcatórios em causa, assinando-o solitariamente, como estava autorizado a fazê-lo (tanto quanto a Dra. Guiomar). Afinal, é mesmo a profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena. O que se lhe mostra impertinente ou estranho é laborar no plano de uma suposta conveniência da busca de um consenso entre partes contrapostas e respectivos interesses, que ele, Paulo Santili, acertadamente não intentou.



Pet 3.388 / RR

[...]

Com base no relatório da Câmara dos Deputados, aponta-se a nulidade do laudo em razão de ofensa ao princípio da impessoalidade. É que apenas integrantes do Conselho Indígena de Roraima haveriam composto o Grupo Técnico. Embora tenham representatividade, esta não abrange todos os índios, sobretudo aqueles que defendem a demarcação de forma não contínua. Abaixo trecho sobre o tema (folha 6556, volume 25):

Pode-se constatar que a participação do Conselho Indígena de Roraima - CIR e do Conselho Indigenista Missionário - CIMI foi decisiva na elaboração do Laudo. Com efeito, a análise da situação fundiária da Raposa/Serra do Sol foi baseada em levantamento realizado pelo Conselho Indígena de Roraima - CIR. O texto chega mesmo a declarar que "foi visando ampliar seu campo de atuação política e defender sua terra, que o CIR encaminhou ao GT a pesquisa sobre a situação fundiária da AI RAPOSA/SERRA DO SOL". Outrossim, o parecer jurídico do Laudo foi escrito pelo advogado Sr. Felisberto Assunção Damaceno, membro do CIMI.

A elaboração de peças centrais do Laudo Antropológico por essas entidades compromete a isenção do trabalho, em prejuízo da impessoalidade da Administração Pública. [...]

A participação apenas do Conselho Indígena de Roraima mostra-se inquestionável. Confirmam trecho do laudo antropológico (folha 459, volume 2):

[...]

O levantamento resultou na coleta de dados sobre 83 malocas, 181 posses, na sua maioria fazendas, 1 vila e 3 pontos de apoio aos garimpos dos rios Mau, Cotingo e Quino. Foi possível coletar informações abrangentes sobre a ocupação indígena e a dos posseiros. Contudo as informações relativas aos

Pet 3.388 / RR

garimpos não foram suficientes para permitir uma análise mais global da situação.

A equipe de trabalho se constituiu de 4 membros do CIR e uma advogada contratada para ser responsável pela coleta de dados e futura análise dos mesmos. Além dessa equipe volante, este trabalho contou com o apoio do assessor jurídico da Diocese e do CIR e sua secretaria no armazenamento dos dados coletados.

No laudo, elaborado por ordem do Juízo Federal, os peritos assim se pronunciaram (folhas 1519 e 1520, volume 6):

O Conselho Indígena de Roraima (CIR), sem dúvida, representa parcela dos índios dessa região. O CIR defende, como sempre defendeu, a demarcação, com a retirada dos não-índios da reserva. Porém, forçoso é reconhecer que existem outras organizações indígenas que também representam parte desses índios, tais como, a Associação dos Povos Indígenas de Roraima (APIR), a Sociedade de Defesa dos Índios Unidos do Norte de Roraima (SODIURR), a Associação Regional Indígena do Rio Kinõ ao Monte de Roraima (ARIKON), o Conselho dos Povos Indígenas Ingaricó (COPING), e a Aliança de Integração e Desenvolvimento das Comunidades Indígenas de Roraima (ALIDICIR).

[...]

O grupo de trabalho interinstitucional criado pela Portaria nº 1.141/92 contém dez (10) índios, todos indicados pelo CIR. Compor um grupo de trabalho com a participação indígena indicada apenas pelo CIR é, no mínimo, parcial e injusto, por não conter representação das outras instituições e dos outros índios não favoráveis à demarcação, de forma contínua. Pelo menos no que diz respeito à representação indígena, a escolha dos membros da comissão foi tendenciosa ao favorecer apenas um dos lados da discussão.

A Comissão de Peritos também registrou ter tido a oportunidade de conversar com integrantes do Grupo Técnico Institucional, relatando o seguinte (folha 1520, volume 6):

[...] a Comissão de Peritos teve a oportunidade de conversar com o Sr. Antônio Humberto Bezerra de Matos (um dos

Pet 3.388 / RR

técnicos agrícolas, representante do Governo do Estado) que afirmou não ser técnico agrícola e que não tomou conhecimento de sua nomeação pela Portaria nº 1.141, e nunca participou de atividade alguma relativa à demarcação em questão. Chegou a afirmar que nunca esteve na área Raposa Serra do Sol. A Comissão recebeu a visita do Sr. Gerônimo Gomes Teixeira (outro componente do GT) que informou que não era técnico agrícola e sim, Auxiliar Operacional Agropecuário e que esteve na área Raposa/Serra do Sol conduzido pelo motorista Maíldes e acompanhando um "doutor de Brasília". Seu trabalho foi única e exclusivamente "medir alguns currais e contar algumas árvores" a mando do "doutor", em fazendas da região. Ficou surpreso ao saber que fazia parte de um Grupo Técnico Interinstitucional de tanta relevância para o Estado de Roraima e que representaria o Governo do Estado, nessa Comissão. A Comissão de Peritos conversou também com os Senhores Wagner Amorim de Souza e Maíldes Fabrício Lemos (também pertencentes ao GT, como técnicos agrícolas) que afirmaram não serem técnicos agrícolas e, sim, motoristas, e que não sabiam que faziam parte do Grupo Técnico. A única atividade de ambos no processo de demarcação foi relativa à responsabilidade de conduzir algumas pessoas à área pretendida.

Eis o que consignado, nesse ponto, no voto do ministro Carlos Ayres Britto, relator:

[...]

108. No ponto, anoto que os trabalhos de demarcação da área indígena Raposa/Serra do Sol começaram em 1977, data a partir da qual o tema ganhou todas as tintas dos chamados "fatos públicos e notórios". Daí porque, em acréscimo a essa publicidade natural, o estudo de 1991/1992 foi sinteticamente publicado no Diário Oficial da União já em abril de 1993, tudo conforme os dizeres do § 7º do art. 2º do Decreto 22/91 e como decorrência do aforismo *tempus regit actum* e do princípio processual da instrumentalidade das formas. Tempo mais que suficiente para que todas as partes e demais interessados se habilitassem no procedimento e ofertassem eventuais contraditas, porquanto o primeiro despacho do Ministro da Justiça Nelson Jobim somente se deu em 1996 (despacho nº 80/96, excluindo da área a demarcar parte das terras atualmente reivindicadas por arrozeiros). Noutros termos, nulidade haveria tão-somente se os interessados requeressem e lhes fossem negados pela Administração Federal seus ingressos no feito, o que jamais ocorreu.

109. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias indígenas da área: Ingarikó, Macuxi,

Pet 3.388 / RR

Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao Conselho Indígena de Roraima - CIR. Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições. Todos forneciam informações e nenhum deles subscreveu o relatório nem o parecer antropológico, elaborados pela antropóloga Maria Guiomar Melo, servidora da FUNAI e pelo Prof. Paulo Santilli, respectivamente.

110. Também não vejo como causa de nulidade o fato de o advogado responsável pelo parecer jurídico (Felisberto Assunção Damasceno) haver sido indicado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Tal parecer não foi além de sua natureza opinativa e passou pelo crivo da Presidência da FUNAI, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e de outras instâncias administrativas em sucessividade processual endógena, como, v.g., o Consultor Jurídico da Casa Civil da Presidência da República. É o que também penso quanto à alegada não participação de membros do grupo oficial de trabalho na confecção de laudo antropológico, bem assim no que tange ao fato de servidores administrativos, devidamente treinados, efetivarem levantamentos de índole meramente censitária de pessoas e bens.

[...]

Relativamente à Sociedade de Defesa dos Índios Unidos do Norte de Roraima - SODIUR, entidade que, conforme os fatos narrados no laudo produzido em Juízo, não foi ouvida no curso do processo demarcatório, vale transcrever trecho de reportagem veiculada no sítio eletrônico do Jornal "Folha de São Paulo", em 27 de janeiro de 2009:

Índios invadem sede da Funai em Boa Vista e Dourados

Índios invadiram nesta terça-feira prédios da Funai em Boa Vista (RR) e Dourados (MS). Em Boa Vista, índios ligados à Sodiur (Sociedade de Defesa dos Índios Unidos do Norte de Roraima) entraram no final da tarde na sede do órgão federal.

Segundo o presidente da Sodiur, Silvio da Silva, os índios invadiram o prédio em protesto contra a possível retirada

Pet 3.388 / RR

dos habitantes não-índios do interior da terra indígena Raposa/Serra do Sol. O grupo é favorável à permanência dos arrozeiros no local. O caso aguarda definição do STF (Supremo Tribunal Federal)²⁰.

Verificam-se, portanto, irregularidades no tocante ao procedimento administrativo visando a definir as terras indígenas. Não se sabe ao certo: a) as razões pelas quais o laudo foi subscrito por apenas um integrante do grupo, a Dra. Maria Guiomar de Melo - no voto do relator, está consignada a participação do antropólogo Paulo Santilli); (b) se todos efetivamente tiveram ciência de que integravam o grupo; (c) se foram ouvidas todas as etnias interessadas.

PREJUÍZOS À ECONOMIA DO ESTADO DE RORAIMA CASO A
DEMARCAÇÃO DA RESERVA INDÍGENA OCORRA EM ÁREA CONTÍNUA

De acordo com informações colhidas do memorial da União, a Reserva Raposa Serra do Sol corresponde a 7,79% do território do Estado de Roraima. Se englobadas todas as terras indígenas pertencentes ao referido ente, chega-se ao patamar de 46% do território estadual. Segundo alega a União, ainda assim a área

²⁰ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u495227.shtml>. Acessado em 18 de fevereiro de 2009.

Pet 3.388 / RR

não abrangida pelas reservas é mais extensa do que Estados como Alagoas, Espírito Santo e Rio de Janeiro.

Com fidelidade e revelando que a controvérsia envolve, na maior parte, indígenas aculturados, destaca o fato de ali habitar a terceira maior população indígena do país, produtora de 50 toneladas de milho, 10 toneladas de arroz e 10 toneladas de feijão anuais bem como proprietária de 35.000 cabeças de gado, com venda de 3.000 bezerros ao ano (folha 9806, volume 39). Afirma contribuírem os indígenas com a economia estadual.

Ressalta representarem as atividades agrícola e pecuária apenas 3,8% do Produto Interno Bruto do Estado de Roraima, ficando atrás, portanto, da Administração Pública - 58,2% -, da construção civil - 6,0% - e do comércio - 9,3% (folha 9806, volume 39).

É certa a existência de fazendas de arroz no local. No relatório da Câmara dos Deputados, encontra-se consignado (folha 6562, volume 25):

[...] A área da reserva inclui fazendas regularmente tituladas pelo INCRA, ou cujo domínio foi assegurado em sentença judicial transitada em julgado. A delicada situação fundiária da Raposa/Serra do Sol envolve ainda a ocupação lícita de terras por não-índios que remonta a meados do século XIX, conforme destacado pelo Ministro Maurício Corrêa na ADI 1.512/RR. O Ministro aponta que a Lei nº 601, de 1850, regulamentada pelo Decreto nº 1.818, de 1854, deu legitimação à posse dos que ali detêm a terra, bem assim títulos de propriedade foram legitimamente expedidos pelo Estado do Amazonas quando a área

Pet 3.388 / RR

ainda estava sob sua jurisdição (período anterior a 1943). Esses proprietários, entretanto, viram-se surpreendidos pela inclusão de suas terras na área pretendida pela FUNAI, em flagrante violação de direitos adquiridos e da coisa julgada.

No laudo pericial, há alusão ao tema (folhas 1528 e 1529, volume 6):

[...]

A economia do Estado de Roraima é ainda frágil e altamente dependente dos recursos federais. As novas perspectivas com a produção de grãos no lavrado (savanas) e de arroz irrigado nas várzeas estão a se apresentar como possíveis soluções para o problema econômico do Estado. Apesar das atuais atividades econômicas (arroz irrigado, pecuária e grãos) do Estado de Roraima não estarem ainda contribuindo de forma significativa para o desenvolvimento regional nem representarem fonte importante de recursos públicos para o governo estadual.

Na falta de uma política agropecuária consistente por parte do Estado de Roraima, devido à instabilidade da estrutura fundiária e às ameaças de desapropriação pela FUNAI, a atividade pecuária tem decrescido sistematicamente.

A evolução histórica da produção de arroz na região Raposa Serra do Sol demonstra que essa atividade vem ganhando força econômica, ao longo dos últimos anos, além de apresentar alta produtividade.

[...]

Independentemente de existirem áreas relativamente equivalentes para a produção agropecuária fora das áreas indígenas (principalmente Raposa Serra do Sol), a demarcação em área contínua traria fortes reflexos imediatos na produção agropecuária do Estado de Roraima, comprometendo um longo trabalho de planejamento agrícola realizado por órgãos públicos de pesquisa agropecuária, nos últimos anos.

A situação gerada pela demarcação em área contínua pode comprometer irreversivelmente a possibilidade de futura expansão da fronteira agrícola que poderia gerar alto crescimento econômico para o Estado, com reflexos no número de empregos e na oferta de alimentos abundantes e relativamente baratos para a Região Norte. Com o bloqueio de grandes áreas de savana atualmente utilizadas comercialmente pela agropecuária na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, poderia gerar de imediato forte

Pet 3.388 / RR

pressão para implantação de novas pastagens em áreas florestais das bacias dos rios Uraricoera e Amajari, por exemplo, bem como no Sul do Estado, causando, sem dúvida, elevados índices de desmatamentos.

A homologação da Área Indígena Raposa Serra do Sol, em área contínua, poderia gerar um êxodo rural, principalmente para a cidade de Boa Vista, de:

- a. não índios empregados das propriedades agropecuárias que seriam desativadas;
- b. não índios ligados a outras atividades comerciais e urbanas;
- c. índios que estavam empregados nas atividades agropecuárias da região; e
- d. índios que, de alguma forma, dependiam de atividades conjuntas com não índios.

Essa migração poderia agravar os atuais problemas de inchamento urbano da capital do Estado, devido à impossibilidade dessas pessoas serem absorvidas pela frágil economia atualmente existente em Roraima.

A União, apesar de reconhecer o grande crescimento geográfico das fazendas de arroz, afirma ter a produção dessa cultura se mantido estável desde 1992, não caracterizando atividade imprescindível ao desenvolvimento econômico do Estado (folha 9807, volume 39). Aduz estar a atividade agrária impulsionada por incentivos fiscais, o que afasta prejuízo na arrecadação. Além disso, assevera ser atividade mecanizada, o que não implica a perda de empregos. Sustenta existirem apenas sete arrozeiros questionando ainda a legalidade da demarcação.

No entanto, como antes salientado, a própria União reconhece ser a área de lavoura na região demarcada sete vezes

Pet 3.388 / RR

maior, em extensão, do que a observada em 1992. Destaca grave desrespeito à legislação ambiental.

Um ponto que merece ser rechaçado é o de que a demarcação em ilhas implica ofensa a tratados de direitos humanos, que garantem a proteção a terras indígenas. Os direitos indígenas são distintos nos países americanos. Nos Estados Unidos, por exemplo, permite-se a ocorrência de um sistema jurídico próprio dentro das comunidades indígenas. Há notícia de existirem mais de 150 desses sistemas. E o país reconhece as decisões tomadas no âmbito das tribos, inclusive com possibilidade de execução²¹ nas Cortes Americanas.

Transcrevo trecho do discurso de Santiago A. Cantón, Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que abordou as conclusões de caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a demarcação das terras Ianomâmi:

No que se refere aos casos já decididos, há dois especialmente ilustrativos. O caso ianomâmi, decidido em 1985, fixou algumas referências iniciais na jurisprudência da Comissão sobre a relação entre a proteção dos direitos humanos e o meio ambiente. A queixa se referia à exploração de recursos naturais na região amazônica, inclusive à abertura de uma estrada em propriedades que tradicionalmente haviam estado em poder dos ianomâmi. Com a estrada sobreveio a invasão de operários, mineiros e colonizadores, o deslocamento de comunidades e a

²¹ <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss14/williams.shtml#Heading388>. Acessado em 15 de janeiro de 2009.

Pet 3.388 / RR

introdução de doenças contra as quais os ianomâmi careciam de mecanismos de defesa; as consequências foram devastadoras. As leis nacionais previam a demarcação das terras indígenas ancestrais, mas no caso dos ianomâmi isso não ocorreu. A Comissão recomendou a demarcação do território como medida essencial para remediar as violações. Ademais, a Comissão recomendou que os programas destinados ao atendimento das comunidades fossem realizados após consulta aos afetados. O dever de adotar medidas preventivas razoáveis nos casos de ameaça à vida e à integridade física e de consultar os afetados quanto à formulação e à aplicação da política pública são os dois princípios essenciais articulados nesse relatório.²²

Como se percebe, há sim a obrigação de o país demarcar as terras indígenas - o que, aliás, é imposto pela própria Constituição Federal -, mas não existe um modelo demarcatório claramente definido, contínuo ou em ilhas, nem a exigência de se ter como válido um processo que apresentou vícios, desde a elaboração do laudo antropológico.

Cumpra asseverar ser direito humano a proteção da propriedade privada. O simples reconhecimento de que terras privadas, intituladas pelo Estado (gênero), cuja legalidade dos títulos foi apurada em processo judicial transitado em julgado, nunca pertenceram aos respectivos proprietários poderá levar o Brasil a responder no cenário internacional. Eis o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica:

²² Trecho da EXPOSIÇÃO DO EMBAIXADOR SANTIAGO A. CANTÓN, SECRETÁRIO EXECUTIVO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, SOBRE O TEMA "DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE", AG/RES. 1819 (XXXI-O/01) (Sessão da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos de 11 de abril de 2002)

Pet 3.388 / RR

[...]

Artigo 21º - Direito à propriedade privada 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

[...]

À luz dessas observações, novamente ressalto a necessidade de se fomentar o processo de elementos fáticos imprescindíveis ao deslinde, que deveriam ter sido colhidos durante a instrução. Sou favorável à demarcação correta. E esta somente pode ser a resultante de um devido processo legal, mostrando-se imprópria a prevalência, a ferro e fogo, da óptica do resgate de dívida histórica, simplesmente histórica - e romântica, portanto, considerado o fato de o Brasil, em algum momento, haver sido habitado exclusivamente por índios. Os dados econômicos apresentados demonstram a importância da área para a economia do Estado, a relevância da presença dos fazendeiros na região.

Difícil é conceber o chamado fato indígena, a existência de cerca de dezenove mil índios em toda a extensão geográfica da área demarcada - uma área doze vezes maior que o

Pet 3.388 / RR

Município de São Paulo²³, em que vivem cerca de onze milhões de habitantes. Para mim o enfoque até aqui prevalecente soa desproporcional a discrepar, a mais não poder, da razoabilidade. E tudo, repito à exaustão, resultando de um processo demarcatório cujos elementos coligidos se mostram viciados, como se não vivêssemos em um Estado de Direito.

Aliás, surge paradoxo no que se assenta que a posse indígena a ser reconhecida e preservada é a existente à data da promulgação da Constituição - premissa de todo harmônica com o § 1º do artigo 231 nela contido - e, em passo seguinte, desconhecendo-se o envolvimento de áreas limitadas, conclui-se pela subsistência da demarcação contínua, com limitações à liberdade de ir e vir de brasileiros, em verdadeiro *apartheid*, com o atropelo de situações devidamente constituídas, quer por títulos de propriedade reconhecidos como de bom valor pelo Estado, quer por decisão judicial. E tudo isso ocorre com abrangência incomum porque envolvidos índios e descendentes de índios aculturados e não povos indígenas em condições primitivas. A todos os títulos, tem-se, de um lado, situação inusitada - grande área na qual o cidadão comum não

²³

<http://www.estadao.com.br/interatividade/Multimidia/ShowEspeciais?destaque.action?destaque.idEspeciais=631>. Acessado em 15 de janeiro de 2009.

Pet 3.388 / RR

poderá entrar - e, de outro, adoção de critério que extravasa em muito o que concebido pelo Constituinte de 1998.

A política indigenista nacional sempre foi dirigida à integração. A partir da colonização, passando pelo Império e chegando aos dias atuais, isso tem sido uma constante. Na primeira época, houve até mesmo ato do Marquês de Pombal voltado à miscigenação, estimulando-se o estabelecimento de relação carnal e sentimental entre portugueses e índias. Como efeito dessa política, notou-se, com o decorrer dos anos, o avanço intelectual de descendentes de índios. Cito o exemplo de ex-Governadores do Estado do Amazonas. Gilberto Mestrinho é filho de índio e Amazonino Mendes, neto. A informação está registrada em publicação do ex-Governador de Sergipe e ex-Ministro do Interior, de 1987 a 1990, João Alves Filho, que, por sinal, é bisneto de índio²⁴.

Para ter-se ideia do envolvimento de índios aculturados, em número significativo, não bastasse a política indigenista de integração havida desde a época de Nóbrega e Anchieta, passando mais recentemente pelo Marechal Rondon, constata-se a integração no campo político. O Prefeito do Município de Normandia - Orlando Oliveira - é da etnia Macuxi. O Prefeito do

²⁴ "João Alves Filho - pronunciamentos, artigos e entrevistas (1987-1990)". Brasília, 1990.

Pet 3.388 / RR

Município do Uiramutã - Eliésio Cavalcante de Lima - também é dessa etnia. O Vice-Prefeito do Município de Pacaraima - Albertino Dias de Souza - é da etnia Ingaricó. Das nove cadeiras da Câmara de Vereadores no Município de Normandia, três são ocupadas por descendentes de índios - Valdir Tobias, Davi Marcos Napoleão e João Menezes da Silva Neto. Já a Câmara do Município de Uiramutã, também contando com nove cadeiras, tem sete vereadores cuja ascendência é indígena: Albertino Dias de Souza, Dílson Damente Ingaricó, Eronildo Ensoro, Irmão Antonio, Manoel Bigode, Milton e Professor Damásio. Relativamente ao Município de Pacaraima, na Câmara, onde, do mesmo modo, existem nove cadeiras, são descendentes de índios os vereadores Professor Roseno e Diura Jane de Brito Tupinambá.

Como, então, em pleno século XXI, considerados os avanços culturais de toda ordem, cogitar-se de isolamento da população indígena, procedendo-se à delimitação territorial contínua para afastar-se da área os não-índios? O retrocesso é flagrante, não se coadunando com os interesses maiores de uma nacionalidade integrada.

As lutas incessantes pela almejada unidade, especialmente as capitaneadas por Dom Pedro II, não podem ser olvidadas, menosprezando-se a cláusula proibitiva da distinção

Pet 3.388 / RR

presente a origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação. A óptica contrária desconsidera objetivo fundamental da República Federativa do Brasil - construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º).

Então, há de reconhecer-se a inteira procedência do que bem disse o professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Denis Lerrer Rosenfield em artigo publicado no jornal *O Estado de S.Paulo* de 8 de dezembro de 2008:

A homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol, de forma contínua ou descontínua, coloca um problema de ordem cultural e histórica, que concerne ao processo de formação de nosso próprio país. Na verdade, duas abordagens se defrontam: a da demarcação contínua, procurando fechar esse território como nação, numa economia de auto-subsistência; e a da demarcação descontínua mantendo intercâmbio entre as populações indígena, mestiça e branca...

... Vários pensadores e etnólogos se dedicaram a essa questão, com rigor científico e uma visão de integração dos indígenas à sociedade brasileira: Karl von den Steinen, Hebert Baldus, Eduardo Galvão, Egon Schaden e Darci Ribeiro, entre outros. Eram etnólogos com profunda visão humanista, e não ideólogos que advogavam por um suposto retorno a uma situação idílica e falsa de um estado de natureza bom e harmônico. Seguiam a ciência, e não a religião, como ocorre hoje com a política do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e a orientação correlata da FUNAI.

Então, advertiu que a demanda dos índios é por postos de saúde e não pela volta do pajé, consignando:

A demanda do caso é por postos de saúde, com enfermeiros, médicos e medicamentos e não pela volta do pajé. A demanda é por uma educação que, resgatando as tradições

Pet 3.388 / RR

indígenas, ofereça a eles a possibilidade de uma boa integração ao mundo civilizado. A demanda não é por ausência de trabalho, mas por condições dignas de trabalho, não tornando o indígena um novo miserável urbano. A questão consiste numa adaptação eficaz e controlada ao mundo civilizado, de tal maneira que cause a menor dor possível aos indígenas e que estes possam usufruir os produtos da sociedade ocidental, almejados por eles mesmos. Tudo depende, evidentemente, do grau de aculturação em que se encontrem as diferentes tribos, não devendo haver uma regra de conduta única, mas políticas adaptadas a cada situação. A educação dos jovens, por exemplo, é uma forma de adaptação que se escalona no tempo e propicia, se bem feita, uma integração harmoniosa. Uma interação satisfatória deveria necessariamente contemplar a integração econômico-cultural, condição de novas formas de prestígio, auto-estima e aquisição de bens.

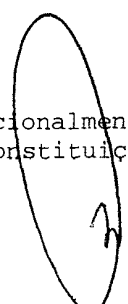
INSTABILIDADE QUANTO À SEGURANÇA NACIONAL - FAIXA DE
FRONTEIRA DO BRASIL COM A VENEZUELA E GUIANA

O Plenário, no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.483-1/DF, relatado pelo ministro Carlos Ayres Britto, concluiu não ser a manifestação do Conselho de Defesa Nacional requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Eis a ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

[...]

Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (caput do artigo 231 da Constituição



Pet 3.388 / RR

Federal). Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. [...]

Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança.

Noto não ter estado presente à sessão, conforme noticiado no extrato de ata:

Decisão: O Tribunal, à unanimidade, conheceu em parte do mandado de segurança e, na parte conhecida, denegou-o, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Falaram, pelos impetrantes, o Dr. Luiz Valdemar Albrecht; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Gracie Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral Adjunta e, pelo Ministério Público Federal, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 04.06.2007.

Em laudo pericial, consignou-se (folhas 1531 e 1532, volume 6):

[...]

A área Raposa Serra do Sol, no caso de ser homologada de forma contínua, terá pouca densidade demográfica, vasta extensão de fronteira e controle limitado do Estado-Nação, o que poderá favorecer:

- A garimpagem ilegal;
- O contrabando;
- O narcotráfico;
- Refúgio para criminosos do Brasil, Guiana e Venezuela;
- O surgimento de movimentos separatistas; e
- Outros ilícitos.

A diminuição do controle do Estado-Nação sobre os destinos ambientais e estratégicos da Área do Norte/Nordeste de Roraima, entre a serra de Pacaraima e os cursos do Maú/Tacutu

Pet 3.388 / RR

encerra questões de interesse nacional e proteção cultural e ambiental emblemáticas, quais sejam:

i. Vasta área de rochas proterozóicas riquíssimas em recursos minerais ainda intocados (ouro e diamante, entre outros), e única no norte da Amazônia (vide CPRM, 1990 e DNPM-Projetos e Molibdênio de Roraima), em fronteira trinacional (cópia anexa do mapa de áreas de futuras prospecções, recomendada pelo relatório geológico de 1990);

ii. Enorme espaço de biodiversidade ainda tão pouco estudado pela sociedade brasileira, apesar de solos predominantemente pobres e de baixa capacidade de suporte (Schaefer, 1991), oficialmente reconhecido no documento do MMA como a área RN024- Território Indígena (TI);

iii. São Marcos e TI Raposa Serra do Sol (Avaliação e Identificação de ações prioritárias para conservação, utilização, ... da Biodiversidade na Amazônia Brasileira, 1990);

iv. área de elevada importância ambiental, que carece de medidas de proteção efetivas para sua conservação; área de grande interesse geopolítico devido aos problemas de limites entre a Guiana e a Venezuela.

Além disso, a possível diminuição do Estado em área tão complexa pode configurar grave erro histórico, que poderá suscitar futuras questões territoriais como processos de secessão, ou de integração, visto o ocorrido na Revolta do Rupununi (1969), quando índios habitantes da fronteira com o Brasil, comandados por fazendeiros, se rebelaram contra o governo da Guyana e tentaram proclamar um Estado independente, imediatamente sufocada pelas autoridades de Georgetown. Existem evidências que este movimento foi em parte promovido pela Venezuela como forma de pressão em sua disputa territorial pela margem esquerda do Rio Essequibo.

Opinião semelhante é a do Comandante da Amazônia, General Augusto Heleno, externada em palestra no Clube Militar. Eis o que publicado no sítio eletrônico G1 - Globo Notícias²⁵:

General considera terra indígena de fronteira risco à soberania

RIO DE JANEIRO (Reuters) - O general Augusto Heleno, comandante militar da Amazônia, classificou a transformação da

²⁵ <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL404097-5601,00.html>. Acessado em 22 de agosto de 2008

Pet 3.388 / RR

faixa da fronteira norte do país em terras indígenas como ameaça à soberania nacional.

O militar não se mostrou preocupado em contrariar posição do governo, que defende a homologação de terras indígenas mesmo em regiões de fronteira, e disse que o Exército "serve ao Estado brasileiro e não ao governo".

Em palestra sobre a defesa da Amazônia no seminário "Brasil, ameaças a sua soberania", nesta quarta-feira, no Clube Militar, no Rio de Janeiro, o general falou de sua preocupação com os territórios indígenas na faixa de fronteira.

O general lembrou o compromisso brasileiro com declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o direito dos povos indígenas, que destaca a desmilitarização das terras indígenas como contribuição para a paz e o desenvolvimento econômico e social.

"Quer dizer que o problema somos nós?", perguntou o general sob aplausos entusiasmados da platéia de militares.

Para o general Heleno, a política indigenista está dissociada do processo histórico do país e precisa ser revista com urgência.

"É um caos, não funciona. Os problemas são enormes, o alcoolismo é crescente", disse o general referindo-se à situação de tribos amazônicas.

"Sou totalmente a favor do índio", frisou o general. "Não sou da esquerda escocesa que atrás de um copo de uísque resolve os problemas brasileiros. Eu estou lá na Amazônia vendo o que acontece com o índio brasileiro."

O general reiterou sua posição contrária à demarcação contínua da reserva Raposa Serra do Sol, em Roraima, que quase levou a um conflito violento entre a Polícia Federal e arroteiros que serão obrigados a deixar a área.

Uma liminar do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu a operação da Polícia Federal que desalojaria os fazendeiros de arroz que se recusam a deixar terras da reserva. Cinco grandes plantadores de arroz possuem oito fazendas na área indígena. O governo se propõe a pagar indenização pelas benfeitorias.

Segundo o general, o índio também é brasileiro e não deve ser excluído da convivência com outros brasileiros.

"Quer dizer que na Liberdade vai ter japonês e não japonês", comentou o general utilizando como exemplo o bairro

Pet 3.388 / RR

paulista de forte presença japonesa. "Como um brasileiro não pode entrar numa terra só porque não é indígena", questionou.

Além da questão indígena, o general Heleno apresentou como ameaças à Amazônia os conflitos fundiários, as organizações não-governamentais e os diversos ilícitos.

Em sua opinião, o desenvolvimento da Amazônia vai acontecer independentemente da nossa vontade. "É impossível preservar a Amazônia como lenda, floresta verde. O que depende de nós é fazer com que (o desenvolvimento) aconteça de forma sustentável", defendeu.

Importa verificar as preocupações veiculadas pelo jornal O Estado de São Paulo, em editorial publicado na edição de 22 de janeiro de 2004, intitulado "Em causa a segurança nacional"²⁶:

Não sabemos se o mais grave seria o fato de o Ministério da Justiça, a Fundação Nacional do Índio (Funai) e todos os que no governo federal se envolveram com a iniciativa de homologar a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, conhecerem ou desconhecerem os relatórios encaminhados ao Palácio do Planalto por órgãos de inteligência do governo, inclusive das Forças Armadas, apontando o risco que aquela demarcação, se feita em terras contínuas, poderá trazer à segurança do País. Se os conhecessem seria um contra-senso não atentar para suas graves advertências - a não ser que atribuísem valor irrisório a sua credibilidade - e, se os desconhecessem, algo estaria muito mal na coordenação estratégica governamental. De qualquer forma, é bem possível que quando tiveram a idéia de levar avante essa demarcação os próceres indigenistas do governo não imaginavam o tamanho do problema que estavam criando, no capítulo que diz respeito à integridade territorial e soberania do País.

De acordo com esses relatórios reservados, a demarcação em Roraima poderá causar "prejuízos para a segurança do País, para o desenvolvimento da região, além do risco de grave conflito" entre os que defendem e os que são contrários à reserva. Por sua vez, diz o general Luiz Lessa, presidente do Clube Militar, ex-comandante militar da Amazônia e profundo conhecedor da região: "É um absurdo (a demarcação contínua) porque há gerações de brasileiros que foram criados ali e não se pode, simplesmente, extinguir dois municípios." E acrescenta:

²⁶ <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2004/1/22/noticia.101516/>

Pet 3.388 / RR

"Ninguém é contra a demarcação, mas que ela seja feita em ilhas, porque as pessoas não podem ser expulsas do local onde moram e trabalham. Está faltando visão estratégica e de segurança." Para ele a polêmica é fruto da "pressão internacional (das ONGs) e o governo não está atento para o fato de que aquela área, que é de fronteira, é sensível e pode se transformar em um ponto de conflito".

Mas não são só os setores de inteligência do governo e militares que vêm nessa questão um risco à segurança nacional. Também setores acadêmicos revelam a mesma preocupação. O coordenador do Núcleo de Análise Interdisciplinar de Políticas e Estratégias (Naippe) da USP, Braz Araújo, e o pesquisador Geraldo Lesbat Cavagnari, do Núcleo de Estudos Estratégicos da Unicamp, sustentam que a demarcação da área indígena de Roraima em terras contínuas vai pôr em risco a segurança das fronteiras brasileiras. "Não existe outro país que permita que alguém ou um grupo tenha soberania na faixa de fronteira", argumenta Cavagnari, enquanto Araújo diz que "o Brasil vem fazendo demarcação de terras indígenas sem visão estratégica clara, apenas atendendo a demandas demagógicas". E o cientista da USP salienta, em matéria publicada ontem neste jornal, o que nos parece o aspecto mais grave na questão, ao lembrar que a região amazônica não está apenas em solo brasileiro e que há "contenciosos territoriais entre países da região".

O ministro da Justiça resolveu criar um grupo interministerial, para resolver o impasse gerado pela demarcação da reserva Raposa Serra do Sol.

Trata-se de uma "força-tarefa" que já agendou reuniões com os grupos de índios favoráveis e contrários à homologação da reserva, com representantes do governo estadual, da Igreja Católica, dos evangélicos, do Ministério Público Federal e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - e com os produtores rurais, não terá agendado?! Thomaz Bastos, agora, diz estar absolutamente convencido de que "as coisas precisam ser feitas com método e calma". Pena que o ministro não tivesse tido esse "método" e essa "calma" antes de anunciar a homologação demarcatória daquela reserva. Pois, como era de se prever, esse simples anúncio fez soar os tambores de guerra em um número cada vez maior de regiões do território nacional, visto que todo esse território - sempre é bom lembrar - já pertenceu integralmente às comunidades indígenas. Mato Grosso do Sul - com 14 fazendas ocupadas por índios, uma ordem judicial de reintegração de posse não cumprida, invasores jurando que resistirão até a morte, repórteres sendo recebidos à bala, etc.; Rio Grande do Sul, com estrada bloqueada pelos índios caingangues; Alagoas e Bahia, com índios reivindicando áreas onde o governo assentou populações removidas por causa da construção de represas; enfim, parece que toda uma "demanda" reprimida - talvez desde o

Pet 3.388 / RR

Descobrimento - dos que tiveram seus ancestrais expulsos de suas terras, pelos colonizadores portugueses, está vindo à tona.

A União alega não haver motivos para temer qualquer ato no sentido de se ameaçar a soberania do Brasil. Sustenta mesmo, pasmem, dever ser vista a presença exclusivamente indígena em área de fronteira como estratégia de segurança nacional (folha 22), sufragando, implicitamente, a teoria das fronteiras mortas. Afirma mostrar-se plenamente possível a afetação ao uso das Forças Armadas, em se tratando de área indispensável para a segurança nacional, de área qualificada como indígena, consoante o disposto no Decreto nº 4.412/2002²⁷.

Vejam o que versa a Portaria nº 534/2005, ato normativo impugnado na presente ação:

[...]

Art. 5º É proibido o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não-índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvadas a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios.

²⁷ Art. 1º No exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão compreendidas:

I - a liberdade de trânsito e acesso, por via aquática, aérea ou terrestre, de militares e policiais para a realização de deslocamentos, estacionamentos, patrulhamento, policiamento e demais operações ou atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e a segurança pública;

II - a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, de equipamentos para fiscalização e apoio à navegação aérea e marítima, bem como das vias de acesso e demais medidas de infra-estrutura e logística necessárias;

III - a implantação de programas e projetos de controle e proteção da fronteira

Pet 3.388 / RR

[...]

Eis como se pronunciou o Ministério Público Federal sobre o tema (folhas 403 e 404, volume 2):

[...]

40. A preocupação que vem sendo externada por comandante militar não parece, com as vênias devidas, procedente. De há muito são demarcadas áreas indígenas em faixa de fronteira, sendo exemplo recorrente o da área *yanomami*, toda ela em faixa de fronteira, em território de 10 milhões de hectares, objeto de portaria declaratória firmada, no início da década de 90, pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, eminente integrante das nossas Forças Armadas.

41. O atual Ministro da Defesa, Nelson Jobim, por diversas vezes, na condição de Ministro da Justiça, afirmou que a localização de áreas indígenas em faixa de fronteira não inviabiliza o seu reconhecimento como tal. Em despacho de 20 de dezembro de 1996, no exame do caso específico de que trata a presente (documento anexo), concluiu:

"4.3.5. Sobre a 'faixa de fronteira' e parques nacionais

Ressalte-se, ainda, que a localização de área indígena em faixa de fronteira não encontra óbice jurídico. A Constituição Federal não estabeleceu qualquer restrição à demarcação de terras indígenas em faixa de fronteira.

A qualificação jurídica das terras como 'faixa de fronteira' implica limitações de ocupação e de utilização que não guardam qualquer incompatibilidade com o domínio privado e, muito menos, com o público, ressalvadas as restrições estabelecidas em lei."

42. A concepção do Projeto Calha Norte, para a defesa das fronteiras nacionais, é de ocupação humana. Se a demarcação de áreas indígenas é vista como ameaça às nossas fronteiras, das duas, uma: ou se recusa aos índios a condição de humanos, ou se os tem por incapazes para os fins daquele projeto, conclusões, no mínimo, inadequadas.

[...]

Pet 3.388 / RR

O ministro Menezes Direito, nas conclusões do voto-vista formalizado, assim se manifestou:

[...]

Destarte, julgo parcialmente procedente a presente ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras:

[...]

(v) usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementadas independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

(vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

Vale, ainda, recordar o que preceituado no § 2º do artigo 20 da Carta Federal:

Art. 20. [...]

[...]

§ 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Observem a necessidade de se conferir eficácia máxima aos princípios constitucionais. O Conselho de Defesa Nacional está

Pet 3.388 / RR

previsto no artigo 91 da Lei Fundamental, tendo, entre as competências definidas, as de: (a) propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre o efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; (b) estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado Democrático.

Como não proferi voto na assentada em que julgado o Mandado de Segurança nº 25.483-1/DF, quando a Corte concluiu pela desnecessidade de oitiva do Conselho de Defesa Nacional, não posso deixar de registrar convicção sobre a matéria.

Entre o interesse individual e o coletivo, homenageio o coletivo. Homenageio também o perfeito funcionamento das instituições. Se é verdade que não há norma proibindo terras indígenas em faixa de fronteira, do mesmo modo é verdade que, na Lei Maior, está expressamente consignada a importância fundamental dessa faixa para a defesa do território brasileiro. Revelava-se, pois, imprescindível a participação do Conselho de Defesa Nacional, ante a possibilidade de existirem instabilidades naquela área da fronteira tríplice, área em que se encontram os territórios do Brasil, da Guiana e da Venezuela.

Pet 3.388 / RR

É público e notório que, em razão das posições ideológicas do atual Chefe de Estado, a Venezuela tem sido o país latino-americano que mais causa tensões no âmbito diplomático, não só em relação ao Brasil, mas também em relação a diversos outros países. As regiões fronteiriças são mais suscetíveis de turbulências e favorecem o contrabando e a presença de narcotraficantes. Lembro o recente episódio, ocorrido em março de 2008, em que o Exército da Colômbia invadiu o território equatoriano e provocou a morte do porta-voz internacional, considerado dirigente número dois do grupo "Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia", Raúl Reyes.

E aqui não estamos tratando de qualquer ocupação na faixa de fronteira, mas da demarcação de terras indígenas, o que, para alguns, pressupõe a imposição de uma série de restrições na circulação de pessoas para não prejudicar a vida dos índios, na sua grande parte aculturados.

Essas ponderações não foram apresentadas nem aos antropólogos nem ao Presidente da República. Talvez, até com a manifestação do Conselho, o desfecho tivesse sido igual. Penso, porém, que, na espécie, não se fez presente o pleno funcionamento das instituições, o pleno funcionamento de um Conselho que, mesmo com natureza de órgão de consulta, possui uma razão de ser, é custeado pela sociedade, que deseja vê-lo ativo. Não conferir essa

Pet 3.388 / RR

eficácia ao dispositivo constitucional que determinou a criação do órgão é diminuí-lo.

Faz-se tão evidente a relevância do tema no texto constitucional que, no § 5º do artigo 231, chega-se a autorizar a remoção dos grupos indígenas das terras ocupadas, quando no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso.

A importância da manifestação do Conselho de Defesa Nacional foi reconhecida pelo ministro Menezes Direito. Sua Excelência, porém, considerou ter sido suprida a audiência, não havendo nulidade. Confirmam o seguinte trecho do voto-vista proferido:

[...]

Neste caso, a farta divulgação de dados e as manifestações elaboradas sob diversas orientações, civis e militares, que foram levadas ao Ministro da Justiça e ao Senhor Presidente da República, que decidiu sem audiência do Conselho de Defesa Nacional, bem como o próprio julgamento desta Corte, deixam em outros planos de consideração a necessidade de ouvida.

Tal situação se reforça com o precedente encontrado no MS nº 25.483, DJ de 14/9/2007, Relator o Ministro Carlos Britto.

Para o futuro, entretanto, com o pronunciamento da Suprema Corte sob a correta interpretação e aplicação do inciso III do § 1º do art. 91, entendo que se tratando de faixa de fronteira é recomendável que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional.

[...]



Pet 3.388 / RR

Não tenho como concordar com o desfecho proposto. Se o texto constitucional exige tal providência, esta deve ser respeitada em todas as ocasiões, inclusive na espécie.

Vem à memória o caso *Bush versus Gore*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, definidor da eleição presidencial que os envolvia. No precedente, decidido em 12 de dezembro de 2000, o Tribunal americano concluiu transgredir a *equal protection clause* o sistema de contagem de votos adotado no Estado da Flórida. Porém, ordenou que a recontagem fosse interrompida, ante a necessidade de se respeitar o prazo fatal para encaminhamento do resultado presente o candidato vencedor daquele Estado, que coincidiu com a data do julgamento. Os votos, então, jamais foram recontados. Até hoje se questiona o desenlace da eleição. Quem, de fato, foi o real vencedor. E critica-se a decisão da Corte que, mesmo reconhecendo a violação constitucional, não autorizou o prosseguimento da recontagem, potencializando aspecto temporal. Pairam dúvidas se todos os votos foram computados.

Não podemos proceder, na espécie, da mesma maneira, permitindo mácula no julgamento do Supremo, criando uma nuvem cinzenta sobre a não-observância do devido processo legal. Reconhecer a necessidade de manifestação do Conselho para o futuro, deixando de aplicar o dispositivo constitucional na hipótese, não

Pet 3.388 / RR

pode ser admitido. Não se verifica situação de urgência! Friso novamente que o Supremo tem a guarda da Carta Federal e não pode despedir-se desse dever, imposto de forma expressa pelo Constituinte de 1988, sob pena de comprometimento da própria credibilidade.

Também sob esse ângulo, porque a Lei Maior não foi observada no que revela como formalidade essencial a audição do Conselho de Defesa Nacional, há de julgar-se procedente o pedido formulado, atentando o Supremo para a responsabilidade que possui. É sua a última palavra sobre a Constituição, e não deste ou daquele órgão.

OFENSA AO EQUILÍBRIO FEDERATIVO, PRESENTE O FATO DE A
ÁREA DEMARCADA OCUPAR GRANDE PARTE DO TERRITÓRIO DO ESTADO DE
RORAIMA

A Câmara dos Deputados assim deixou registrado (folha 6542, volume 25):

[...]

5. A questão federativa

Como já vimos, Roraima está longe de desempenhar plenamente - nos campos fundiário, econômico, fiscal e político-institucional - o papel esperado de um Estado da Federação. Mas os aspectos federativos do conflito em questão vão além.

Se o Presidente da República homologar o decreto de demarcação nos termos definidos pela FUNAI, deixará de existir

Pet 3.388 / RR

um município inteiro: Uiramutã, cujas terras ficam integralmente dentro da Área Indígena Raposa/Serra do Sol.

Com uma população de 4.742 habitantes, conforme os resultados do último censo do IBGE, o Município foi criado pela Lei nº 98, de 17 de outubro de 1995.

A despeito da polêmica, a Comissão pôde constatar que a criação do município expressou a vontade da grande maioria da população local, composta majoritariamente por índios. Cerca de dois terços dos 1.727 eleitores então cadastrados ali participaram do plebiscito para emancipação da antiga vila de Uiramutã. Mais de 90% deles votaram a favor da constituição do município, que foi reconhecida expressamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2003.

Embora pobre e com baixíssima densidade demográfica (0,59 habitante por km²), Uiramutã possui três postos de saúde; agência bancária; serviço postal; várias escolas indígenas (muitas, inclusive, vinculadas ao CIR), onde os alunos estudam tanto o português como o macuxi e o ingarikó; e um promissor programa de agricultura familiar, implementado em conjunto com o governo federal, que ajudou o município a conquistar o Prêmio Mário Covas de Município Empreendedor.

Outros dois municípios têm áreas sobrepostas às da reserva: Normandia, ao Sul, cuja ocupação remonta a 1904; e Paracaima, a Oeste. Nesses casos, as sedes municipais - compreendendo toda a zona urbana - ficam fora das terras indígenas.

Mas o problema é mais grave no Município de Uiramutã. A União Federal não pode desrespeitar a autonomia municipal, nem pode um ente federado simplesmente riscar do mapa outro ente federado.

Quanto ao assunto, o Ministério Público Federal manifestou-se deste modo:

A alegação de ofensa ao equilíbrio federativo e à autonomia de Roraima está divorciada da realidade. A área indígena Raposa/Serra do Sol representa pouco mais de 7% do território daquele Estado, que, desde a sua criação, conta com a presença de numerosos grupos indígenas, sendo a população em questão ali residente a terceira maior do país, só perdendo para aquelas localizadas nos Estados do Amazonas e Mato Grosso. A

Pet 3.388 / RR

existência de tal população, aliás, terá sido um dos fatores determinantes da criação do novo Estado.

Volto a afirmar: a ausência de citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia - alcançados pela demarcação - para integrar a relação processual surge como vício insanável, a impor o retorno do processo ao estágio próprio.

DAS RAZÕES APRESENTADAS PARA A DEMARCAÇÃO EM FAIXA CONTÍNUA

A União, em memorial apresentado, justifica a demarcação em faixa contínua a partir dos seguintes aspectos:

[...]

V. DA ÁREA RESERVADA À TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. NECESSIDADE DA FAIXA CONTÍNUA. ASPECTOS CULTURAIS, PRODUTIVOS E RELIGIOSOS.

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, conforme disposição contida no decreto homologatório, ocupa uma faixa contínua de 1.747.464 hectares, ou seja, 14.474,64 km² (área representada por todo o Estado de Roraima), equivalendo menos de 8% do território estadual.

Na região, existem 194 aldeias, nas quais vivem aproximadamente 19.000 indígenas de cinco etnias, quais sejam: Macuxi, Wapixana, Patamona, Ingaricó e Taurepang, que se comunicam através de dialetos oriundos de uma mesma língua denominada Pemon/Kapon.

Todas essas aldeias são formadas por índios que compõem o mesmo grupo familiar, havendo relações matrimoniais entre membros de tribos diferentes, posto que os vínculos de parentesco acabam por impedir os casamentos entre membros da mesma tribo.

Pet 3.388 / RR

Assim, embora distintos, os grupos indígenas ocupam áreas próximas, contidas dentro de um território único, qual seja, a Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, que permite aos indígenas a mobilidade e a interação necessários à sua reprodução física, segundo seus usos, costumes e tradição.

Como já relatado acima, a atividade indígena deve ser preservada num sentido amplo.

A Constituição Federal reconhece não apenas a ocupação física das áreas habitadas pelas tribos, mas, sim, a ocupação tradicional do território indígena, o que significa reconhecê-lo como toda a extensão de terra necessária à manutenção e preservação das particularidades culturais de cada grupo.

São incorporadas não só as áreas de habitação permanente e de coleta, mas também todos os espaços necessários à manutenção das tradições do grupo. Entram nesse conceito, por exemplo, as terras consideradas sagradas, os cemitérios distantes e as áreas de deambulação.

Assim ao se garantir que a Reserva Serra do Sol fosse demarcada em uma faixa contínua de terras, procurou-se atender a todos os requisitos legais atinentes à matéria, preservando-se a identidade histórica e cultural dos silvícolas que lá habitam.

Com efeito, a alteração do território original de Raposa Serra do Sol, por meio da demarcação de "ilhas", dificultaria o ritual acima descrito, em nítida ofensa ao texto constitucional, que protege as terras necessárias à reprodução física e cultural dos indígenas.

[...]

Outro aspecto de relevo é que a produção agrícola na reserva é realizada segundo o modelo de revezamento das áreas de plantação. De tempos em tempos, os índios abandonam as áreas de plantio, reiniciando a lavoura em novas terras. Após um certo período, retornam aos terrenos abandonados, e lá reiniciam a atividade agrícola.

De fato, a fragmentação de Raposa Serra do Sol impediria a prática da agricultura nesse modelo, em contrariedade à Constituição Federal, que protege as terras indígenas utilizadas para as atividades produtivas. Com feito, restringindo-se a área ocupada pelos índios, não seria mais possível realizar o revezamento dos terrenos de plantio, em prejuízo da agricultura indígena.

Cumpra ainda asseverar que na Reserva Raposa Serra do Sol localiza-se o Monte Roraima (Parque Nacional do Monte

Pet 3.388 / RR

Roraima), que possui grande significado místico para todas as etnias que vivem nas aldeias da reserva.

A demarcação em ilhas privaria muitas das comunidades da reserva do acesso ao monumento, impedindo, conseqüentemente, o direito constitucionalmente garantido ao livre exercício de suas crenças.

Sobre o tema, vale observar algumas passagens do laudo antropológico (folha 448, volume 2):

4. SITUAÇÃO ATUAL

É extremamente complexo realizar uma análise sociológica sobre a situação vigente na área. Por um lado, a diversidade cultural impossibilita ao pesquisador ter um conhecimento abrangente sobre os fenômenos culturais que permeiam cada uma das etnias. Por outro lado, a penetração da sociedade envolvente ocorrida através de várias frentes de expansão e em momentos históricos distintos dificulta uma análise sistemática entre os índios e os regionais.

Ao nos defrontarmos com um universo tão distinto, em um curto espaço de tempo, observamos ser viável realizar apenas uma análise das relações interétnicas existentes na região. As relações vigentes entre os índios (diversas etnias) com os segmentos da sociedade nacional, que são representados por vários grupos, categorias profissionais e classes sociais.

Abaixo, a conclusão (folha 468, volume 2):

[...]

A demarcação da Área Indígena Raposa/Serra do Sol não afetará negativamente a economia do Estado de Roraima. A atividade pecuária extensiva, da forma que é praticada dentro da área indígena, não necessita de muito investimento de capital para ser realizada. O que faz com que a atividade não tenha muita produtividade ou rentabilidade, faltando assim contribuir de maneira substancial para a economia do novo estado. Ademais o Estado possui outras áreas de lavrado onde a pecuária ainda pode se desenvolver.

A demarcação não trará socialmente efeitos dramáticos: e uma combinação da atividade pecuária com outras atividades que

Pet 3.388 / RR

faz possível a sobrevivência econômica da maioria dos ocupantes da área indígena; mais da metade deles não moram dentro da área indígena e as ocupações não empregam muita mão-de-obra de não-índios. A demarcação da terra afetará crucialmente 61 ocupantes que nela tem suas atividades principais, mas que certamente terão mais condições de se refazer economicamente do que 1778 pais de família índios.

As fazendas, sítios e garimpos localizados na área trazem inúmeros prejuízos às comunidades indígenas, que estão impedidas de crescer em todo o seu potencial social, econômico e cosmológico. Os inúmeros conflitos envolvendo fazendeiros, garimpeiros e índios, com conseqüências graves e não raras fatais para as comunidades indígenas e seus membros, causados pela disputa pela terra e seus recursos naturais, só terão uma definição com a demarcação da terra indígena.

Não existe ainda nenhuma infra-estrutura dentro da área indígena que demande uma quantia substancial de indenização. Pelo contrário, com poucas exceções, as benfeitorias existentes das fazendas e sítios são precárias. As benfeitorias existentes na vila e pontos de apoio ao garimpo poderão ser utilizadas pelas próprias comunidades indígenas futuramente.

A demarcação da terra tradicionalmente ocupada é uma obrigação legal do Estado Brasileiro a ser cumprida até junho de 1993 e um direito imprescindível dos Macuxi, Ingarikó e Wapixana que resitiram a mais de cem anos de colonização.

Pois bem, somente em passe de mágica se pode conciliar o ditame constitucional no sentido da preservação da posse indígena existente em 1988 - terras ocupadas - com a desproporcional demarcação contínua. Os fenômenos se contrapõem. A lei do menor esforço, no que se deixou de levantar os espaços territoriais realmente ocupados pelos indígenas e protegidos, a partir de então, com a pecha de nulidade de atos de transferência subsequentes, mostra-se nefasta e não atende aos interesses maiores de nacionalidade, harmonizando-se, isto sim, com as diversas sinalizações internacionais de cunho separatista. Não se pode mesmo

Pet 3.388 / RR

crer que, em 1988, número limitado de indígenas ocupasse, de forma contínua, área tão vasta.

A seriedade da questão é tanta que os deputados Aldo Rebelo e Ibsen Pinheiro acabam de apresentar, no corrente mês, o Projeto de Lei nº 4.791, objetivando melhor definir a demarcação de terras indígenas. Assim o fizeram afastando a premissa de ser a apatia o mal da nossa quadra. Visa o projeto, inclusive, além de nova sistemática de demarcação, à intervenção do próprio Legislativo. Essa notícia consta de artigo do já citado professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Denis Lerrer Rosenfield, sob o título "Demarcação de terras indígenas", veiculado no Jornal *O Estado de S. Paulo* do último dia 16 de março. Ressalta o articulista que:

O País já possui mais de 108 milhões de hectares de terras indígenas, o que corresponde a 13,5% do território nacional, para uma população que não ultrapassa 400 mil pessoas em terras propriamente rurais. No caso dos indígenas que vivem nas cidades, o problema é completamente outro, pois já são aculturados. Seus problemas são sociais, educacionais, de saúde, de moradia e de trabalho e, como tais, devem ser enfrentados. A questão, aqui, não é de ordem fundiária. Ora, tal extensão corresponde a uma boa fatia do continente europeu, correspondendo a muitos países. Logo, qualquer nova demarcação deveria ser extremamente criteriosa. Por exemplo, há em curso, em Mato Grosso do Sul, como bem observam os dois parlamentares, uma disputa por demarcação de uma área de mais de 10 milhões de hectares de terra fértil. "A região concentra parte substancial da produção rural de Mato Grosso do Sul, onde trabalham 30 mil agricultores, e responde por 60% da produção de grãos daquele Estado". Pode uma unidade federativa ser amputada de uma parte tão substancial de seu território?

Pet 3.388 / RR

E, então, conclui:

O Brasil é uma unidade federativa, não uma comunidade de nações. O processo histórico que conduziu a esse arcabouço constitucional, construído com muita dor e luta, não pode ser levianamente questionado por movimentos sociais, por ONGs nacionais e estrangeiras e organizações políticas que procuram redesenhar o País. Surge aí a ideia e, pior, a pretensão de formação de nações indígenas, com direito à autodeterminação e ao autogoverno. Os mais engajados, como o Cimi, vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), e ONGs internacionais, já falam de reconhecimento internacional dessas nações em organismos internacionais. Advogam para que o País reconheça a Declaração dos Povos Indígenas, que sinaliza para esse caminho. A soberania nacional ficaria inviabilizada, com o País não podendo mais explorar livremente os seus recursos minerais e hídricos. Inclusive a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal estaria comprometida.

O clima de insegurança está instalado, podendo ter como desfecho situações de violência. "Proprietários cujos títulos foram regularmente emitidos pelo governo brasileiro se veem subitamente na condição de invasores de suas próprias terras, em clara violação aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, que regem a relação entre o Estado e seus administrados". Não se resolve um problema fundiário criando outro, em que os protagonistas, proprietários rurais e indígenas, aparecem ambos como vítimas. Eis por que a cautela democrática proposta pelos deputados Aldo Rebelo e Ibsen Pinheiro deve ser levada em máxima consideração.

Caberia, então, indagar qual a motivação desse projeto. Haveria a influência do que sinalizado, embora não encerrado este julgamento, pelo Supremo? Que a reflexão seja profícua.

De tudo, surge o descompasso. Abandonou-se a premissa constitucional voltada à apuração da posse indígena em outubro de

Pet 3.388 / RR

1988 para ter-se, quem sabe considerado o menor esforço, a demarcação contínua como se, em toda a extensão territorial alcançada, houvesse a referida posse. O segundo descompasso está ligado à inviabilidade de harmonizar-se o isolamento ventilado, afastando-se a presença de brasileiros da área com a demarcação contínua. Uma coisa é dar-se a verificação da posse pelos indígenas em 1988 e preservá-la, impedindo-se a permanência de terceiros. Outra diversa, que não se coaduna com os ditames constitucionais, que a todos submetem, é fazer-se a demarcação contínua e, aí, em área de tamanho incompatível com o conceito de posse, chegar-se à exclusão dos que não sejam considerados, na via direta ou indireta, indígenas.

Neste caso, caminhar-se-á, na verdade, para o indesejável separatismo, para a limitação à liberdade de ir e vir prevista na Carta da República quanto a tantos outros brasileiros a formarem a maioria. Nesse contexto, vê-se o abandono do princípio de coerência da Constituição ressaltado pelo Professor Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho em parecer apresentado a partir de consulta formalizada pelo Dr. Luiz Aparício Fuzaro, quando, então, citou o mestre vienense Hans Kelsen:

Pet 3.388 / RR

Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem²⁸.

Há de fazer-se justiça. A Constituição brasileira mostra-se um todo composto de normas interligadas, que não apresentam, considerado, ao menos, o texto primitivo, contradições. O que se passa a ter é visão distorcida, à mercê de interpretação discrepante do que nela se contém, potencializando-se certos dispositivos, e se lhes dando alcance insuplantável, em detrimento de outros, como se houvesse, no Documento Maior, preceitos de hierarquias diversas. Repito, à exaustão, para ouvidos que não se fazem sensíveis à realidade: a Carta Federal consagra, acima de tudo, a ordem natural das coisas, é ato de inteligência decorrente da vontade do povo brasileiro, não possuindo normas em prejuízo de outras, não possuindo normas de patamares diferentes. Deve-se perceber essa verdade maior, sob pena de grassar a insegurança jurídica no que vieram a predominar critérios circunstanciais, critérios momentâneos, destoantes de valores perenes. Nesse mesmo sentido, considerado o instituto da propriedade, tem-se a visão do Professor e ex-Ministro integrante deste Tribunal José Carlos

²⁸ *Teoria Pura do Direito*. Tradução Portuguesa - Amado Ed., Coimbra, Tomo 2, 1962, p. 28.

Pet 3.388 / RR

Moreira Alves, externada também em parecer que chegou às mãos do Colegiado.

Sob o prisma da demarcação setorizada, não é demais mencionar o entendimento do Ministério do Interior logo após a promulgação da Carta de 1988. Em pronunciamento à delegação parlamentar norte-americana em visita ao Brasil, em Brasília, no dia 13 de janeiro de 1989, o então ministro João Alves Filho esclareceu²⁹:

O objetivo dessa política está orientado para a preservação e melhoria das condições de vida e valorização da cultura das sociedades indígenas, impedindo a desarticulação de suas economias e autonomias tribais, assegurando-se os mecanismos de preservação, delimitação e demarcação de terras.

Em momento algum, versou-se o que viria à balha mais tarde, ou seja, o abandono do levantamento da real posse indígena em 1988, para ter-se não só a demarcação contínua que a despreza como também visão isolacionista, afastada a permanência de não-índios na área demarcada.

DAS TERRAS INDÍGENAS - GARANTIA CONSTITUCIONAL -
CONFRONTO COM OS DIREITOS ADQUIRIDOS ANTERIORMENTE À CONSTITUIÇÃO DE
1988

²⁹ "João Alves Filho - pronunciamentos, artigos e entrevistas (1987-1990)". Brasília, 1990.

Pet 3.388 / RR

Sustenta a União inexistir direito adquirido por particulares em relação a terras de posse indígena, sendo nulos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras ou a exploração das riquezas naturais delas constantes. As terras pertencem à União, tendo os silvícolas posse permanente. Assevera que o processo de demarcação é meramente declaratório e não constitutivo.

Eis trecho da ementa do Recurso Extraordinário nº 183.188-0/MS, relatado pelo ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 1997:

[...]

- A importância jurídica da **demarcação administrativa** homologada pelo Presidente da República - ato estatal que se reveste de presunção **juris tantum** de legitimidade e de veracidade - **reside** na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), **acham-se afetadas**, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, **unicamente**, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.

A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL.

- As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios **incluem-se** no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva.

A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma **propriedade vinculada ou reservada**, que se destina a garantir **aos índios** o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231,

Pet 3.388 / RR

§§ 2º, 3º e 7º), **visando**, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

[...]

Vale transcrever a ementa do acórdão relativo ao Recurso Extraordinário nº 219.983-3/SP, do qual fui relator, julgado pelo Plenário em 9 de dezembro de 1998:

BENS DA UNIÃO - TERRAS - ALDEAMENTOS INDÍGENAS - ARTIGO 20, INCISOS I E XI, DA CARTA DA REPÚBLICA - ALCANCE. As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas.

No voto proferido, fiz um retrospecto do tratamento conferido às terras ocupadas por indígenas no País, sob a égide das Constituições anteriores:

[...] A esta altura cabe indagar: nas previsões das Cartas pretéritas e na da atual, no que alude a "... terras que tradicionalmente ocupam...", é dado concluir estarem albergadas situações de há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas? A resposta é, desenganadamente, negativa, considerado não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos. Os das Cartas anteriores, que versaram sobre a situação das terras dos silvícolas, diziam da ocupação, ou seja, de um estudo atual em que revelada a própria posse das terras pelos indígenas. O legislador de 1988 foi pedagógico. Após mencionar, na cabeça do artigo 231, a ocupação, utilizando-se da expressão "... as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens", veio, no § 1º desse mesmo artigo, a definir o que se entende como terras tradicionalmente ocupadas. Atente-se para a definição, no que, ante a necessidade de preservar-se a segurança jurídica, mais uma vez homenageou a realidade.

Pet 3.388 / RR

§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por ela habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Mais do que isso, no parágrafo seguinte cuida a Carta da República de deixar explícita a necessidade de ter-se, como atual, a posse:

§ 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Esse precedente serviu de fundamento para a edição do Verbete nº 650 da Súmula do Supremo, com a seguinte redação:

Os incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

No voto condutor deste julgamento, do ministro Carlos Ayres Britto, está consignado ser o marco temporal da ocupação a data em que a Carta de 1988 veio à balha:

I - o marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência

Pet 3.388 / RR

temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

Contudo, examinando o confronto do direito dos indígenas com o daqueles que ocupavam as terras - e a ocupação não admite sobreposição -, ainda que anteriormente à promulgação da Carta, o ministro Carlos Ayres Britto, relator, assentou:

[...] E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão. Noutros termos, tudo a configurar um padrão de cultura nacional precedente à do colonizador branco e mais ainda do negro importado do continente africano. A mais antiga expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos *"direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"*. **O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios.** [...] Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal.

É necessária a análise do objetivo da norma inserta no § 6º do artigo 231 do Diploma Maior:

§ 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 ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Pet 3.388 / RR

Nesse ponto, valho-me do voto que proferi no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.575-5/MS, apreciado pelo Plenário em 3 de fevereiro de 1994, quando, relator, fiquei vencido, tendo o Colegiado indeferido a ordem, ressaltando aos impetrantes o direito de buscar as vias ordinárias:

Qual é o alcance do disposto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988? Implica a garantia de permanência dos indígenas nas terras? Assegura o retorno dos indígenas a terras em alguma época, ainda que perdida no tempo, ocupadas, fulminando-se uma cadeia de títulos devidamente registrados?

[...]

À época da alienação das terras pelo Estado, passando, portanto, ao particular, vigorava a Carta de 1934 que, no artigo 129, assim dispunha:

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

O preceito foi repetido, sob o nº 154, na Carta de 1937.

A Constituição de 1946 também mostrou-se tímida quanto à proteção das terras indígenas, adotando o critério das duas que a precederam, com ligeira modificação formal do texto:

"Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem"

Constata-se a existência de dois preceitos distintos: o primeiro de natureza programática, no que direcionado ao respeito à posse dos silvícolas. O segundo, de cunho proibitivo quanto à transferência.

Somente com a Lei Básica de 1967 cuidou-se da matéria em maior extensão. Estabeleceu-se a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas, remetendo-se, então, à legislação federal e aludiu-se à posse permanente, reconhecido o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nela existentes - caput do artigo 198. A previsão

Pet 3.388 / RR

sobre o usufruto resultou do fato de, mediante o artigo 4º, inciso IV, de tal Carta, haverem sido incluídas entre os bens da União "as terras ocupadas pelos silvícolas", definição que não ocorreu com as Constituições de 1934 (artigo 20), de 1937 (artigo 36) e na de 1946 (artigo 34), valendo notar que esta última sequer usou da forma alargada das duas primeiras, que contemplaram a referência genérica aos "bens que pertencerem à União, nos termos das leis atualmente em vigor", isto quanto ao domínio federal.

Pois bem, com o Diploma Maior de 1967 foram cominadas a nulidade e também a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza de atos que tivessem por objeto o domínio, a posse e a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas - § 1º. Previu-se mais, ou seja, que tais fenômenos - nulidade e extinção de efeitos - não dariam aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio - § 2º.

Quando da entrada em vigor de tais preceitos - em 1967 - e pelos trabalhos antropológicos realizados, os indígenas - hoje cerca de 150 - já estavam há pelo menos vinte e sete anos longe de suas terras e, portanto, quer para a definição do domínio da União, quer para a proteção aos próprios silvícolas já não se podia falar em terras por eles ocupadas. O Estado alienara-as em dezembro de 1937, ou seja, trinta anos antes da inovadora disciplina constitucional.

A Emenda Constitucional de 1969 não implicou alteração de tais normas, conforme depreende-se, até mesmo, da repetição dos números dos artigos, parágrafos e incisos a eles relacionadas.

E o que houve com a promulgação da Carta de 1988? Uma revolução na matéria, fulminando-se situações de há muito constituídas sob o pálio de ordens constitucionais precedentes?

Por acaso desconhecera-se títulos de propriedade compreendidos em cadeia iniciada há mais de cinquenta anos, ou seja, há mais de meio século, viabilizando-se o retorno dos silvícolas a terra ocupadas em período anterior?

A resposta é desenganadamente negativa.

É certo que o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias impôs à União o dever de concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Todavia, ao cogitar-se dos bens da União, dentre eles incluíram-se não as terras que outrora foram ocupadas pelos silvícolas e que, por isto ou por aquilo, deixaram de sê-lo e, mais do que isso, passaram ao domínio privado, atuando como alienante o próprio Estado. Aludiu-se às

Pet 3.388 / RR

terras tradicionalmente ocupadas pelos índios - inciso XI do artigo 20, o que, no campo da razoabilidade, da segurança da vida em Estado Democrático de Direito, faz pressupor situação de fato definida - a ocupação - muito embora presentes conflitos quanto aos limites em que verificada. No particular, é temerário falar em terras imemoráveis com o alcance que vem sendo atribuído à expressão, ou seja, de autorizar o desfazimento de uma gama de atos, desalojando-se tantos quantos confiaram na ordem jurídica em vigor e, portanto, na formalização das relações jurídicas de que participaram. Não, a tanto não leva a interpretação da atual Carta, nem da que lhe antecedeu. Em momento algum visou-se a corrigir as imensas injustiças praticadas contra aqueles que já habitavam o Brasil à época da descoberta, porquanto isto acabaria por ocorrer com o sacrifício de quem não vivenciou as práticas de outrora e de valores tão caros quando em jogo a segurança na vida em uma sociedade.

A atual Carta não assegura aos indígenas o retorno às terras que outrora ocuparam, seja qual for a situação jurídica atual e o tempo transcorrido desde que as deixaram. O reconhecimento de direitos contido no artigo 231 está ligado, no particular, às "terras que tradicionalmente ocupam" (presente), sendo que houve nítida preocupação em definir o sentido da expressão. De acordo com o § 1º, são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios "as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições". Constata-se que toda a definição parte do pressuposto de as terras vierem sendo habitadas pelos silvícolas, valendo notar que, coerentemente, o § 1º do citado artigo veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras. Por outro lado, a regra sobre a nulidade, extinção e ausência de produção de efeitos jurídicos, verdadeira superposição de consequências, isto quanto aos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo ou a exploração das riquezas naturais do solo, rios e lagos nelas existentes, ressaltando relevante interesse público da União - § 6º - não tem alcance suficiente a fulminar alienação que foi formalizada por unidade da Federação há mais de meio século, sob pena de abrir-se campo propício a um sem número de reivindicações em tal sentido, pois o artigo 232 da Carta cogita da legitimação das comunidades e organizações indígenas para ingressar em Juízo em defesa dos direitos e interesses adquiridos. Fico a imaginar o descalabro do enfoque abrangente que respaldou o Decreto de homologação. Para os fins do artigo 231 da Constituição Federal, admitiu-se não a habitação das terras indígenas em período ao menos posterior à Carta de 1967, mas até 1938. Imagine-se o que poderá vir a acontecer com áreas em que hoje existem grandes cidades e que outrora foram ocupadas por índios.

Pet 3.388 / RR

Não, a isto não conduzem os preceitos constitucionais aplicáveis à espécie. Prevêem não a devolução das terras das quais de há muito foram retirados os indígenas e que hoje estão na titularidade de pessoas diversas, mas asseguram a permanência dos índios nas que por eles estão habitadas, podendo-se cogitar de retroação à vigência da Carta de 1967, a que pela primeira vez dispôs sobre o tema com as consequências drásticas acima consignadas. A retroação aos idos de 1938, com a declaração de ineficácia dos títulos formalizados e despejo sumário daqueles que nelas estão alojados, é passo demasiadamente largo, que não atende aos ditames constitucionais, especialmente quando estes também albergam o direito de propriedade.

Razões humanísticas, o clima da ECO 92 - época em que foi assinado o Decreto homologatório - não se sobrepõem à Lei Máxima. Configuram ato violador do direito líquido e certo dos Impetrantes à propriedade da qual são titulares a demarcação tal como homologada - ou seja, a partir da constatação de que até 1938 os índios estiveram nas terras, e para os fins do artigo 231 da Carta Federal - e a nulidade, extinção e retirada dos efeitos jurídicos dos atos sucessivos de alienação a partir de 1937 - folha 79.

Acresce a isto que mesmo diante das consequências jurídicas do Decreto homologatório da demarcação - se é que ele realmente as tem - posto que formalmente baixado para os fins fixados no artigo 231 da Constituição Federal, os Impetrantes não foram cientificados para, querendo, acompanhar o processo administrativo que lhe serviu de base e no qual se entendeu pelo enquadramento das terras como de ocupação indígena. Somente com a conclusão respectiva se lhes dirigiram cartas comunicando a reocupação da área pelos índios e conferindo o exíguo prazo de cinco dias para desocupação, sob pena de a FUNAI não se responsabilizar por atos predatórios dos indígenas, seguindo-se o requerimento junto ao Ofício de Imóveis com o objetivo de alterar os registros constantes das matrículas.

O simples fato de tratar-se de um processo administrativo de demarcação de terras não exclui a observância das regras constitucionais asseguradoras do direito de defesa - incisos LIV e LV do artigo 5º. O que se nota é que os Impetrantes tiveram os imóveis alcançados pelo Decreto de homologação, sem que tenham participado do processo administrativo que lhe deu causa.

Por tudo isso, concedo a ordem pleiteada para cassar o Decreto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, datado de 21 de maio de 1992, e que foi publicado no dia imediato, relativo às terras situadas no Município de Aral Moreira - Estado de Mato Grosso do Sul - e que nele estão discriminadas.

É o meu voto.

Pet 3.388 / RR

Sob o ângulo de haver o domínio da União, cabe transcrever a ementa do acórdão relativo ao Recurso Extraordinário nº 101.037-1/SP, da relatoria do ministro Francisco Rezek, publicada no Diário da Justiça de 19 de abril de 1985:

ILHAS OCEÂNICAS. C.F., ART-4.-II. HÁ DE SER ENTENDIDA ESTA EXPRESSÃO EM SEU SENTIDO TÉCNICO E ESTRITO, VISTO QUE O CONSTITUINTE DE 1967 POR CERTO NÃO PRETENDEU INSCREVER, ABRUPTAMENTE, NO DOMÍNIO DA UNIÃO, BENS SITUADOS EM CENTROS URBANOS, NAS ILHAS LITORÂNEAS, E INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DE ESTADOS, MUNICÍPIOS E PARTICULARES. MÉRITO DA SENTENÇA SINGULAR E DO ACÓRDÃO DO T.F.R. HIPÓTESE DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA UNIÃO.

Analisando a superveniência da Carta de 1967, no âmbito do dispositivo que incluiu entre os bens da União as ilhas oceânicas, destacou Sua Excelência:

Parece seguro que o constituinte de 1967, ao empregar o termo "ilhas oceânicas" no art. 4º-II do texto maior, fê-lo no exato sentido e limitado que reconhecidamente ostenta há tanto tempo entre nós. A tese da União não é desarrazoada à consideração simples do texto constitucional, no preciso tópico em exame. Não seria correto, entretanto, enunciar pela metade os efeitos dessa tese, usando-a como obstáculo ao usucapião postulado por uma família que se instalou há cinquenta anos num terreno de Ilhabela, e escamoteando, no mesmo passo, tudo quanto de absurdo a referida tese importa consigo, sobretudo à vista das circunstâncias em que se produziu a Carta de 1967, e do fato de que a federação é ainda, embora tantos o ignorem, a forma do Estado brasileiro. A ler na expressão "ilhas oceânicas" o que lêem, neste momento, os patronos da fazenda federal, e dada a realidade elemental de que contra o comando constitucional não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito que se contraponha, teremos três Unidades federadas - não menos que três Unidades federadas - perderam, em 1967, suas capitais para o patrimônio da União. Em São Luís do Maranhão, bem assim em

Pet 3.388 / RR

Vitória e Florianópolis, o Estado e o município já não deteriam seus bens dominicais, nem os de uso especial, nem os de uso comum do povo. Ter-se-ia extinto, igualmente, o patrimônio privado. Do palácio do governo à casa de família, da catedral ao clube recreativo, das lojas e fábricas à praça pública, tudo se haveria num repente convertido em patrimônio da União por obra do constituinte de 67, tomado este - logo este - por um rompante de audácia que teria assombrado os legisladores da Rússia de 1918. Igual fenômeno ter-se-ia abatido sobre importantes centros urbanos do Estado de São Paulo, situados em ilhas costeiras, bem como sobre outras incontáveis cidades e povoações que se estendem pelo litoral atlântico. A modéstia, no entanto, terá levado os patronos da fazenda federal a silenciar sobre essas admiráveis conseqüências do seu conceito de "ilhas oceânicas", preferindo enunciá-lo tão só em face do particular que reclama do Judiciário o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Surge o problema alusivo ao interesse jurídico dos fazendeiros que possuem título de propriedade legitimado pelo Incra em área posteriormente demarcada. A União sustenta a nulidade dos títulos, pois a terra sempre lhe pertenceu, ante o artigo 231 do Diploma Maior.

Vejam o que consignou a respeito o ministro Peçanha Martins, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança nº 4.821/DF pela Primeira Seção daquela Corte:

[...]

E perguntar-se-á, diante dessas normas, e das provas pré-constituídas nesses autos: serão nulos os títulos e respectivos registros, inclusive os originais expedidos pelo Estado do Maranhão? Diz a FUNAI que sim, porque as terras seriam de posse permanente indígena. Pode, porém, a própria União, que é a proprietária da terra indígena, declarar, por um dos seus órgãos, a posse permanente indígena? Penso que não. O contrário seria admitir pudesse a União ser parte e juiz do seu próprio interesse. De outro lado, como admitir se faça tábula rasa do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais consagrados por todas as

Pet 3.388 / RR

Constituições democráticas? Invoca-se o processo estabelecido no Decreto nº 22, de 04.02.1991, que em nenhum momento faz qualquer referência ao contraditório e a ampla defesa do cidadão brasileiro ou mesmo estrangeiro que estiver ocupando tais terras ou delas for proprietário também por compra direta ao Estado, a quem a própria Constituição defere a propriedade das "terras devolutas não compreendidas entre as da união" (art. 26, IV). Vale dizer que nos termos do art. 20, "são bens da união: II. As terras devolutas indispensáveis a defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e a preservação ambiental definidas em lei; XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."

A Lei 6001/73 comete a órgão federal a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas (art. 35), e, no art. 36, prescreve:

"Art. 36. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, compete à União adotar as medidas administrativas ou propor por intermédio do Ministério Público Federal, as medidas judiciais adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitam."

E no parágrafo único complementa:

"Parágrafo único. Quando as medidas judiciais previstas neste artigo forem propostas pelo órgão federal de assistência, ou contra ele, a União será litisconsorte ativa ou passiva".

Como se constata, o Estatuto do Índio, como não podia deixar de ser, submete ao Poder Judiciário a solução dos litígios que envolvam as terras indígenas, mormente a posse delas. E não poderia deixar de ser assim num estado de direito democrático. A União, volto a dizer, não poderá ser parte e juiz da causa. Estou hoje convencido que tem razão o eminente Min. José de Jesus quando aponta a necessidade de ação discriminatória para identificar a propriedade das chamadas terras indígenas que estejam ocupadas por terceiros. No caso dos autos, por exemplo, há que se indagar qual dos órgãos da União terá procedido com acerto: O Banco do Brasil, que examinou os títulos de propriedade, os mesmos que só conferem presunção *juris tantum*, e concedeu vultoso financiamento aos proprietários? ou o IBAMA que concedeu-lhes autorização para desmatamento e implantação de serraria? ou, ainda o Grupo de Trabalho Interministerial que emitiu o Parecer nº 197, de 30.08.88, de que resultou a edição da Portaria nº 158/88 (doc. 100), retificando a Portaria Interministerial nº 076/88 (doc. 158) e reduzindo a área indígena a uma superfície de 65.700 ha?

Qual dos órgãos da administração direta e indireta está certo? E, sobretudo, quando estaria correta a União: na edição da Portaria 76 ou, ao revés, na de nº 158? Tais dúvidas e

Pet 3.388 / RR

incertezas não poderiam justificar a edição da Portaria s/nº impeditiva do trânsito e permanência dos que ocupam e lavram a terra nem nos regimes autoritários ou ditatoriais. No estado de direito democrático brasileiro, a Portaria, ilegal no seu item III, porque editada por autoridade não autorizada por lei, como bem assinalou o Min. Milton Pereira, e inconstitucional toda ela, porque desatende aos princípios constitucionais da liberdade de ir e vir, desrespeita o princípio do contraditório e ampla defesa e ignora o devido processo legal, violentando o direito de propriedade.

Eis como concluiu o Colegiado:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. POSSES OUTORGADAS PELO INCRA. DESPACHO DO MINISTRO DA JUSTIÇA Nº 38/96.

1. O ato Ministerial impugnado desobedeceu as prescrições do Decreto 22/91 e desconsiderou os Decretos Presidenciais 67.557/70 e 68.443/71, consoante os quais a área objeto do presente mandado de segurança foi declarada de interesse social, para fins de reforma agrária, delas não podendo ser desapossadas as inúmeras famílias ali assentadas pelo INCRA, desde 1982.

2. Segurança concedida para, confirmando a liminar, anular o Despacho nº 38/96.

É hora de finalizar este voto de mérito, que reconheço já ir longe. O tema impôs-me uma reflexão maior, em que pese não ter frutificado o pedido antecipado de vista - o qual resultaria no terceiro voto e não no nono - em face da circunstância de os colegas que me antecedem na ordem de votação não haverem consentido. Paciência, o Colegiado sempre reserva algumas surpresas. Nem por isso - a documentação o comprova - deixei de debruçar-me sobre a momentosa controvérsia, procedendo como se fosse relator do

Pet 3.388 / RR

processo, procedendo como se tivesse que veicular o primeiro voto no caso.

Julgo procedente o pedido inicial, fixando os seguintes parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, porquanto nula a anterior:

a) audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada;

b) audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas;

c) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo-se como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado;

d) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório.



Pet 3.388 / RR

e) audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira.

É o voto.



18/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, temos votos tomados no conjunto. Não sei se seria interessante adentrar o tema de fundo para, até mesmo, possuímos uma visão abrangente do que está nesse embrulho que precisa ser aberto.

Apresentei matéria, Presidente titular, ao nosso Vice-Presidente. Ele deve estar transmitindo-a a Vossa Excelência.

Terminei a parte alusiva às preliminares. Todos sabemos haver disciplina revelando que preliminares devem ser votadas separadamente e que só se examina a matéria de fundo uma vez suplantadas. Mas, como disse, a situação é complexa e já se tomaram votos considerado o todo da matéria. Daí ter indagado se não seria interessante - e mencionei o saneamento, em seis alíneas, que, sob a minha óptica, deve ocorrer do processo - passar ao voto quanto ao tema de fundo, como fizeram os Colegas que votaram antes de mim.



18/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****ESCLARECIMENTO****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -**

Agradeço ao Ministro Marco Aurélio que nos brindou com um brilhantíssimo voto, um denso estudo sobre a matéria. Estou certo de que, após os votos detalhados do Ministro Carlos Britto, do Ministro Menezes Direito, o qual pediu vista, e agora do Ministro Marco Aurélio, e, claro, de todos os votos que se seguiram, a questão indígena amanhã já não mais será a mesma, ganhará uma nova dimensão institucional.

Sabemos aqui que há coincidências, ou não, nas abordagens, mas fundamentalmente se está a dar um novo delineamento que nos ensina a todos.



18/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, ouvi atentamente o voto do Ministro Marco Aurélio e fiz um mundo de anotações - claro, eu não as lerei, porque senão tomarei as seis horas ou mais utilizadas pelo Ministro Marco Aurélio.

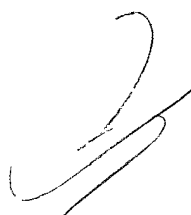
O que há de central no voto do Ministro Marco Aurélio já consta do meu voto e do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito seguramente.

Uma a uma das contraditas, uma por uma, tudo está devidamente respondido, equacionado à luz da Constituição, à luz da lei da ação popular e da legislação infraconstitucional, a partir do Estatuto do Índio, sobre a questão indígena.

Agora, claro, o que há de lateral, periférico, não comentarei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Para mim, não é periférico; para mim, é conteúdo, porque diz respeito à nacionalidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Eu ouvi Vossa Excelência sem interrompê-lo. Peço a Vossa Excelência, também, que não me interrompa.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, apenas Vossa Excelência não queira adjetivar o que lancei em meu voto. Respeite o voto que proferi.

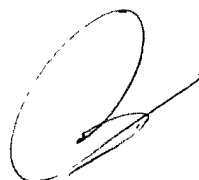
Já afirmei, várias vezes, que não faço questão de formar na corrente majoritária. Faço questão, isto sim, que conste da ata como votei na espécie. Agora, respeito o voto alheio e não penso que seja adequado criticar o voto do Colega, apontando-o como de conteúdo periférico, como se tivesse aqui delirado, presente o que está em jogo neste processo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Mas, Vossa Excelência, vamos convir, nós já sabemos disso. Esse mantra já é conhecido, Excelência.

Vossa Excelência falou tanto de voto lírico, romântico, e a quem Vossa Excelência estava se referindo?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência é um poeta, mas não queira acusar um golpe que não foi dirigido a Vossa Excelência, a quem respeito. Não se sinta atingido pelo que veiculei neste voto. Imaginei estar seguindo a minha ciência e consciência no voto proferido.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Mas vamos superar, Excelência. Vossa Excelência fez o seu voto, eu o ouvi. Muito bem, a questão é tão grande, maior do que todos nós, tão importante para o nosso país - até para a humanidade - que exige de



Pet 3.388 / RR

nossa parte uma centrada atenção no que interessa. Vamos superar esses dissensos.

Agora, eu peço a Vossa Excelência que ouça a minha tréplica, como eu ouvi, atentamente, a réplica de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas, se Vossa Excelência quiser, posso retirar-me.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não, absolutamente.

Vamos, então, à confirmação do meu voto, porque, no fundo, eu estou apenas confirmando.

Senhor Presidente, o objeto da ação popular - como todo mundo sabe -, desta ação, foi, centralmente, a defesa do patrimônio público, ou de entidade de que o Poder Público participe.

Então, eu assento que não é possível, em ação popular, o chamamento ao feito de pessoas que buscam a preservação de interesses privados: defesa da propriedade privada, bens privados etc.

Quanto ao Estado de Roraima, ele não praticou nenhum ato lesivo ao patrimônio público para comparecer na condição de litisconsorte passivo necessário. Ele não praticou nenhum ato. A ação popular é dirigida contra a União, esta, sim, apontada como autora de ato lesivo ao patrimônio público - exatamente ao patrimônio de Roraima.



Pet 3.388 / RR

Quanto a admitir o Estado no pólo passivo - aliás, foi o que ele pediu: depois de encerrada a instrução processual, o Estado veio a esta Corte pedir a sua admissão no processo como autor. Ora, a ação popular só pode ser promovida por cidadão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Como autor ou como litisconsorte passivo?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Sim, mas pode ser promovida por cidadão.

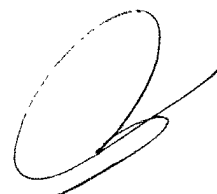
A lei diz que a prova da cidadania se faz com a apresentação do título de eleitor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não podemos confundir litisconsorte ativo com passivo, Excelência.

Vossa Excelência está se contradizendo. Afirmou, inicialmente, que ele requereu - como se quisesse defender os atos atacados na inicial da ação - a participação como parte passiva e, já agora, aponta que teria requerido como parte autora. De duas, uma: ou como parte passiva ou ativa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não, Excelência, está aqui no meu relatório:

"14. Dois dias depois (07.05.2008), foi a vez de o Estado de Roraima fazer idêntico movimento, na outra ponta do processo (petição nº 64.182). Pelo que, ao cabo de 120 (cento e vinte) laudas de minuciosa exposição e escorado em abundantes cópias de documentos" - salvo engano, dez anexos - "aquela unidade federativa também requereu" - palavras da



Pet 3.388 / RR

unidade federativa - "seu ingresso no feito, na condição de autor"

Pronto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, é que Vossa Excelência teria mencionado o litisconsórcio passivo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não, eu estou dizendo - agora eu acho que Vossa Excelência ...

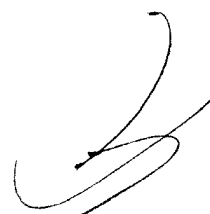
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, sim, estou satisfeito.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Então, eu segui a lei e supero isso.

Agora, se não bastasse isso, nós decidimos, aqui, em questão de ordem. Eu trouxe a questão de ordem, agitei-a e propus - no que fui cancelado por unanimidade, inclusive com o voto de Vossa Excelência - que o Estado de Roraima fosse admitido na condição de assistente. Por unanimidade, a Corte já deliberou sobre isso. É questão superada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não é superada, porque o julgamento não está concluído, Excelência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Estou dizendo a Vossa Excelência que tive o cuidado, na qualidade de Relator...



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quando o processo se encontra no juízo, a qualquer momento pode ser revista uma decisão interlocutória - o que se dirá quanto ao Colegiado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Vamos estabelecer, aqui, um contraditório durante a minha exposição. Vamos incidir em um movimento de ioiô ou de estica-e-puxa, porque digo algo, e Vossa Excelência imediatamente passa a contrabater. Então, por favor, deixe-me concluir o meu raciocínio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência votou. Não sei por que está tão preocupado com um voto discrepante, já tendo o apoio de oito integrantes da Corte - aliás de sete, pois Vossa Excelência é o oitavo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Eu fiquei tão feliz ouvindo o voto de Vossa Excelência. Primeiro, porque Vossa Excelência estudou e trouxe aqui - e Vossa Excelência não fez um voto de mais de seis horas para homenagear a prolixidade ou render loas à superficialidade. Não faria isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência sabe que não sou dado a isso. Não retruco, normalmente não me estendo quando voto, muito embora divirja muito no Plenário. Utilizo, quase sempre, o poder de síntese.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Estou dizendo que fiquei feliz com o voto de Vossa Excelência porque me possibilitou...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, se está havendo o contraditório, é porque, após o meu voto, Vossa Excelência pediu a palavra para quê? Para retrucar o que assentei isoladamente. Por isso não posso silenciar.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não, Excelência, estou mantendo o meu voto e dizendo por que o faço. Está difícil.

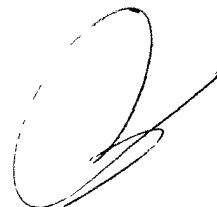
O voto de Vossa Excelência me agradou sobremodo porque me colocou à prova. E eu tenho temperamento, caráter e vocação para rever os meus pontos de vista quando entendo que eles são equivocados.

Mas, no caso, não. Acho que não estou equivocado em absolutamente nada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ainda bem que Vossa Excelência apenas acha!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - No central, mantenho o meu ponto de vista e entendo o seguinte:

Primeiro, Vossa Excelência não entendeu o meu voto naquilo em que passou a analisá-lo.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não interpreto voto, Excelência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Mas interpretou. Em segundo lugar, Vossa Excelência tem uma visão da Constituição diametralmente oposta à minha na matéria. Apenas isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não. Votei e transcrevi trechos. Não interpretei o seu voto. Fui fiel ao que Vossa Excelência consignou.

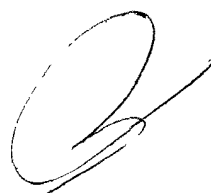
O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Isso não é desdouro para nenhum de nós dois. O Direito legislado é, muitas vezes, uma moldura aberta e cabe mais de um recheio.

Vossa Excelência entendeu de um jeito - e fez muito bem, com a eloquência que lhe é peculiar -, eu entendi de outro e estou aqui a confirmar, **data venia** de entendimento contrário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vamos deixar, então, que o Presidente colha os demais votos e proclame o resultado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Estou a confirmar o acerto das posições que sustentei perante a Corte. Mas, Vossa Excelência me levou, durante as seis horas - ou pouco mais -, a anotar e confirmar...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Perdoe-me o cansaço que lhe provoquei!



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não, não cansou de jeito nenhum. Estou aqui aceso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Se pudesse, retiraria tudo o que foi veiculado nesta assentada.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não, estou aqui aceso e feliz. Aprendi com Vossa Excelência, como todos nós aprendemos aqui e ali; agora, não há vício formal, nem no processo administrativo nem no processo judicial.

As partes e seus assistentes não experimentaram nenhum cerceio - estou falando no plano do devido processo legal e da oportunidade do contraditório e da ampla defesa.

As sedes dos municípios de Pacaraima, Normandia, e Uiramutã ficaram inteiramente de fora do processo demarcatório - até porque Pacaraima já diz com a reserva São Marcos e não com a reserva Raposa Serra do Sol.

O modelo de demarcação, para mim, é o contínuo, não o fracionado em ilhas, o fatiado por porções - tipo queijo suíço -, em que os índios ficam com os buracos e os não-índios, sobretudo os fazendeiros, com o queijo propriamente dito.

A demarcação por ilha é uma possibilidade muito grande de matar os índios de fome e impedir que eles tenham essa possibilidade de se reproduzir fisicamente e culturalmente.



Pet 3.388 / RR

Os eventuais títulos de propriedade sobre terra comprovadamente indígena, por laudos antropológicos sérios, bem elaborados e subsidiados por muitos outros elementos de retratação da realidade, os quais deixaram clarissimamente posto que os índios das cinco etnias ocupavam as terras que afinal foram demarcadas como de usufruto exclusivo deles e, portanto, de propriedade da União. A data limite, ou o marco temporal fixado pela Constituição em 5 de outubro de 1988 está correto. Só que os índios estavam ali, segundo os laudos, nas imediações, e não estavam em certas áreas, hoje ocupadas por fazendeiros, porque foram escorraçados, porque foram expulsos, porque foram violentamente impedidos de materializar a sua ocupação tradicional, que é uma ocupação qualificada pela perdurabilidade, impedida, no caso, por um ato de violência.

Então, não há nenhuma contradição no meu voto, os laudos são perfeitos. Eu analisei minuciosamente, mas minuciosamente, todas essas increpações, acusações, suspeitas de parcialidade dos elaboradores do parecer antropológico, Paulo Santilli, e do próprio laudo antropológico, Dra. Maria Guiomar de Melo. Todas essas acusações de que servidores participaram do processo, fazendo levantamentos censitários, e que o motorista teria operado também como se técnico fosse. Tudo foi devidamente analisado e contrabatido, a meu sentir, com robustez; com poder, portanto, de convencimento.



Pet 3.388 / RR

A semântica adotada pela Constituição nos seus artigos 231 e 232 - eu já estou concluindo - é que exige de nossa parte uma interpretação mais refinada, mais requintada, porque foi a semântica dos índios, e não a semântica dos não-índios. Quando a Constituição diz para a ocupação, para a posse, para a produção, reprodução, a semântica "habitação" a ser utilizada pelo intérprete não é a dos não-índios, a tradicional, coloquial; é a dos índios propriamente ditos, porque a Constituição diz o seguinte - vou ler para confirmar o acerto do meu juízo:

"Art. 231 - *São reconhecidos*" - são reconhecidos, não outorgados, não concedidos; são reconhecidos, diz a Constituição, para retratar uma situação jurídica de superdireito, ou seja, obedecendo a lógica do desde sempre, porque, se a Constituição dissesse "outorgados", a lógica seria do doravante-*"sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam,..."* - não imemorialmente, porque, aí, os laudos técnicos teriam que ser não antropológicos, como efetivamente o foram, mas arqueológicos, e a Constituição não queria laudo arqueológico para falar de imemorialidade; ela se contentava com laudos antropológicos, e por isso é que falou de tradicionalidade - *"competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens"*.

E, agora, vem a parte mais importante com a qual eu termino minha participação:

"§ 1º - *São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas*" - semântica da habitação - *"em caráter permanente,"* - semântica de permanência -, *"as utilizadas para suas atividades*



Pet 3.388 / RR

produtivas," - semântica de utilização - "as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."

Ou seja, segundo os usos, costumes e tradições deles, dos índios e não dos não-índios - é por isso que estou falando de uma semântica diatópica, especialíssima, bem ao gosto do notável sociólogo português Boaventura de Sousa Santos.

O que fez a Constituição - inclusive, anulando, ela mesma, os títulos de supostos proprietários, ou posseiros, em terras indígenas -, longe de incidir em romantismo ou lirismo, foi resgatar mesmo uma dívida histórica e assentar um compromisso fraternal, essa terceira geração de direitos do indivíduo. A Constituição quis, com os artigos 231, 232 e outros dispositivos esparsos, num total de 18 dispositivos sobre a questão indígena, dar um cobro, um fim na visão portuguesa da questão indígena que era de ver os índios como se fossem inferiores e como se não pudessem, com sua cultura específica, contribuir para a afirmação do caráter nacional, para plasmar o caráter nacional. A Constituição superou, de uma vez por todas, a visão do colonizador sobre os índios, que é uma visão preconceituosa, cruel, exploradora, etnocida, uma visão, enfim, escravagista. Então, a Constituição, decididamente, optou pelo prestígio das etnias indígenas como formadoras do caráter nacional e

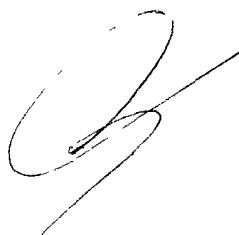


Pet 3.388 / RR

coautoras da ideologia nacional. Isso não é romantismo, não é lirismo, isso é interpretação de Direito Constitucional Positivo.

Senhor Presidente, com essas minhas breves palavras, mantenho o meu voto, com as achegas do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no sentido, portanto, de reconhecer a regularidade do processo de demarcação das terras indígenas, o formato contínuo de demarcação, a conseqüente anulação dos títulos de propriedade, de posse, ou até concessões cartorárias, estatais, - no meu voto, eu também falo sobre isso -, com a imediata cassação da liminar. E deixaremos, para um segundo momento, a discussão sobre as condições de operacionalização desta nossa decisão, constantes do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, assim como a data precisa da desocupação da área pelos fazendeiros que lá ainda se encontram.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'C' followed by a horizontal stroke and a diagonal line extending upwards and to the right.

18/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quero registrar, inicialmente, a excelência dos votos **proferidos** no julgamento **da presente** causa, com especial destaque para os votos proferidos pelos eminentes Senhores Ministro CARLOS BRITTO, **Relator**, Ministro MENEZES DIREITO e, hoje, pelo Senhor Ministro MARCO AURÉLIO.

Entendo, Senhor Presidente, consideradas as nulidades ora invocadas, **que a presente causa** se mostra formalmente em ordem, sem quaisquer vícios aptos a invalidá-la.

Assinalo, desde logo, que todos os possíveis interessados na solução do litígio **intervieram** na presente relação processual, **sendo certo que se observou**, quanto a todos eles, **a garantia constitucional** pertinente ao "due process of law".

Isso significa, tal como acentuou o eminente Relator, que essa garantia constitucional **foi respeitada tanto** no âmbito **desta** causa quanto no curso do procedimento de demarcação



Pet 3.388 / RR

administrativa da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol que a FUNAI promoveu no Estado de Roraima.

Na realidade, a FUNAI observou, de modo estrito, a exigências inerentes à cláusula do "due process of law", tendo em vista as graves conseqüências jurídicas **derivadas** da demarcação administrativa de terras indígenas, ensejando, a qualquer interessado, a possibilidade de se insurgir contra referido procedimento administrativo.

Ao assim proceder, a FUNAI **observou** o magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **estabeleceu e consolidou** em torno do alcance dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República.

Como se sabe, o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica **de qualquer** cidadão ou entidade, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o **postulado** da plenitude de defesa, pois - cabe enfatizar - o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem conseqüências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo



Pet 3.388 / RR

legal (CF, art. 5º, LIV e LV), consoante adverte autoriza magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/17 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, "O Direito de Defesa na Constituição de 1988", p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "O Direito à Defesa na Constituição", p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 102/103, item n. 2.3.9, 32ª ed., **atualizada** por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2006, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade da



Pet 3.388 / RR

própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter disciplinar (RDA 97/110 - RDA 114/142 - RDA 118/99 - RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 253/2002 - RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

"RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO 'DUE PROCESS OF LAW'.

- O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, **qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o **reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de **qualquer** medida estatal - **que importe** em punição disciplinar ou em limitação de direitos - **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (CF, art. 5º, LV), a **fiel** observância do princípio do devido processo legal.

A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege** e **condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina."**

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, pois, que assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do "due process of law" (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa

Pet 3.388 / RR

nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV.

Vale referir, neste ponto, importante decisão emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal que bem exprime essa concepção da garantia constitucional do "due process of law":

"(...) 3. **Direito de defesa** ampliado com a Constituição de 1988. **Âmbito de proteção** que contempla **todos** os processos, judiciais ou administrativos, **e não se resume** a um simples direito de manifestação no processo. 4. **Direito constitucional comparado. Pretensão** à tutela jurídica **que envolve não só** o direito de manifestação e de informação, **mas também** o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. **Os princípios** do contraditório e da ampla defesa, **assegurados** pela Constituição, **aplicam-se a todos os procedimentos administrativos**. 6. **O exercício pleno** do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 10. **Mandado de Segurança deferido para determinar observância** do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV)." (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES - grifei)

Vê-se, portanto, que o respeito efetivo à garantia constitucional do "due process of law", ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado no caso ora em exame), condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que

Pet 3.388 / RR

se acha investida a Pública Administração, inclusive a FUNAI, sol
pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que
informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, a
legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado,
especialmente quando tais deliberações possam comprometer a esfera
jurídica do particular.

Esse entendimento - que valoriza a perspectiva
constitucional que deve orientar o exame do tema em causa - tem o
beneplácito de autorizado magistério doutrinário, tal como o
expendido, dentre outros já previamente referidos, pela eminente
Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER ("O Processo em Evolução",
p. 82/85, **itens** ns. 1.3, 1.4, 2.1 e 2.2, 1996, Forense
Universitária).

Tenho para mim que o procedimento administrativo de
demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol **não apresenta** vício
de nulidade **que pudesse justificar** a sua invalidação.

Na realidade, observou-se, em referida demarcação
administrativa, a cláusula constitucional do devido processo, ai
incluídas a garantia do contraditório e da ampla defesa, valendo
referir, ainda, que o ato de homologação, além de haver emanado de

Pet 3.388 / RR

autoridade competente, o Presidente da República, também não dependia, para se revelar juridicamente eficaz, de prévio assentimento do Conselho de Defesa Nacional, mesmo que se tratasse, como sucede na espécie, de áreas situadas em faixa de fronteira.

É importante assinalar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 25.483/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, impetrado, precisamente, contra o Decreto presidencial de 15/04/2005, veio a denegar o "writ" mandamental, por reconhecer a plena regularidade jurídica do procedimento de demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, proferindo, então, decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA/SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

.....
Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ('caput' do artigo 231 da Constituição Federal). Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa.

A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira.

Pet 3.388 / RR

Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa, se, aos impetrantes, foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa/Serra do Sol não é mais do que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade.

Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança." (grifei)

Torna-se relevante observar, neste ponto, que a demarcação administrativa em questão, embora iniciada em momento anterior ao da edição do Decreto nº 1.775/96, viabilizou, aos interessados, o exercício pleno do direito de defesa e do contraditório, considerado o que dispõe o art. 9º desse mesmo decreto presidencial, eis que se ensejou, a todos, a oportunidade de apresentar defesa, como bem assinalou o eminente Relator da presente causa.

Cabe registrar, ainda, por oportuno, que o procedimento administrativo de demarcação ora questionado observou, com fidelidade, as fórmulas rituais e as garantias processuais necessárias ao reconhecimento da inteira validade jurídica de mencionada demarcação administrativa.

Pet 3.388 / RR

Note-se que o estatuto de regência do procedimento em causa tem por suporte o Decreto nº 1.775/96, cuja compatibilidade com o texto da Constituição, especialmente com a exigência de respeito ao contraditório e à ampla defesa, já foi reconhecida em diversos julgados desta Suprema Corte (MS 21.649/MS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.), como aquele que se acha consubstanciado em decisão assim ementada:

"MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. SEGURANÇA INDEFERIDA.

.....
Ao estabelecer um procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/1996 não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa. Proporcionalidade das normas impugnadas. Precedentes. Segurança indeferida."

(MS 24.045/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei)

Sustenta-se, também, a invalidade do laudo pericial de exame antropológico, porque subscrito por apenas um profissional da área de antropologia, havendo sido questionada, ainda, a suposta ampliação da área indígena já demarcada.

Tais objeções foram bem afastadas no douto voto que o eminente Relator proferiu e cujos fundamentos, por consistentes,



Pet 3.388 / RR

foram reafirmados no voto (vista) do eminente Ministro MENEZES DIREITO, de que reproduzo as seguintes passagens:

"Nesse ponto, não enxergo nenhum vício no procedimento demarcatório. No que se refere à existência de apenas uma assinatura no relatório do grupo técnico e à não-participação de alguns de seus componentes indicados, é importante lembrar que o procedimento demarcatório da chamada Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi regulado por dois instrumentos normativos distintos: o Decreto nº 22/1991 e o Decreto nº 1.775/1996.

Enquanto o primeiro estabelecia que '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 etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários', o segundo prevê que 'a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação', bem como que 'o órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etnohistórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação'.

Ora, se há uma diferença entre um e outro diploma normativo no que se refere à chamada fase de identificação do processo de regularização, esta é, no Decreto nº 1.775/1996, a expressa exigência de um laudo antropológico para fundar a regularização da área. De todo modo, o certo é que tanto em um quanto em outro fica clara a atribuição do antropólogo de um papel preponderante, que envolve a coordenação de todo o trabalho. Assim, o relatório do antropólogo é o 'foco' desse processo (cf. Rodrigo Pádua Rodrigues Chaves. A identificação de terras indígenas e os relatórios de



Pet 3.388 / RR

identificação e delimitação da FUNAI: reflexões sobre a prática da antropologia no Brasil. 'in' Antropologia e Identificação. Rio de Janeiro: Contracapa, 2005. págs. 137 a 146).

Dessa forma, nem a presença, ao lado de especialistas, de representantes que não ostentavam essa condição ou que só refletiam a orientação de um grupamento indígena, nem a assinatura do relatório do grupo apenas pela antropóloga chega a prejudicar a validade do trabalho ali apresentado, já que esta era a coordenadora desse trabalho.

Tampouco parecem apresentar problemas a inclusão de área já demarcada ou a diferença da área declarada da terra indígena. E desde já me limito a verificar a regularidade da declaração de área entre a edição das Portarias n.ºs 820/1998 e 534/2005, porque, antes disso, o processo de demarcação não fora concluído, o mesmo se dando quanto à área dos Ingarikós, e os ajustes então efetuados ficaram no âmbito do trabalho a ser realizado, bem como das atribuições de seus responsáveis.

O que o autor sustenta é que a diferença, para maior, entre a área declarada no Decreto homologatório de 15/4/2005 e na Portaria n.º 534/2005 (1.747.464ha) e aquela indicada na Portaria n.º 820/1998 (1.678.800ha) não estaria justificada.

Convenço-me de que, também nesse ponto, não lhe assiste razão. Em verdade, trata-se de consequência possível da medição realizada após a fixação dos marcos e a atualização do mapa e do memorial descritivo, como consta das informações prestadas pelo Diretor-Geral de Demarcação, Sr. Manoel Francisco Colombo, no ofício de folha 1.620.

De todo modo, qualquer dúvida sobre a eventual majoração da área demarcada é afastada na simples comparação entre a descrição dos limites em cada uma das portarias. Os marcos geográficos são exatamente os mesmos, muito embora suas coordenadas geodésicas variem minimamente, o que se deve por certo à maior precisão na sua localização exata. Compare-se a redação do art. 2º da Portaria n.º 534/2005 com o texto do art. 1º da Portaria n.º 820/1998. Não se cuida, portanto, de ampliação da área indígena já demarcada. A flutuação, neste caso, ocorreu durante o curso da demarcação.

Pet 3.388 / RR

No que se refere a essas irregularidades formais, portanto, não vejo como reconhecer a incidência do art. 2º da Lei nº 4.717/1965." (grifei)

Em suma: não vislumbro qualquer eiva de nulidade no procedimento administrativo de demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, acolhendo, desse modo, e no que se refere à análise de todas as supostas nulidades jurídicas que teriam comprometido a validade de referida demarcação administrativa, os doutos e fundamentados votos proferidos, no ponto, pelos eminentes Ministros CARLOS BRITTO, Relator, e MENEZES DIREITO.

Inexistindo, desse modo, quaisquer nulidades de ordem processual, passo a analisar o fundo da presente controvérsia mandamental.

Inquestionável, Senhor Presidente, sob múltiplos aspectos, que o exame da presente causa faz instaurar discussão em torno de temas impregnados do mais alto relevo constitucional, a começar por aquele que se refere à questão da terra, analisada sob a perspectiva dos povos indígenas.

Não obstante a centralidade de que se reveste a questão pertinente às relações que os povos indígenas mantêm com a terra, é preciso ter presente, tal como acentuaram os eminentes Ministros



Pet 3.388 / RR

CARLOS BRITTO e MENEZES DIREITO, que o art. 231 da Constituição - ao reconhecer, aos índios, direitos sobre as terras "que tradicionalmente ocupam" - estabeleceu, de maneira bastante precisa, quanto ao fato da ocupação indígena, um marco temporal, que, situado em 05 de outubro de 1988, atua como aquele "insubstituível referencial" a que aludiu, em seu voto, o eminente Ministro CARLOS BRITTO.

Isso significa que a proteção constitucional estende-se às terras ocupadas pelos índios, considerando-se, para efeito dessa ocupação, a data em que promulgada a vigente Constituição, vale dizer, terras por eles já ocupadas há algum tempo, desde que existente a posse indígena no momento da vigência de nossa Lei Fundamental, tal como assinalou o eminente Relator, ao fazer referência, em seu douto voto, ao "marco temporal da ocupação":

"Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, 'dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam'. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar 'uma pá de cal' nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição

Pet 3.388 / RR

anterior. **É exprimir: a data de verificação do fato** em si da ocupação fundiária **é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude** da subitânea proliferação de aldeias, **inclusive** mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, **sob o único propósito** de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; **b) a violência** da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. **Numa palavra**, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a 'chapa radiográfica' da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. (...)." (**grifei**)

Dai a observação que o eminente Ministro MENEZES DIREITO fez, **a esse respeito**, em seu douto voto:

"(...) **Em primeiro lugar**, as terras indígenas **são terras ocupadas** pelos índios. **Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais** ocupam; **não são terras que ocupavam** até certa data **e não ocupam** mais. São terras **ocupadas** pelos índios **quando** da promulgação da Constituição de 1988.

O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) **decorre do próprio** sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, **que não poderia** deixar de abranger **todas** as terras indígenas **existentes quando da promulgação** da Constituição, **sob pena** de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios **após** sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer **após** a Constituição de 1946, **mesmo** tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras. **A mesma razão pode ser extraída** do voto do Ministro Victor Nunes Leal no julgamento do RE nº 44.585 (DJ de 11/10/1961).

A **correta extensão** da proteção iniciada pela Constituição de 1988 **exige**, pois, **que a presença dos índios seja verificada na data** de sua promulgação (...).

A ocupação é, portanto, **um fato** a ser verificado.

Pet 3.388 / RR

Em segundo lugar, as terras indígenas são terras ocupadas tradicionalmente pelos índios.

Para José Afonso da Silva, tantas vezes citado neste processo, **ao contrário** do que prevalecia nas Constituições anteriores, **o advérbio** 'tradicionalmente' **não deve ser** entendido como referente a uma ocupação **desde** tempos **mais** que pretéritos, **uma ocupação imemorial**:

'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 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' (...).

.....
O conceito indica modo de ocupação, a maneira pela qual os índios se relacionam com a terra. **É um novo ângulo** em relação **ao que previam** as Constituições anteriores que, **se** de um lado justifica a extensão geográfica dos direitos a serem reconhecidos, **de outro pode** significar a exigência de que a ocupação pelos índios se dê em conformidade com a cultura e o 'modus vivendi' que se deseja preservar.

A Constituição acabou adotando **o termo** que já vinha previsto **no art. 11** da Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT **e no art. 14** da Convenção nº 169, **que a substituiu**.

Esse modo de ocupação, por sua vez, **foi definido** na própria Constituição, **no § 1º** do art. 231.

.....
'Terras que os índios tradicionalmente ocupam' **são**, desde logo, **terras já ocupadas** há algum tempo pelos índios **no momento** da promulgação da Constituição. **Cuida-se** ao mesmo tempo **de uma presença constante e de uma persistência** nessas terras. Terras **eventualmente** abandonadas **não se prestam** à qualificação de terras indígenas, **como já afirmado** na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal. **Uma presença bem definida** no espaço ao longo de certo tempo **e uma persistência** dessa



Pet 3.388 / RR

presença, o que torna a habitação permanente outro fato a ser verificado.

.....
Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do fato indígena.

A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquiva das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.

Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar." (grifei)

É por tal razão que a posse indígena das terras ocupadas na data em que passou a vigor a Constituição de 1988 exige, para configurar-se, para além da mera ocupação física, a conjugação de outros fatores, como aqueles de caráter econômico, de natureza cultural e antropológica e, ainda, os de índole ecológica, a evidenciar, em decorrência de sua própria complexidade, que a posse indígena, tal como disciplinada pelo texto constitucional, não se reduz à dimensão nem se confunde com a noção ou o conceito de posse civil.

Vale referir, neste ponto, fragmento de douda - e conhecida - peça jurídica que o eminente Ministro GILMAR MENDES

Pet 3.388 / RR

elaborou, quando Procurador da República, ao oferecer, em nome da União Federal, contestação na ACO 362/MT, Rel. Min. DJACI FALCÃO:

"110. Cumpre 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, isto é, 'toda área por eles habitada', utilizada 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. (...). 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 à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. (...).

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 resultasse, originariamente, de

Pet 3.388 / RR

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

.....

112. 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' (...), a 'ocupação efetiva da terra' pelo silvícola deve ser definida tendo em vista os usos, costumes, tradições culturais e religiosas. (...):

.....

114. 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. (...)." (grifei)

Dá a importância jurídica que assume, nesse contexto, Senhor Presidente, o reconhecimento oficial, consubstanciado no decreto presidencial de homologação administrativa, de que determinada área qualifica-se como terra tradicionalmente ocupada por comunidades indígenas.

Não constitui demasia observar, neste ponto, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos, voltados,



Pet 3.388 / RR

unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.

A Constituição da República, na realidade, criou, em seu art. 231, § 1º, uma propriedade vinculada ou reservada, destinada, de um lado, a assegurar, aos índios, o exercício dos direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º) e, de outro, a proporcionar, às comunidades indígenas, bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, "caput" e seu § 1º).

Dá a advertência de LUIZ FELIPE BRUNO LOBO ("Direito Indigenista Brasileiro", p. 53, 1996, LTr), para quem "A propriedade das terras indígenas outorgada à União nasce com o objetivo de mantê-las reservadas a seus legítimos possuidores. Há um vínculo indissolúvel entre a reserva a que se destina e a natureza desta propriedade. Por esta razão são terras inalienáveis, indisponíveis, inusucapíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis" (grifei).

Emerge, claramente, do texto constitucional, que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das



Pet 3.388 / RR

prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, sem a garantia de permanência nas terras por ele já tradicionalmente ocupadas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria consciência e percepção como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive.

É por essa razão - salienta JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 856, item n. 3, 30ª ed., 2008, Malheiros) - que o tema concernente aos direitos sobre as terras indígenas transformou-se "no ponto central dos direitos constitucionais dos índios", eis que, para eles, a terra "tem um valor de sobrevivência física e cultural". É que - prossegue esse eminente constitucionalista - não se ampararão os direitos dos índios, "se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza (...) constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil" (grifei).

A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do



Pet 3.388 / RR

comércio jurídico as terras indígenas ("res extra commercium"), proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando, ainda, ineficazes as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem possibilidade de quaisquer conseqüências de ordem jurídica, inclusive aquelas que provocam, por efeito de expressa recusa constitucional, a própria denegação do direito à indenização ou do acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º).

Cumpre ter presente, por isso mesmo, a correta advertência feita por DALMO DE ABREU DALLARI ("O que são Direitos das Pessoas", p. 54/55, 1984, Brasiliense):

"(...) ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização." (grifei)



Pet 3.388 / RR

É por tal razão que já se decidiu, no regime constitucional anterior - em que havia norma semelhante (CF/69, art. 198, § 1º) à que hoje se acha consubstanciada no art. 231, § 6º, da Constituição de 1988 - que a existência de eventual registro imobiliário de terras indígenas em nome de particular qualificava-se como situação juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz, pois, em tal ocorrendo, prevaleceria - como ainda hoje prevalece - o comando da norma constitucional referida, "que declara nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas" (Revista do TFR, vol. 104/237 - grifei).

O fato de as áreas objeto de posse indígena estarem situadas em faixa de fronteira não impede nem atua como obstáculo jurídico a que sejam demarcadas, administrativamente, pela União Federal, para efeito da proteção constitucional dispensada aos índios pelo art. 231 da Constituição da República.

É que a existência, ao longo das fronteiras terrestres do Brasil, de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não se revela incompatível nem compromete os interesses estratégicos de nosso País ou a defesa do território nacional, pois, como bem afirmou o eminente

Pet 3.388 / RR

Ministro EROS GRAU, "nossas faixas de fronteira estão mais adequadamente protegidas quando compostas de terras indígenas".

A circunstância de a faixa de fronteira constituir área indispensável à segurança nacional, à defesa da integridade territorial do Brasil e à proteção da soberania nacional justifica, plenamente, todas as medidas preconizadas no voto que o eminente Ministro MENEZES DIREITO proferiu nesta causa, notadamente aquelas concernentes à desnecessidade de prévia autorização da FUNAI ou de consulta prévia às comunidades tribais interessadas, para efeito de instalação, em tais áreas indígenas, de unidades militares e de atuação, nessas mesmas áreas, de qualquer das Forças Singulares. 

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Especialmente, Ministro Celso, porque se está fixando, de forma muito clara, que não haverá óbice ao trânsito de forças armadas nessa área. De modo que se está assentando isso claramente nos vários votos; do contrário, se tivesse que haver licenças, certamente isso seria pertinente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Também entendo que a demarcação, em terras contínuas, da área indígena Raposa/Serra do Sol foi muito bem justificada nos votos que me precederam, especialmente



Pet 3.388 / RR

naqueles proferidos pelos eminentes Ministros CARLOS BRITTO, Relator, e MENEZES DIREITO, **valendo reproduzir**, ainda, no ponto, o que observou, em seu douto voto, o eminente Ministro EROS GRAU:

"01. O artigo 231 da Constituição do Brasil **reconhece** aos índios os direitos originários 'sobre as terras que tradicionalmente ocupam', '**competindo** à União demarcá-las'. Isto é: **incumbe** à União demarcá-las **como elas são, continuamente ou em ilhas; vou repetir:** como elas são tradicionalmente ocupadas, continuamente ou em ilhas. **Essas terras, como elas são,** é que devem ser demarcadas pela União.

.....
08. É certo que, na data de vigência da Constituição de 1988, **as cinco etnias indígenas** que lá estão **ocupavam**, tradicionalmente, **a área de Raposa/Serra do Sol. Não há**, nos autos, **prova nenhuma** de que isso não ocorresse. **A posse dos índios é remota e incontestável**, razão pela qual **decreto** de 15 de abril de 2005, do Presidente da República, **homologou a portaria n. 534**, do Ministro da Justiça, de 15 de abril, **demarcando** as Terras Indígenas Raposa/Serra do Sol **em 'terras contínuas'**.

Ademais, existe, no caso, coisa julgada - o **MS 25.483**, relator o Min. Carlos Britto - coisa julgada expressiva **da plena correção** do procedimento dessa demarcação. **Aqui nem se trata**, como se vê, de boa-fé administrativa, **mas de boa-fé judicial**, nada justificando que este Tribunal **volte-se** contra si próprio no que decidiu.

09. As Terras Indígenas Raposa/Serra do Sol **foram demarcadas em 'terras contínuas'**, porque eles, os índios, **assim tradicionalmente as ocupavam**, em outubro de 1988. (...) **as aldeias** das cinco etnias de Raposa/Serra do Sol **movimentavam-se, movimentam-se, deslocando-se** de um ponto a outro **por inúmeras razões. Uma delas, não a única**, a atinente à circunstância de a agricultura indígena obedecer a necessária rotatividade do solo, **de sorte a prevenir** seu esgotamento **e permitir** o plantio pelos grupos domésticos durante todo o ano. **Eis o que a Constituição protege:** 'as terras necessárias à reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições' (§ 1º do artigo 231).

Pet 3.388 / RR

A alteração do território original de Raposa/Serra do Sol, mediante a demarcação não contínua, mas 'em ilhas, apenas seria admissível se houvesse, nestes autos, prova completa de que os índios ocupavam, tradicionalmente, em ilhas, as terras de que se cuida, terras indígenas de Raposa/Serra do Sol. Mas essa prova não há." (grifei)

Confesso, Senhor Presidente, que me preocupava a constatação de que o Estado de Roraima havia perdido considerável base territorial, em possível violação a um dos postulados estruturantes da organização institucional do Estado brasileiro, qual seja, o princípio da Federação.

Parecia-me que Roraima estava sofrendo um sensível processo de "desestadualização", com grave comprometimento - causado por sensível perda de base territorial - de sua própria autonomia, dada a extensão, no âmbito dessa unidade federada, de vastas áreas sujeitas ao regime de dominialidade federal, tais como a faixa de fronteira, as terras indígenas e, em determinadas situações, as unidades de conservação instituídas pela União Federal e fiscalizadas pelo IBAMA, além daquelas reservadas à implantação de unidades militares vinculadas às Forças Armadas, notadamente ao Exército.

A minha preocupação, Senhor Presidente, tem por fundamento a circunstância de que, tais sejam as dimensões



Pet 3.388 / RR

territoriais de determinado Estado-membro, a demarcação administrativa de terras indígenas, em futuros procedimentos, poderá afetar, perigosamente, o princípio da Federação, com virtual inibição da autonomia institucional de que se acha impregnada cada uma das pessoas políticas que compõem a organização federativa em nosso sistema constitucional.



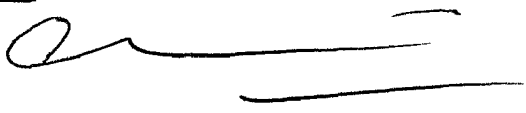
O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministro Celso de Mello, em parte, isso já foi contemplado no voto do Ministro Menezes Direito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Poder Executivo da União, na realidade, pode, Senhor Presidente, mediante utilização abusiva da demarcação administrativa de terras indígenas, comprometer, gravemente, a incolumidade jurídica do Estado Federal brasileiro, promovendo dramática redução da base geográfico-territorial de certa unidade federada, fazendo-o mediante reconhecimento, como terras indígenas - pertencentes, em consequência, ao patrimônio da União Federal -, de extensas áreas localizadas no Estado-membro.

Dá a necessidade, Senhor Presidente, de rígido controle jurisdicional, quando regularmente provocado por quem se



Pet 3.388 / RR

julgue injustamente lesado, do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas - sem prejuízo da possibilidade, na fase administrativa do procedimento demarcatório, de prévia audiência pública, com ampla participação das unidades federadas interessadas -, em ordem a impedir que a autonomia institucional do Estado-membro venha a ser afetada em decorrência de substancial redução de sua base física, causada pelo arbitrário reconhecimento, como área indígena, de terras cuja ocupação não se ajuste aos parâmetros definidos no art. 231 da Constituição e, também, no Estatuto do Índio. 

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - De tudo resulta - acho que há quase um consenso, também foi focado no voto do Ministro Marco Aurélio -, ser necessário uma ampla audiência, uma ampla participação.

Acredito que, para o futuro, temos que ter uma revisão completa. Isso resulta, claramente, daquele catálogo de questões trazidas pelo Ministro Menezes Direito, especialmente quanto à participação de outros entes. Isso, no que o Tribunal está dizendo, é que o processo de demarcação é muito sério para ser tratado pela FUNAI.

Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente, Senhor Presidente. Desejo salientar, no entanto, que a preocupação que venho de mencionar no caso presente foi afastada com a recente edição, pelo Senhor Presidente da República, da MP nº 454 e do Decreto nº 6.754, ambos de 28/01/2009, pois, com tais diplomas normativos, viabilizou-se a transferência dominial, em favor do Estado de Roraima, de área equivalente a seis milhões de hectares, o que corresponderia, aproximadamente, a ¼ (um quarto) da área total do território geográfico dessa mesma unidade da Federação.

Com as considerações ora expostas, Senhor Presidente, mas apoiando-me, fundamentalmente, nos doutos votos proferidos pelo eminente Ministro CARLOS BRITTO, Relator, e, também, pelo eminente Ministro MENEZES DIREITO, entendo, com toda a vênica, que se revela inacolhível a pretensão jurídica deduzida pelo autor popular.

É o meu voto.



18/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****EXPLICAÇÃO****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -**

Antes de encerrar, quero apenas ressaltar a importância do debate hoje aqui travado; da importância, Ministro Marco Aurélio, do voto-vista de Vossa Excelência, mesmo que já em nono lugar. Veja Vossa Excelência que nós, aqui, todos aprendemos e há muitas coincidências - muito provavelmente a mídia, amanhã, mostrará as dissidências - entre o voto de Vossa Excelência e outros aspectos já pontuados nos votos dos Ministros Carlos Britto e Menezes Direito e, agora, ressaltado de forma muito clara, no voto do Ministro Celso de Mello.

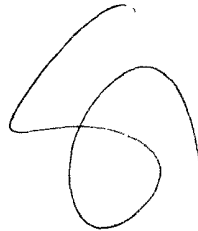
De modo que não se sinta constrangido pelo fato de ter pedido vista; pelo contrário, Vossa Excelência trouxe uma brilhante contribuição e deu mostras, ao repassar todos esses assuntos, de que nós não estamos apenas decidindo este caso. Nós estamos, pela primeira vez, fixando uma orientação para a questão da demarcação com todas as suas implicações. É importante que se diga isso.

Creio que, amanhã, nós teremos a oportunidade de resolver as questões, fixar os aspectos ligados à parte



Pet 3.388 / RR

dispositiva, inclusive quanto à eventual repercussão da decisão sobre novos procedimentos administrativos, até mesmo os que estão em curso de demarcação. Aí, então, trarei o meu voto que será, realmente, breve, porque espero que dediquemos um pouco mais de tempo na discussão das fórmulas que venhamos a ter como consensuais.

A handwritten signature, likely of a justice, consisting of a stylized 'S' followed by a loop.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****PETIÇÃO 3.388-4**

PROCED.: RORAIMA

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQTE.(S): AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

ADV.(A/S): CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS

ASSIST.(S): FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI

ADV.(A/S): ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTROS

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem, proposta pelo Relator, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, na posição de assistentes da União, todos eles recebendo o processo no estado em que se encontra. Em seguida, após o voto do Relator, julgando improcedente a ação popular, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo assistente Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, o Dr. Antônio Glaucius de Moraes; pelo Estado de Roraima, o Dr. Francisco Rezek; pelos assistentes Lawrence Manly Harte e outros, o Dr. Luiz Valdemar Albrecht; pela União e pela assistente Fundação Nacional do Índio - FUNAI, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; pela assistente Comunidade Indígena Socó, o Dr. Paulo Machado Guimarães; pelas assistentes Comunidade Indígena Barro e outras, a Dra. Joenia Batista de Carvalho, e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 27.08.2008.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Menezes Direito, que julgava parcialmente procedente a ação para que



sejam observadas determinadas condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras, nos termos de seu voto, o Tribunal, contra o voto do Senhor Ministro Celso de Mello, deliberou prosseguir no julgamento do processo, tendo em conta o pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Marco Aurélio. Em continuação ao julgamento, após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia e dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e da Senhora Ministra Ellen Gracie, que julgavam parcialmente procedente a ação popular para que sejam observadas as mesmas condições constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas da Ministra Cármen Lúcia, quanto aos itens X, XVII e XVIII, e o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente, o Senhor Ministro Carlos Britto (Relator) reajustou o seu voto para também adotar as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas em relação ao item IX, para excluir a expressão "em caráter apenas opinativo" e inserir a palavra "usos" antes da expressão "tradições e costumes dos indígenas", e propôs a cassação da medida cautelar concedida na AC nº 2.009-3/RR, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski. Em seguida, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, ocasionalmente, na segunda parte da sessão, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.12.2008.

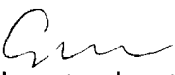
Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Marco Aurélio que, preliminarmente, suscitava a nulidade do processo, tendo em conta a ausência de: 1) - citação das autoridades que editaram a Portaria nº 534/05 e o Decreto de homologação; 2) - citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; 3) - intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo; 4) - citação de todas as etnias indígenas interessadas; 5) - produção de prova pericial e testemunhal e 6) - citação dos detentores de títulos de propriedade consideradas frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo, e que, quanto ao mérito, julgava procedente o pedido, fixando como parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória: a) - audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; b) - audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; c) - levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado; d) - em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob



tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório, e e) - audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira; e, após o voto do Senhor Ministro Celso de Mello que julgava parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso para continuação na sessão seguinte. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 18.03.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármem Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

19/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****EXPLICAÇÃO****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -**

Senhores Ministros, na sessão de ontem, após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente suscitava a nulidade do processo, tendo em conta a ausência de citação das autoridades que editaram a Portaria nº 534 e o Decreto de Homologação; citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo; citação de todas as etnias indígenas interessadas; produção da prova pericial e testemunhal; citação dos detentores de títulos de propriedade, consideradas as frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo; e que, quanto ao mérito, julgava procedente o pedido, fixando, como parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, a audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada, a audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do



Pet 3.388 / RR

grupo interdisciplinar que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado, em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação se faça sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada com a participação do Estado de Roraima, bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório; e audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira, e, após o voto do Senhor Ministro Celso de Mello, que julgava parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso para continuação na sessão seguinte. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie, com voto já proferido na assentada anterior.

Senhores Ministros, eu agora passo ao meu voto na matéria.



O SR. PAULO MACHADO GUIMARÃES (ADVOGADO) - Vossa Excelência me permite usar da palavra, pela ordem, na matéria?

Em nome das Comunidades Indígenas Socó e outras, que são assistentes, submeto à apreciação de Vossa Excelência e dos demais Ministros desta Corte uma questão de ordem que está com cópia na bancada para todos os Senhores e Senhoras Ministras, em que suscitamos uma questão de ordem no sentido de que seja analisado o cabimento da renovação da oportunidade de sustentação

Pet 3.388 / RR

oral das partes, autor, réu e assistentes em relação a uma questão nova consubstanciada nas condições submetidas à apreciação da Corte no voto-vista de Sua Excelência o Ministro Menezes Direito e, também, acrescidas, ontem, no voto do Ministro Celso de Mello.

Invocamos e nos amparamos no precedente representado na questão de ordem apreciada por este Tribunal no Recurso Extraordinário nº 353.657, cujo Relator foi o Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio, em que foi renovada a oportunidade de sustentação oral às partes em função de uma matéria relacionada à modulação de efeitos na aplicação da decisão desse recurso extraordinário.

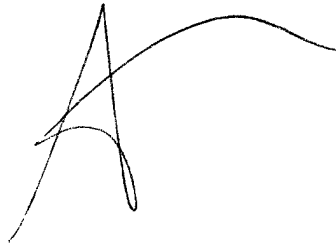
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -

Ministros, se não houvesse óbice, eu preferiria proferir o voto para, depois, nos manifestarmos sobre essa questão; ou, se quiserem, poderemos decidir.



19/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, manifesto-me no sentido de que Vossa Excelência proferiria o voto primeiro, até porque podem surgir outras questões também.



19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

À revisão de aparte do Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente).

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

É melhor decidir logo a questão de ordem. *mult*

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Vossa Excelência se manifesta no sentido da rejeição?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Pela rejeição. *mult*

19/03/2009

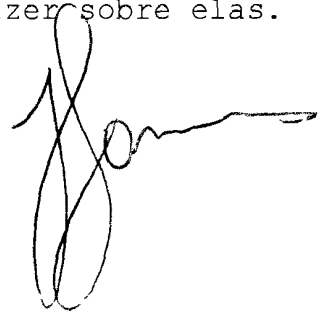
TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, eu voto pela concessão do prazo porque as dezoito propostas feitas no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito inovam, radicalmente, em relação ao que foi proposto na ação popular. Não se debateu a respeito dessas propostas em nenhum momento, ao longo da discussão deste processo.

Portanto, eu acho perfeita. Se a Corte está determinada a impor essas dezoito condições, que ela, pelo menos, ouça o que as partes interessadas têm a dizer sobre elas.



19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAVOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

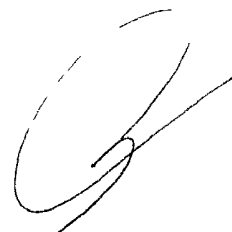
O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Com o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, **data venia**.

Voto no sentido de não possibilitar a sustentação oral por entender que as propostas de voto do Ministro Menezes Direito operacionalizam a nossa decisão e resolvem problemas em concreto. Mas, o central permaneceu intocado, porque, aqui, o que o autor popular pede? A nulidade do processo; isso nós já rejeitamos. Segundo, que a demarcação não seja pelo formato contínuo; nós já rejeitamos também. Dissemos: o processo é hígido, lícito portanto, é limpo, escorreito, está saneado. E, por outro lado, o formato demarcatório é mesmo o contínuo e não insular.

Nessa medida, está centralmente decidida a questão.

Agora, o Ministro Menezes Direito, com essa técnica criativa, inteligente, de condicionar a execução de nosso julgado a algumas providências, entendo que essa proposta atua no campo da operacionalização do nosso decisório.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Algumas sim, Ministro Britto, mas outras não.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas isso já foi, de qualquer forma, referendado nos vários votos proferidos.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas a Corte estará decidindo uma questão séria, que trará constrangimentos a comunidades, sem jamais debater, sem que as partes tenham podido debatê-la, trazer os seus argumentos.

19/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**

À revisão de aparte do Sr. Ministro Joaquim Barbosa.

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, com o devido respeito, também vou acompanhar o voto pela rejeição, porque a circunstância de, eventualmente, os julgadores suscitarem questões, fundamentos, razões e argumentos que não foram previstos pelas partes, compõe o mecanismo de julgamento, isto é, ninguém pode prever o que ocorrerá na cabeça do juiz. Toda vez em que for invocado um argumento, um fundamento, uma questão nova no curso do julgamento incidentalmente, se isso for suficiente para justificar nova sustentação oral, iremos abrir precedente perigosíssimo, em que, sempre se for suscitada questão nova, teremos de interromper o julgamento para recomeçá-lo com sustentação!

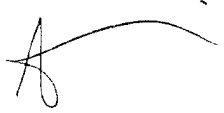
O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, essa questão nova inova; ela neutraliza, em boa parte, aquilo que se concederá em alguns tópicos, sim.



19/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA****CONFIRMAÇÃO DE VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu havia me manifestado com relação à proposta de Vossa Excelência no sentido de que terminássemos primeiro a votação e examinássemos a questão depois. Não votei, portanto, na questão suscitada pelo eminente Advogado.

Peço vênica para indeferir o pleito também, afirmando que não houve nenhuma inovação no que diz respeito ao contexto fático. Os fatos são imutáveis ou não se modificaram ao longo das nossas discussões. Na verdade, como disse o eminente Ministro Cezar Peluso, o que foi modificado foram argumentos, quer dizer, argumentos jurídicos trazidos para as diversas decisões proferidas no Plenário.



O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Vossa Excelência me permite? Além do que muitos fundamentos do voto do Relator estão contemplados nas achegas do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Ou seja, não houve inovação nos fundamentos em rigor.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Britto, Vossa Excelência me permite? Eu leio um memorial distribuído ontem ou

Pet 3.388 / RR

anteontem pelo Procurador-Geral da República. Ele examina uma a uma algumas das condições impostas e diz o seguinte:

"Observe-se agora o conteúdo das condições V e VI:

Condição V: O usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;"

Chamo a atenção para esta parte final:

"Condição VI: A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;"

Diz o Procurador-Geral:

"Não é preciso qualquer esforço para se constatar que tais condições conferem primazia completa e incondicionada à política de defesa nacional, em detrimento dos direitos indígenas. Ademais, elas tornam a tutela dos direitos indígenas dependente das leituras sobre segurança nacional realizadas por órgãos vinculados às Forças Armadas, que, pelo seu perfil institucional, tenderão muitas vezes a supervalorizar riscos e ameaças, em detrimento dos interesses constitucionalmente protegidos das comunidades indígenas.

Não bastasse a primazia incondicionada à política de defesa nacional, elas excluem o direito dos povos indígenas de serem ouvidos antes da adoção

de decisões que lhes afetem. Neste sentido, as condições ofendem francamente o disposto no art. 6º da Convenção nº 169 da OIT:"

Ele analisa várias dessas condições.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Tudo bem, Excelência. E exatamente esses dois pontos, se Vossa Excelência me permite, consubstanciam anteparos institucionais na perspectiva da Federação e da segurança nacional que eu coloquei no meu voto e o Ministro Direito também.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Eu citei esses dois pontos de maneira aleatória. Citei de forma aleatória para demonstrar que essas condições inovam.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - É uma questão de leitura, eu estou entendendo que não. São anteparos que já constam dos nossos votos, do meu e do Ministro Direito.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Inovam em relação à Constituição, ao que diz a Constituição.

19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

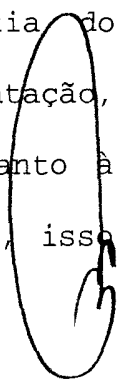
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, todos sabem que sou aberto à fala dos senhores advogados, aos esclarecimentos que devem ser prestados pelos profissionais da advocacia nesse múnus público que é o revelado pela defesa no processo.

Ocorre que, embora estejamos vivendo - e vou parafrasear um livro sobre Roosevelt e Leonor - tempos muitos estranhos, há de se respeitar uma certa organicidade nos julgamentos.

O que tivemos na espécie? A prolação de um voto, como tantos outros proferidos até aqui no julgamento deste processo, que concluiu pelo acolhimento em parte do pedido inicial. Possível extravasamento desse pedido inicial não se resolve no campo da rediscussão da matéria, como se pudéssemos voltar ao *statu quo ante* e ter-se, até mesmo, o aditamento da peça primeira da ação e, então, partir para a fase de contestações e de instrução do processo.

Não creio que seja móvel para reabrir-se a sustentação da Tribuna, até mesmo sem reabrir-se a instrução do processo, a circunstância de ter surgido, na prolação de um voto, repito, um novo enfoque para julgar a causa desta ou daquela maneira.

Por isso, compreendendo até mesmo a angústia do profissional da advocacia, entendo que não cabe nova sustentação, porque teríamos que cientificar os demais representantes quanto à reabertura da discussão, a reabertura da fase de sustentações, isso para que houvesse o tratamento igualitário.



19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAVOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, eu não havia chegado a votar, mas quero fazer uma observação antes disso.

Estou inteiramente de acordo com as preocupações do Ministro Joaquim Barbosa. A meu ver, temos que discutir isso. Se não foi discutido, temos de discutir, debater, ainda que o tempo se prolongue.

Admito que, do ponto de vista processual, seria extremamente complicado. Mas vou acompanhar o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - eu sempre acompanho o Direito -, não obstante todas essas preocupações do Ministro Joaquim Barbosa.

Se houver uma questão de fato, pode eventualmente ser esclarecida, mas a minha preocupação permanece no mesmo tom do Ministro Joaquim Barbosa.



19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, entendo perfeitamente as preocupações do nobre advogado, porém lembro que o Supremo julgou, em duas Ações Diretas, 1.105 e 1.127 - parece-me -, aquele dispositivo, o artigo 7º do Estatuto da OAB, que propiciava exatamente a possibilidade de o Advogado falar após o voto do Relator. Isso foi julgado inconstitucional pelo Plenário. A relatoria foi do Ministro Marco Aurélio.✓

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Contra o meu voto. Veja a abertura.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, apenas para dizer exatamente que essa organicidade acaba decorrendo daí✓

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - A organicidade não pode violar algo que é fundamental: o *due process of law*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, e estamos seguindo o devido processo legal, porque foi feita a votação exatamente a partir do que foi posto✓

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não estamos seguindo o devido processo legal. Nós estamos examinando uma ação que foi proposta com um objetivo, com o pedido específico claro. Nós estamos prestando a jurisdição dando outro resultado que ninguém sabe de onde surgiu. Não foi debatido em nenhum momento.

Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Mas nós vamos debater aqui ponto por ponto. Nós vamos debater cada um.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Já que vamos debater, por que não ouvir as partes interessadas?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Como diz o Relator, a centralidade está posta *J*

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Por que não ouvir as partes interessadas? Elas têm algo a dizer. Isso se chama *due process of law*.

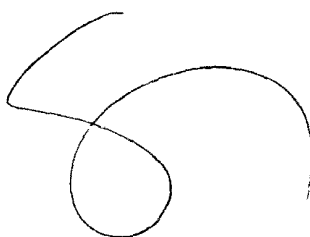
19/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**

À revisão de apartes do Srs. Ministro Cezar Peluso e Carlos Britto (Relator).

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Também entendo que havia a possibilidade de dois pedidos: de se julgar improcedente a ação, completamente, como se poderia julgar procedente a ação, deitando por terra toda a demarcação e colocando, restabelecendo o **status quo**. O que o Tribunal está fazendo é julgando parcialmente procedente, com ressalvas, mas estabelecendo determinadas condições.

Não me parece que haja qualquer violação, aqui, do devido processo legal, porque esse pedido está entre as múltiplas possibilidades aqui colocadas. Entre o tudo e o nada, há um universo possível, em termos de lógica. Portanto, não há - creio - nenhuma violação. Claro que, já na assentada anterior, quando o Ministro Menezes Direito trouxe seu voto, foram feitas considerações sobre possível heterodoxia da construção, mas isso decorre do modelo de sermos Corte constitucional e de termos de construir soluções tendo em vista a gravidade dos temas que são afetados à Corte.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite - só para lembrar -, isso não é nenhuma novidade no campo processual. É só para dar um exemplo, digamos, mais evidente. Suponhamos que o Tribunal, como acontece frequentíssimas vezes, ao examinar uma causa, verifique a existência de uma nulidade de caráter absoluto que ninguém discutiu. O Tribunal está impedido de, **ex officio**, independentemente de nova inquirição ou de nova audiência das partes, proclamar? Não. Isso faz parte, vamos dizer, do campo da cognição do Tribunal. Não é? Se todas as vezes que o Tribunal tiver de se pronunciar sobre aquilo que está dentro do campo lógico e jurídico da sua cognição, tiver de ouvir novamente as partes, nós não terminamos nenhum julgamento.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - É a dinâmica decisória.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Rejeitada a questão de ordem, com as devidas vênias ao Ministro Joaquim Barbosa. Eu passo ao meu voto.



PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

V O T O

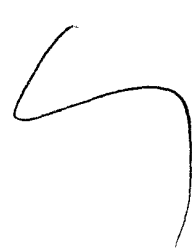
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

O caso Raposa Serra do Sol é, certamente, um dos mais difíceis e complexos já enfrentados por esta Corte em toda a sua história. Os múltiplos e diversificados fatores sociais envolvidos numa imbricada teia de questões antropológicas, políticas e federativas faz desse julgamento um marco em nossa jurisprudência constitucional.

Não há respostas precisas e diretas para o problema apresentado ao Tribunal. Soluções de improcedência ou procedência, total ou parcial, dos pedidos apresentados, não abarcam a totalidade das questões suscitadas em toda a sua complexidade e diversidade.

A decisão que tomamos hoje, portanto, deve também estar voltada para o futuro. Não devemos apenas mirar nossa atenção retrospectiva para quase três décadas de conflitos nesse difícil processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Devemos, isso sim, deixar fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam.

Essa é a lição que temos a oportunidade de deixar assentada no julgamento de hoje. Temos o dever de, em nome da Constituição e de sua força normativa, fixar os parâmetros para que o Estado brasileiro - não apenas a União, mas a federação em seu conjunto - efetive os direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação.



Pet 3.388 / RR

A decisão de hoje, dessa forma, tem um inegável cunho pedagógico que não podemos menosprezar. As considerações que fiz após muito refletir sobre o problema - inclusive por meio de verificação *in loco* de suas reais dimensões -, levam em conta esse conteúdo propedêutico que nossa decisão pode assumir em relação a outros processos de demarcação.

Assim, não pretendo, de maneira alguma, impor soluções definitivas e exatas para os problemas enfrentados. Analiso todas as questões que no processo foram suscitadas e aceno, com isso, para o futuro, numa hermenêutica que leva em conta um "*pensamento de possibilidades*" (Häberle).

Passo então à análise do caso.

Senhores Ministros, Senhoras Ministras. Esta é uma questão que me toca de maneira bastante profunda. Eu fui aluno externo do Seminário Jesus Maria José, de Diamantino, dos padres jesuítas, e nós convivíamos lá com os índios. Na época, os jesuítas estavam incumbidos daquilo que eles chamavam Missão de Pacificação. Eu conheci, por exemplo, o Padre austríaco Johann Dornstauder, que é tido como o pacificador dos canoieiros *rikbatksa*. Era um padre que atuava na prelazia de Diamantina, na época, uma das maiores prelazias do mundo, e, por isso, tive a oportunidade de conviver com essa realidade. Tive amigos índios e lembro-me, na minha classe, de Daniel Cabixi. Portanto, eu conheço um pouco essa realidade aqui exposta.

Em 1987, por uma dessas contingências da vida, tive a oportunidade de discutir, na Procuradoria-Geral da República, a questão das terras indígenas. Vivíamos, naquele momento, um quadro bastante desfavorável para a União e para as populações indígenas. O Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Soarez Munhoz,



Pet 3.388 / RR

nos autos da Ação Civil Originária nº 278, entendera que a posse indígena haveria de coincidir com o conceito de posse do Direito Civil, rompendo com uma antiga jurisprudência pacífica, sustentada em votos de Victor Nunes Leal, Hermes Lima e outros.

Em razão disso, alguns advogados se animaram a propor ações de anulação ou de reivindicação, as chamadas desapropriações indiretas. Uma delas, a mais ousada, me coube contestar na condição de Procurador da República.

Tratava-se da Ação Cível Originária nº 362, inicialmente da relatoria do Ministro Djaci Falcão, em que se reivindicava a anulação de toda a demarcação do Parque Indígena do Xingu ou a correspondente indenização para o Estado do Mato Grosso.

Jovem Procurador, à época, fiquei preocupado com esse debate, com o conceito de posse indígena estreito firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Não vislumbrava quase solução diante da pré-compreensão dominante naquele momento. Até que um dia, num lampejo, ao elaborar a contestação, de mais de cento e oitenta páginas, que discutia os vários assuntos e conceitos relacionados à posse indígena, propomos um conceito dessa posse nas suas múltiplas dimensões, representando um regresso à noção de que ela envolvia a idéia de um *habitat* de valores culturais.

No entanto, parecia que esse conceito era de difícil aceitação pela Corte naquele momento histórico. E, de fato, o que impressionou os Ministros foi a prova de que, muito provavelmente, os laudos periciais que haviam embasado a demarcação já imune à ação rescisória eram falsos.

Essa falsificação havia se dado de forma muito grave porque os vários peritos sustentavam que na área onde hoje se situa o



Pet 3.388 / RR

Parque Indígena Xingu não havia índios. A tese básica consistia em afirmar que os índios se situavam entre o paralelo 12 e o paralelo 13, latitude sul, tendo sido levados posteriormente para o Parque Indígena Xingu.

Essa tese, acolhida inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal, foi objeto de uma reflexão mais profunda pela Corte ao deparar-se com as demonstrações de laudos periciais falsos. Em 14 de outubro de 1993, ao julgar a Ação Cível Originária nº 323/MG, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, que tratava da área dos índios Krenak de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal entendeu por não mais aplicar a jurisprudência firmada na Ação Cível Originária nº 278. A Corte voltou a reconhecer que o conceito de posse indígena não coincidia com a posse de Direito Civil, que não podia haver essa equivalência ou essa equiparação.

O fato é que, apesar da Ação Cível Originária nº 362 ainda não ter sido julgada, a tese ali sustentada restou amplamente aceita.

Tenho a impressão, também, de que o estudo desenvolvido naquela contestação, publicado à época pela Procuradoria-Geral da República, teve alguma influência no debate que se seguiu durante o processo constituinte. Creio que nesse sentido o estudo também teve os seus méritos, alargando esse conceito. Todavia, ainda hoje eu me deparo até com transcrições literais desse trabalho, às vezes em trabalhos da própria Procuradoria, e eu não vejo sequer referência à autoria do estudo. Isso não tem a menor relevância. Eu, de vez em quando, até me lembro do apólogo em que Machado dizia: eu tenho servido de agulha para linhas ordinárias.



Pet 3.388 / RR

E a questão, agora, é retomada nesse debate belíssimo que nós estamos desenvolvendo ao longo das diversas sessões de julgamento desta Pet 3.388.

O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

Um dos pontos relevantes desse debate circunscreve-se à averiguação da legalidade e da constitucionalidade do procedimento administrativo demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Sabemos que compete à União, nos termos do art. 231, *caput*, da Constituição, a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. O art. 19 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) estabelece que as terras indígenas, por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio (FUNAI), serão administrativamente demarcadas de acordo com o procedimento estabelecido em decreto do Poder Executivo.

Quando se iniciou o procedimento de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, estava em vigor o Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991. No curso dos trabalhos, o referido ato normativo foi revogado e substituído pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

Aqui também tive a oportunidade, quando no Governo, de discutir o processo demarcatório. No Governo Fernando Henrique Cardoso, estando o Ministro Nelson Jobim na gestão do Ministério da Justiça, se desenhou no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 22, que regulamentava o procedimento demarcatório, porque ele não assegurava o contraditório e a ampla defesa.



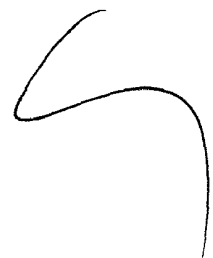
Pet 3.388 / RR

Isso repercutiria sobre os casos já homologados, as demarcações já efetuadas, como também afetaria as demarcações em curso. Tendo em vista esse contexto, o Ministro Nelson Jobim pensou numa solução que veio a se materializar no Decreto nº 1.765 de 1996. O objetivo era assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa àqueles que seriam ou poderiam ser afetados por um ato drástico, o ato de demarcação que, com a configuração administrativa da declaração de área indígena, afirma a inexistência da propriedade.

Esse decreto foi objeto de muitas discussões. Participei, com o Ministro Nelson Jobim, de um debate na Folha de São Paulo sobre esse decreto, e se afirmava, na época, que o decreto tenderia a eliminar os direitos indígenas quando, na verdade, o que se buscava era regularizar o procedimento do contraditório neste âmbito, o procedimento administrativo com o devido processo legal.

Faço um parêntese para lembrar que, na época, o Professor Dalmo de Abreu Dallari sustentou a tese contrária. Dizia ele que não havia de ter contraditório nesta área, que se estava apenas a inventar uma fórmula para retirar o direito dos indígenas, quando o Governo inclusive tinha a preocupação de reabrir o prazo para as demarcações em curso, para tornar prejudicados até os mandados de segurança que estavam em curso no Supremo Tribunal Federal, porque se sabia que a jurisprudência do Tribunal, não só nessa matéria, mas em outras idênticas, como nós vimos depois nos casos de anulação de atos pelo Tribunal de Contas da União, que a tendência do Tribunal era afirmar o contraditório e a ampla defesa nas mais diversas relações.

Quando da minha indicação para esta Casa, o Doutor Abreu Dallari afirmou num artigo publicado na Folha de São Paulo, de 08 de maio de 2002:



Pet 3.388 / RR

"Já no governo Fernando Henrique, o mesmo Dr. Gilmar Mendes, que pertence ao Ministério Público da União, aparece assessorando o ministro da Justiça Nelson Jobim, na tentativa de anular a demarcação de áreas indígenas. Alegando inconstitucionalidade, duas vezes negada pelo STF, 'inventaram' uma tese jurídica, que serviu de base para um decreto do presidente Fernando Henrique revogando o decreto em que se baseavam as demarcações."

O decreto a que se refere Sua Senhoria é esse Decreto nº 1.775, que tinha como objetivo apenas estabelecer o contraditório e a ampla defesa e que, agora, estamos dizendo que tem regulamentação insuficiente, e precisa, inclusive, ser devidamente adensado.

Vejam os Senhores que o Professor, aqui, também falseou dados, faltou com a verdade. Hoje o decreto está aí como tábua de salvação, reconhecem todos. Vejo o esforço do Doutor Paulo Machado no sentido de preservá-lo, embora ele tenha sido objeto de impugnação numa ADI que foi rejeitada, pois não estabelecia nada mais do que o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, tal como preconiza a jurisprudência do Tribunal. Portanto, essas questões, creio, estão bem equacionadas.

O Decreto nº 22/91, no art. 2º, § 3º, dispunha apenas que os órgãos públicos federais, estaduais e municipais deveriam, e as entidades civis poderiam, prestar, perante o grupo técnico, informações sobre a área objeto de estudo, no prazo de 30 dias, contados da publicação do ato de constituição do referido grupo. Não havia, pois, a possibilidade de que os interessados se manifestassem sobre a existência de vícios ou irregularidades no procedimento ou no relatório produzido.

A principal inovação trazida pelo novo decreto (art. 2º, § 8º) foi a possibilidade de os Estados, Municípios e demais interessados, desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação do resumo do relatório circunstanciado produzido pelo grupo técnico, apresentarem as suas

Pet 3.388 / RR

razões, instruídas com todas as provas pertinentes, com a finalidade de pleitear indenização ou de demonstrar a existência de vícios, totais ou parciais, no relatório produzido pelo grupo de trabalho.

Encerrado o referido prazo, deve a FUNAI (art. 2º, § 9º) encaminhar o procedimento administrativo, com parecer a respeito das razões e provas apresentadas pelos interessados, ao Ministro da Justiça, que poderá adotar as seguintes providências (art. 2º, § 10): (i) declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar a sua demarcação; (ii) determinar diligências complementares; (iii) desaprovar a identificação e determinar o retorno dos autos à FUNAI.

O Decreto 1.765 ressalvou a validade dos trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente à sua edição, desde que compatíveis com os princípios nele estabelecidos (art. 3º). Com relação aos procedimentos iniciados anteriormente à vigência do Decreto 1.775/96, foi assinalado o prazo de 90 dias, contados da publicação do decreto, para que os interessados se manifestassem, com a apresentação dos arrazoados e das provas pertinentes (art. 9º).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 24.045-8/DF, Rel. Joaquim Barbosa, DJ 05.08.2005, entendeu não violar o direito ao contraditório e à ampla defesa o estabelecimento de procedimento contraditório diferenciado para os processos de demarcação que se iniciaram anteriormente à vigência do Decreto nº 1.775/1996 (possibilidade de manifestação no prazo de 90 dias após a publicação do referido decreto). Eis o teor da ementa desse julgado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. SEGURANÇA INDEFERIDA. Imprescindibilidade de citação da FUNAI como litisconsorte passiva necessária e ausência de direito líquido e certo, por tratar a questão de matéria fática. Preliminares rejeitadas. Ao

Pet 3.388 / RR

estabelecer um procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/1996 não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa. Proporcionalidade das normas impugnadas. Precedentes. Segurança indeferida”.

Registre-se que o Min. Marco Aurélio, em voto isolado, suscitou a impossibilidade de se convalidar os atos praticados anteriormente à edição do Decreto nº 1.775/96. Segundo ele, se desde o início do procedimento não foi observado o contraditório, como exige a Constituição, a posterior previsão de um prazo para que os interessados se manifestem não é suficiente para a convalidação dos atos anteriormente praticados.

No MS 25.483-1/DF, Rel. Carlos Britto, DJ 14.09.2007, em que se impugnava o decreto presidencial de homologação da portaria de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, esta Corte afirmou o seguinte: “(...) Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o art. 9º do Decreto 1.775 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa)”. A ementa do acórdão consigna o seguinte:

“MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. Mandado de segurança não conhecido, no ponto. Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (caput do artigo 231 da Constituição Federal). Onde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de

Pet 3.388 / RR

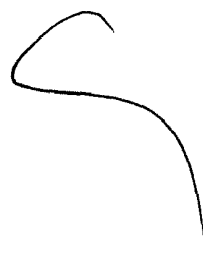
validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade. Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança”.

Cumpre destacar que, naquela ocasião, o Tribunal também deixou consignado que a manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira.

Neste ponto, é preciso fazer um parêntese para deixar claro que não se pode dizer que esse julgamento expresse entendimento pacificado no âmbito da Corte, não passível de revisão. Consoante explicitado nas reflexões seguintes que faço sobre o tema, para as demarcações (futuras) que envolvam áreas de fronteira, a manifestação do Conselho de Segurança Nacional deve ser colhida, tendo em vista a relevância geopolítica da questão e as implicações sobre a segurança e a soberania nacionais.

No referido mandado de segurança, em virtude das próprias limitações desse instrumento processual, que não admite dilação probatória, não foram apreciadas as questões atinentes à existência de vícios formais e à higidez do laudo antropológico no qual se embasou a demarcação.

No tocante às fases e exigências procedimentais, há poucas diferenças entre o procedimento previsto pelo Decreto nº 22/91 e o veiculado pelo Decreto nº 1.775/96.



Pet 3.388 / RR

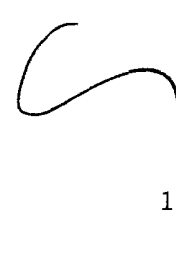
Na vigência do Decreto nº 22/91, o procedimento demarcatório deveria se iniciar com a designação de grupo técnico, composto por técnicos especializados da FUNAI e coordenado por antropólogo. Esse grupo procederia à identificação da área a ser demarcada e teria a incumbência de realizar todos os estudos etno-históricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários.

O referido ato normativo previa também a possibilidade de que, caso necessário, o levantamento fundiário fosse realizado conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico. O grupo técnico também tinha a faculdade de convidar outros órgãos públicos, membros da comunidade científica ou especialistas no grupo indígena envolvido na demarcação.

Verifica-se, portanto, que a convocação de tais entidades, órgãos ou indivíduos configurava mera faculdade do grupo técnico. Ao revés, a participação do grupo indígena era obrigatória em todas as fases do procedimento.

Concluídos os trabalhos, o grupo técnico deveria apresentar relatório circunstanciado à FUNAI, que, aprovado, seria publicado no Diário Oficial da União. Após, o processo seria encaminhado ao Ministro da Justiça, que, entendendo pela sua aprovação, deveria expedir portaria, sujeita a posterior homologação do Presidente da República, na qual seriam definidos os limites da terra indígena e determinada a sua demarcação.

Com o advento do Decreto nº 1.775/96, além das alterações já apontadas, relativas ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelos interessados, também se verificam algumas outras alterações pontuais.



Pet 3.388 / RR

O procedimento não mais deve se iniciar com a designação do grupo técnico, mas com a nomeação de um antropólogo de qualificação reconhecida, que deverá, em prazo fixado na portaria de nomeação, elaborar estudo antropológico de identificação.

Somente após será designado grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores da própria FUNAI e coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares.

A solicitação de colaboração de outros órgãos públicos e de membros da comunidade científica continua a ser uma faculdade do grupo técnico. A participação da comunidade indígena, por outro lado, é obrigatória em todas as fases.

O relatório circunstanciado produzido pelo grupo técnico deve ser publicado, de forma resumida, não apenas no Diário Oficial da União, mas também no da unidade federativa. Tal publicação deverá ser acompanhada de memorial descritivo e mapa da área a ser demarcada e será afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

As considerações realizadas já permitem adentrar a análise dos alegados vícios ou irregularidades no procedimento de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Inicialmente, registre-se que o debate público sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol vem se acentuando desde meados da década de 1970. Desde então, vários estudos foram realizados e, por diversas vezes, se esboçou a demarcação da área. Todavia, será objeto desta análise apenas o procedimento administrativo que culminou na edição, pelo Ministro da Justiça, da



Pet 3.388 / RR

Portaria nº 820/98, posteriormente substituída pela Portaria nº 534/2005.

Por intermédio da Portaria nº 1.141, de 06.08.92, foi criado Grupo Técnico Interinstitucional constituído por 5 servidores da FUNAI, 1 servidor do INCRA, 7 representantes do Estado de Roraima, inclusive um Secretário de Estado, 2 pesquisadores da USP, 1 membro do CIMI (Conselho Indígena Missionário), 1 membro da Diocese de Roraima, 10 lideranças indígenas indicadas pelo CIR (Conselho Indígena de Roraima).

O relatório produzido pelo mencionado grupo técnico, no qual se basearam todos os atos posteriores de demarcação, foi assinado apenas pela antropóloga Maria Guiomar de Melo, representante da FUNAI.

Por outro lado, o Relatório da Comissão de Peritos apresentado à 1ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Roraima informa que vários dos indicados para compor a comissão não chegaram a ser cientificados desse fato. Outros componentes, embora comunicados da participação, não puderam participar ou não participaram efetivamente dos trabalhos, caso dos representantes do Estado de Roraima.

Nesse ponto, quanto à necessidade de participação, no grupo técnico, de representantes de outras entidades ou órgãos públicos ou de especialistas pertencentes às instituições universitárias ou de pesquisa, vale relembrar que, nos termos do Decreto nº 22/1991 (vigente no início do procedimento) e do Decreto nº 1.775/1996 (vigente quando de sua conclusão), é facultado ao órgão federal de assistência aos índios (FUNAI) solicitar a contribuição dessas entidades ou órgãos. Não se afigura, pois, uma

Pet 3.388 / RR

exigência inafastável, apta a inquinar o procedimento administrativo, caso não venha a ser atendida.

Registre-se que a assinatura do relatório por apenas um componente do grupo atende à exigência formal do art. 2º, § 6º, do Decreto nº 22/91 e do art. 2º, § 6º, do Decreto nº 1.775/96, tendo em vista possuir a antropóloga que presidiu os trabalhos a atribuição de representar todo o grupo.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Britto supera a alegação dos autores da ação popular - e essa parece ser a solução mais consentânea com as peculiaridades e complexidades que envolvem o caso concreto -, ao asseverar que a subscritora do relatório seria profissional de qualificação reconhecida (membro da Associação Brasileira de Antropologia) e que ela estaria autorizada a assinar o laudo "solitariamente", da mesma forma que o subscritor do laudo ou parecer antropológico.

O tratamento conferido à questão pelos Decretos nº 22/91 e nº 1775/96 parece, todavia, não ser o mais adequado ao atendimento das exigências constitucionais constantes do 5º, LIV, LV, e 231 da Constituição, devendo, pois, ser reformulado, de modo a reduzir a margem de subjetividade inerente ao procedimento de demarcação de terras indígenas.

Isso porque, não obstante a demarcação se destine à efetivação (estabelecimento de limites) do direito originário dos índios à posse permanente das terras por eles tradicionalmente ocupadas, é indubitável que essa atividade confere a quem a realiza certa margem de discricionariedade (mesmo que limitada) na interpretação dos dados apurados e na definição de critérios que nortearão o trabalho. Não obstante a Constituição (art. 231, § 1º) preveja as balizas para definição do que se deva entender por terra

Pet 3.388 / RR

indígena, a demarcação da área envolve um mínimo de apreciação subjetiva.

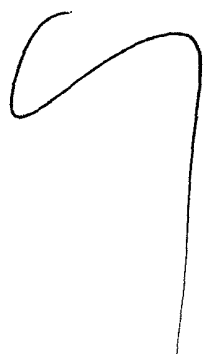
Desse modo, com a finalidade de reduzir a parcialidade e a subjetividade dos trabalhos, necessária se faz a sua elaboração por mais de um profissional de qualificação reconhecida, de modo a possibilitar a "*junção de perspectivas ou de horizontes*", mitigando, assim, a possibilidade de que convicções pessoais ou ideológicas possam determinar o rumo dos trabalhos.

Questão de tal magnitude, que envolve tantos e tão variados interesses, não poderia estar sujeita à apreciação de apenas um indivíduo, por melhor que seja a sua qualificação. Entendo, portanto, ser falaciosa a alegação de que se trataria de mera atividade declaratória ou concretizadora, haja vista não ser a antropologia uma "*ciência exata*", o que se infere, inclusive, das manifestações discrepantes juntadas aos autos, todas - ou quase todas - formuladas por especialistas de qualificação reconhecida.

No tocante à participação dos grupos indígenas envolvidos no procedimento, não se pode olvidar que a legislação de regência do procedimento demarcatório dispõe ser essa participação um requisito obrigatório.

O mencionado Relatório da Comissão de Peritos informa que a única organização a ter participado do grupo de trabalho (CIR) representava apenas 47% dos índios envolvidos e que, por conseguinte, a referida exigência formal de oitiva de toda a população indígena não teria sido atendida.

A FUNAI, por sua vez, infirma tal alegação, asseverando existir uma carta de compromisso entre as organizações indígenas do Estado de Roraima e o Governo Federal, em que as referidas



Pet 3.388 / RR

organizações concordariam com a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

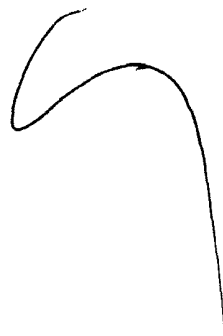
Sobre esse ponto, também acompanho o voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, do qual transcrevo o seguinte trecho:

"109. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias indígenas da área: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao Conselho Indígena de Roraima - CIR. Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições. Todos forneciam informações e nenhum deles subscreveu o relatório nem o parecer antropológico, elaborados pela antropóloga Maria Guiomar Melo, servidora da FUNAI, e pelo Prof. Paulo Santilli, respectivamente".

Quanto ao relatório, afirmam os mencionados peritos que ele constituiria reprodução simplificada de documento semelhante produzido pela mesma antropóloga, oito anos antes, no qual ela teria defendido a demarcação "em ilhas", com um total de 1.577.850 ha. No relatório posteriormente produzido, ela, no entanto, teria sustentado a tese contrária (demarcação contínua), bem como a demarcação de uma área maior.

Ademais, o relatório seria composto por partes desconexas, das quais se destacam manifestações da CIR e da CIMI, representantes dos índios.

O Ministro Carlos Britto afirma, no entanto, que o relatório teria atendido a todos os requisitos da legislação e o aumento da área demarcada (em relação aos levantamentos realizados na década de 1990) seria comum em demarcações. Segundo ele, "o que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo".



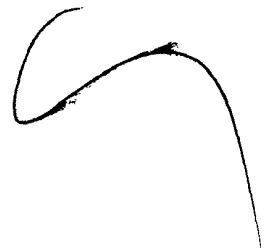
Pet 3.388 / RR

Cumpre asseverar, também, que o Decreto 1.775/96 - considerado constitucional por este Supremo Tribunal Federal (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa) - foi editado com a finalidade de possibilitar a efetiva manifestação dos interessados no procedimento demarcatório, prevendo, inclusive, a abertura de novo prazo para o pronunciamento dos interessados nos procedimentos iniciados ainda sob a vigência do ato normativo anterior (Decreto nº22/91).

IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO: A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

Terminado o procedimento demarcatório, com o registro da área demarcada no Cartório de Imóveis, resta configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. No entanto, caso se faça necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, será imprescindível a instauração de novo procedimento administrativo, em que sejam adotadas as mesmas cautelas empregadas anteriormente e seja garantido aos interessados o direito de manifestação. Não se revela admissível, contudo, a revisão fundada apenas na conveniência e oportunidade do administrador público, como bem salientado no percutiente voto do Ministro Menezes Direito.

Não obstante parte considerável da jurisprudência e da doutrina entenda de forma diversa, afirmando a inexistência de coisa julga ou preclusão no procedimento administrativo demarcatório, o entendimento aqui defendido se revela coerente com o *princípio da segurança jurídica*, haja vista a necessidade de se resguardar a previsibilidade das relações jurídicas e a tranqüilidade social nas áreas contíguas à demarcada.



Pet 3.388 / RR

Contrariamente a essa tese, argumenta-se que a existência de coisa julgada ou preclusão administrativa nos procedimentos demarcatórios estaria em descompasso com princípio da autotutela, previsto na Súmula nº 473 desta Corte e no art. 53 da Lei 9.784/99.

Todavia, enfatizo, nesse ponto, o julgamento do MS 24.268/MG, no qual este Supremo Tribunal Federal deixou assentado entendimento no sentido de que o exercício do poder-dever conferido à Administração Pública de rever seus próprios atos eivados de ilegalidade não pode elidir o dever de proteção à confiança e boa-fé dos administrados diante de situações jurídicas criadas pelo Poder Público. Na ocasião, teci algumas considerações sobre o tema da segurança jurídica, as quais trago novamente à colação:

"A propósito do direito comparado, vale a pena trazer à colação clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica:

*"É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (*Treue und Glauben*) dos administrados.*

(...)

*Esclarece OTTO BACHOF que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50 na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido. (*Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen**

Pet 3.388 / RR

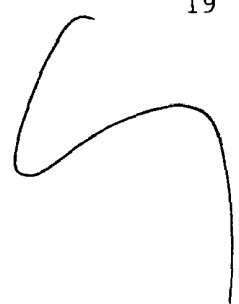
1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.).

Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia *ex tunc* é sempre inaceitável e o com eficácia *ex nunc* é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria." (SILVA, Almiro do Couto e. *Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, V. 18, No 46, 1988, p. 11-29)

Depois de incursionar pelo direito alemão, refere-se o mestre gaúcho ao direito francês, rememorando o clássico "affaire Dame Cachet":

"Bem mais simples apresenta-se a solução dos conflitos entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica no Direito francês. Desde o famoso affaire Dame Cachet, de 1923, fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos affaires Vallois e Gros de Beler, ambos também de 1923 e pelo affaire Dame Inglis, de 1935, de que, de uma parte, a revogação dos atos administrativos não cabia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de nulidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses, que era o mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

HAURIU, comentando essas decisões, as aplaude entusiasticamente, indagando: 'Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação da Administração poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero não se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve prazo de dois meses e que deixaria à Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe



Pet 3.388 / RR

impor nenhum prazo'. E conclui: 'Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja com relação aos recursos contenciosos, seja com relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente.' (La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929, Paris, 1929, vol. II, p. 105-106.)" (COUTO E SILVA, Almiro do. *Os principios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, V. 18, no 46, 1988, p.11-29)

Na mesma linha, observa Couto e Silva em relação ao direito brasileiro:

"MIGUEL REALE é o unico dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado 'Revogação e Anulamento do Ato Administrativo' em capítulo que tem por titulo 'Nulidade e Temporalidade'. Depois de salientar que 'o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia', diz ele que 'é mister distinguir duas hipóteses: (a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; (b) a perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)'" (COUTO E SILVA, Almiro do. *Os principios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, V. 18, nº 46, 1988, p. 11-29).

Registre-se que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança.

E o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do principio da segurança o da confiança:

"O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica." (Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91).

O autor tedesco prossegue afirmando que o principio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no principio da boa fe. Diz:

Pet 3.388 / RR

"Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa fé] se aplica nas relações jurídicas de direito publico." (Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95 e 96)

Na Alemanha, contribuiu decisivamente para a superação da regra da livre revogação dos atos administrativos ilícitos uma decisão do Tribunal Administrativo de Berlim, proferida em 14.11.1956, posteriormente confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal. Cuidava-se de ação proposta por viúva de funcionario publico que vivia na Alemanha Oriental. Informada pelo responsável pela Administração de Berlim de que teria direito a uma pensão, desde que tivesse o seu domicilio fixado em Berlim ocidental, a interessada mudou-se para a cidade. A pensão foi-lhe concedida. Tempos apos, constatou-se que ela não preenchia os requisitos legais para a percepção do beneficio, tendo a Administração determinado a suspensão de seu pagamento e solicitado a devolução do que teria sido pago indevidamente. Hoje a materia integra a complexa regulação contida no § 48 da Lei sobre processo administrativo federal e estadual, em vigor desde 1977 (Cf. Erichsen, Hans-Uwe, in: Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9ª edição, Berlim/Nova York, 1992, p. 289)

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nos, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e esta disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, (v.g. art. 2º).

Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor impar no sistema juridico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da propria ideia de justiça material.

Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo do professor Miguel Reale sobre a revisão dos atos administrativos:

"Não e admissivel, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originaria. Não me refiro, e claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si so convalescer, — como seria, por exemplo, a falta de diploma

Pet 3.388 / RR

para ocupar cargo reservado a medico, — mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do *due process of law*. Tal princípio, em verdade, não é valido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e forma e de adequação a tipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir *due process of law* por devida atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, por preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; porem destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhavel, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei." (Miguel Reale. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 1980)

Ressalte-se que não se está a defender a total impossibilidade de revisão do procedimento administrativo demarcatório. Disso não se trata. A revisão deve estar restrita às hipóteses excepcionais, ante a constatação de *grave e insanavel* erro na condução do procedimento administrativo e na definição dos limites da terra indígena.

Sobre o tema da coisa julgada administrativa, cito as seguintes lições:

"Pode-se e deve-se falar, sim, em coisa julgada administrativa. Não infirma a sua existência a possibilidade de reexame jurisdicional do ato. O que a expressão traduz é a impossibilidade de se rever, de ofício ou por provocação, o ato (ou a decisão no processo administrativo), em sede administrativa, apos o percurso traçado no ordenamento juridico. Trata-se de um imperativo dos principios da Administração

Publica em geral, dos da boa-fe, moralidade e segurança jurídica (dentre outros), em particular.

Também não infirmam as verdades abstratas, genericas, em tese, da revogação e anulação do ato administrativo, por iniciativa ate da própria Administração. Quanto a revogação, e pacífico que não deve ela se dar quando de sua prática possam decorrer lesões (ou ameaças) a direitos de terceiros, direitos, esses, que inquestionavelmente emergem de uma decisão em um processo administrativo, em benefício do administrado. Quanto a anulação, propomos a mesma sorte de considerações.

A Administração não pode ser voluvel, erratica em suas opiniões. *La dona è móbile* - canta a opera; a Administração não se confere, porem, o atributo da leviandade. A estabilidade da decisão administrativa e uma qualidade do agir administrativo, que os principios da Administração Publica, mais acima referidos, impõem. Ao decidir o processo administrativo a administração manifesta um entendimento sobre o padrão de legalidade (e, quando cabível de conveniência) que baliza a matéria em exame ou o interesse em disputa. E seria inadmissível que mudança unilateral de opinião pudesse desconstituir o que definido sob o crivo do contraditório e observância do devido processo legal (nesse sentido, alias, expressamente dita a Lei Federal 9.784, de 1999, no paragrafo único, XIII, de seu art. 2º). A consideração superveniente da ocorrência de ilegalidade na decisão processual só podera autorizar o se desfazimento pela via, também processual, também abalizada pelo contraditorio e ampla defesa, da revisão do processo administrativo. Ou seja, o que no processo administrativo se afirmou so em outro podera ser desfeito. A processualização incontestavel da Administração, imposta pela Constituição de 1988, dita inexoravelmente a submissão da materia aos parâmetros aqui enunciados".

(FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 44-45).

Como bem salientado pelo Ministro Menezes Direito, o procedimento demarcatório que redundou na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol não poderá ser revisto, considerando que a sua correção formal e material foi atestada por este Supremo Tribunal Federal, neste julgamento.

A variedade e a complexidade de interesses envolvidos na demarcação da terra indígena e a consolidação de situações e expectativas individuais constituem limites ao exercício do poder-dever de autotutela pela Administração Pública.

Não se pode olvidar, também, que o art. 67 do ADCT estabeleceu o prazo máximo de cinco anos para a conclusão de todas as demarcações de terras indígenas. Embora o prazo já tenha se esgotado, revela-se patente a finalidade do dispositivo de evitar delongas ou tergiversações no cumprimento, pelo ente público, do dever que lhe fora constitucionalmente imposto.

Nesse sentido, revela-se premente a adoção de critérios objetivos e de limites temporais claros para a resolução das questões fundiária, ambiental e indígena em nosso país, a fim de que o quadro de insegurança jurídica que hoje presenciamos possa ser, enfim, debelado ou, pelo menos, atenuado. Não se pode admitir a possibilidade de que, a qualquer momento, sejam ampliados os limites das terras indígenas já demarcadas, sob a alegação de que as necessidades dos grupos autóctones não foram corretamente aquilatadas à época da demarcação ou de que novos interesses teriam surgido após a sua conclusão.

A adoção da tese oposta daria azo a ampliações desmedidas e infundadas das dimensões das terras indígenas.

Tal possibilidade revela-se, de fato, preocupante. Principalmente em um contexto como o nosso, em que parcela considerável do território nacional encontra-se afetada - ou a ser afetada - a um sem-número de finalidades públicas (proteção do meio ambiente, dos povos indígenas e quilombolas, promoção da reforma agrária, por exemplo).

De fato, segundo informações prestadas pela Embrapa, 26,95% do território nacional estaria ocupado por unidades federais e estaduais de conservação ambiental e terras indígenas. Desse modo, o Brasil figuraria como o país com a maior extensão de áreas afetadas a uma finalidade pública, quase o dobro dos Estados Unidos,

Pet 3.388 / RR

país que, não se pode olvidar, possui território mais extenso do que o nosso.

Ademais, 31,54% do território seria constituído por reservas legais (art. 1º, § 2º, III, da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001) e 16,94%, áreas de proteção permanente (APP's), mapeadas ou estimadas pelo Governo Federal. Assim, quase 76% do território nacional estaria afetado a uma finalidade pública, excluída, portanto, de qualquer atividade produtiva.

O estudo da Embrapa revela dados ainda mais preocupantes: para a satisfação das demandas futuras (ambientais, indígenas, fundiárias, quilombolas), o território remanescente - excluídas as referidas áreas já afetadas a determinada finalidade pública - não seria suficiente.

Ante o exposto, conclui-se que, demarcada a terra indígena, o procedimento não é passível de revisão, salvo hipóteses excepcionais, em que verificada a existência de vícios insanáveis. Alterações dos limites da área demarcada fundadas apenas no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública são, sob qualquer pretexto, vedadas.

No caso sob análise (demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol), não se vislumbra a possibilidade de revisão do procedimento demarcatório, tendo em vista já ter sido atestada, por esta Corte, a sua correção.

VIOLAÇÃO DA SOBERANIA E DA DEFESA NACIONAIS

Dentre os diversos argumentos contrários à validade da Portaria nº 534/2005, de 13 de abril de 2005, o autor popular

Pet 3.388 / RR

destaca suposta violação da soberania e da defesa nacionais (fls. 11, 15, 21-22 da inicial desta Pet nº 3.388-4).

Os fundamentos desta alegação se sustentariam em três fontes: (a) Aviso nº 03157/SC-2/ENFA do Ministro Chefe do Estado Maior das Forças Armadas à época, (b) Relatório de Peritos resultante da perícia determinada pela 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima (p. 17-18 e p. 48-49) e (c) Relatório Parcial nº 003/2004 da Comissão Temporária Externa do Senado Federal sobre a demarcação de terras indígenas da área indígena Raposa Serra do Sol de 2004(p. 46-50).

Em síntese, o que se alega é o seguinte:

(a) risco de controle e proteção de áreas demarcadas de enorme riqueza mineral, ocupadas por minorias pouco expressivas da população brasileira e sujeitas a pressões nacionais e internacionais, tais como: garimpagem ilegal, contrabando, narcotráfico, refúgio para criminosos do Brasil, Guiana e Venezuela, surgimento de movimentos separatistas e outros conflitos;

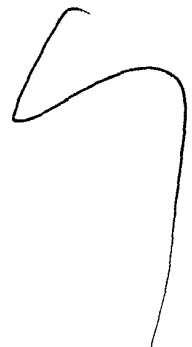
(b) especificamente no tocante à área da Raposa Serra do Sol, a pretensão da Venezuela de estender a sua fronteira até o rio Essequibo em território guianense, por se tratar de região de grande interesse geopolítico;

(c) intenção da Organização das Nações Unidas - ONU de restringir a atuação das forças armadas em território indígena, demonstrada na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (arts. 3º, 26 e 34), a ensejar processos de secessão ou integração;

(d) esvaziamento da segurança, da integridade territorial e da defesa nacional, pois a área demarcada situa-se inclusive em faixa de fronteira e haverá diminuição de seu controle pelo Estado brasileiro;

(e) ausência de consideração prévia e consistente no processo de demarcação, quanto à soberania e à defesa nacional, por meio da oitiva do Conselho de Defesa Nacional (art. 91, §1º, III, CF/88), para análise militar estratégica.

Conforme memoriais distribuídos à Presidência do STF, nesse ponto, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, o Ministério Público



Pet 3.388 / RR

Federal - MPF e a União Federal defendem a inexistência de qualquer violação da soberania ou da defesa nacional, pela demarcação da área nos termos em que homologada, em razão de que todo o procedimento adotado estaria conforme a Constituição e a legislação de regência. Em sentido contrário, manifestam-se o autor popular e o Estado de Roraima.

A questão da soberania e da defesa nacional a ser aqui considerada se remete, em suma, às seguintes questões:

(a) possível limitação do ingresso, permanência e locomoção da Polícia Federal e das Forças Armadas na área demarcada, para proteção e fiscalização das fronteiras brasileiras;

(b) possibilidade jurídica de ocupação indígena em terras consideradas como faixa de fronteira e unidades de conservação ambiental e o conseqüente enfraquecimento do controle e fiscalização das fronteiras brasileiras (com a Venezuela e a Guiana);

(c) possível mitigação da autonomia do Estado brasileiro, após a definição da demarcação das terras indígenas, em face de interesses internacionais, como o que ressaltaria a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso I, aponta a soberania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Topograficamente, essa determinação está contida no Título I da Constituição, em que se enunciam os princípios fundamentais. Tal fundamento constitui vetor de interpretação de todas as demais disposições constitucionais, inclusive aquelas relacionadas à demarcação e posse permanente de terras indígenas.

Ao mesmo tempo, sabe-se que a representação da República Federativa Brasileira, no âmbito internacional, está incumbida à União Federal, a qual dispõe de bens e competências para o exercício da soberania e da defesa nacional. Nesse sentido, destaca-se o art. 20 da Constituição:



Pet 3.388 / RR

"Art. 20. São bens da União:

[...]

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

[...]

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

[...]

§ 2º - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei."

Apreende-se que a Constituição determina como bens de propriedade exclusiva da União Federal não só as terras indispensáveis à garantia da soberania e da defesa nacionais, mas também aquelas destinadas à ocupação tradicional dos índios. A estes, portanto, resguarda-se exclusivamente a posse permanente e o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Aos índios não se concede a propriedade das terras ocupadas, que é exclusiva da União Federal. O que a Constituição determina é uma afetação pública específica às terras habitadas pelos índios, em razão da proteção constitucional a eles conferida. Nesse sentido, destaca-se o art. 231 da CF/88:

"Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Pet 3.388 / RR

§ 2º - 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.

[...]

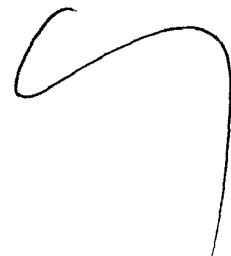
§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco."

A interpretação do art. 231, § 5º, da Constituição, evidencia que mesmo toda a proteção constitucional conferida aos índios é condicionada ao interesse da soberania do País, ora em grau maior, como nas excepcionais hipóteses do artigo mencionado, ora em grau menor, em que outras soluções jurídicas são possíveis para a harmonia e concordância prática desses valores constitucionais.

É dessa segunda hipótese que se trata no presente caso, em que se busca harmonizar a ocupação indígena em terras consideradas indispensáveis à garantia da soberania e da defesa nacionais, seja por se tratar de ocupação de faixa de fronteira ou de áreas geopoliticamente estratégicas.

Nesse caminho, ressalto inicialmente que não se vislumbra conflito entre a possível ocupação daquelas áreas pelos índios e a garantia da soberania e defesa nacionais. Para se chegar a tal constatação, cumpre esclarecer melhor alguns pontos.

Fixada a premissa de que se trata de discussão a respeito da adequada afetação constitucionalmente determinada de bens de propriedade da União Federal, cuja utilização é expressamente condicionada ao respeito da soberania e defesa nacionais, o caminho para a concretização de tal condicionamento perpassa a análise da competência da União Federal para, no que aqui interessa:



Pet 3.388 / RR

"Art. 21. [...]:

[...]

III - assegurar a defesa nacional;

[...]

XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) "

Para cumprir esse duplo aspecto, de defesa nacional e de salvaguarda das fronteiras, que concretiza a soberania nacional, a União Federal se vale tanto das Forças Armadas, quanto da Polícia Federal, que também têm suas competências fixadas pela Constituição Federal, a saber:

"CAPÍTULO II

DAS FORÇAS ARMADAS

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º - Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

CAPÍTULO III

DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

[...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou

Pet 3.388 / RR

internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]"

A análise dos pontos destacados quanto à soberania e defesa nacional deve ser feita em consonância com as referidas disposições constitucionais e com a legislação de regência.

Feitas essas considerações, ressalte-se o conteúdo das disposições da Portaria nº 534/2005, que define os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no que interessa à questão da soberania e da defesa nacionais. São três referências que merecem destaque (uma consideração e dois artigos), a saber:

"[...]

Considerando que o Decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002, assegura a ação das Forças Armadas, para defesa do território e da soberania nacionais, e do Departamento de Polícia Federal, para garantir a segurança, a ordem pública e a proteção dos direitos constitucionais dos índios, na faixa de fronteira, onde se situa a Terra Indígena Raposa Serra do Sol;

[...]

Art. 3º. A terra indígena de que trata esta Portaria, situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, §2º, da Constituição.

Art. 4º. Ficam excluídos da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

I - a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF) no Município de Uiramutã, Estado de Roraima;

II - os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes;

III - o núcleo urbano atualmente existente da sede do Município de Uiramutã, no Estado de Roraima;

IV - as linhas de transmissão de energia elétrica; e

Pet 3.388 / RR

V - os leitos das rodovias públicas federais e estaduais atualmente existentes.

[...]"

A Portaria nº 534/3005 ressalva a possibilidade de ingresso, permanência e locomoção da Polícia Federal e das Forças Armadas, nos termos do Decreto outubro de 2002, alterado recentemente pelo Decreto nº 6.513, de 22 de julho de 2008, que assim dispõe:

"DECRETO Nº 4.412, DE 7 DE OUTUBRO DE 2002.

Dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, no art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, e nos arts. 142 e 144, § 1º, inciso III, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º No exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão compreendidas:

I - a liberdade de trânsito e acesso, por via aquática, aérea ou terrestre, de militares e policiais para a realização de deslocamentos, estacionamentos, patrulhamento, policiamento e demais operações ou atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e à segurança pública;

II - a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, de equipamentos para fiscalização e apoio à navegação aérea e marítima, bem como das vias de acesso e demais medidas de infra-estrutura e logística necessárias;

III - a implantação de programas e projetos de controle e proteção da fronteira.

Art. 2º As Forças Armadas, por meio do Ministério da Defesa, e a Polícia Federal, por meio do Ministério da Justiça, ressalvada a hipótese prevista no art. 3º-A deste Decreto, deverão encaminhar previamente à Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional plano de trabalho relativo à instalação de unidades militares e policiais, referidas no inciso II do art. 1º, com as especificações seguintes: (Redação dada pelo Decreto nº 6.513, de 2008).

Pet 3.388 / RR

- I - localização;
- II - justificativa;
- III - construções, com indicação da área a ser edificada;
- IV - período, em se tratando de instalações temporárias;
- V - contingente ou efetivo.

Parágrafo único. A Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional poderá solicitar manifestação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI acerca de eventuais impactos em relação às comunidades indígenas das localidades objeto das instalações militares ou policiais.

Art. 3º-A. O Comando do Exército deverá instalar unidades militares permanentes, além das já existentes, nas terras indígenas situadas em faixa de fronteira, conforme plano de trabalho elaborado pelo Comando do Exército e submetido pelo Ministério da Defesa à aprovação do Presidente da República. (Incluído pelo Decreto nº 6.513, de 2008).

Parágrafo único. Não se aplicam a este artigo as disposições contidas no art. 2º deste Decreto. (Incluído pelo Decreto nº 6.513, de 2008).

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação."

Ao interpretar todo o arcabouço normativo mencionado, apreende-se definitivamente não haver óbice jurídico para o ingresso, permanência e locomoção da Polícia Federal e das Forças Armadas na área demarcada, atendidas as exigências legais.

POSSIBILIDADE DE INGRESSO E LOCOMOÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS E DA POLÍCIA FEDERAL

É bastante claro o art. 3º-A do Decreto nº 4.412/2002, em consonância com as disposições constitucionais, ao determinar a instalação de unidades militares permanentes em áreas integrantes da faixa de fronteira, como meio de cumprir as determinações constitucionais de defesa das fronteiras e do território nacional.

Além disso, o art. 4º da Portaria nº 534/2005 exclui da área de demarcação a área militar do 6º Pelotão Especial de Fronteira, equipamentos e instalações públicas, linhas de

Pet 3.388 / RR

transmissão de energia, leitos de rodovias públicas; tudo a viabilizar um fortalecimento e controle da defesa das fronteiras e do território nacional.

A proteção das fronteiras e do território nacional conta, ainda, com a atuação de outras 3 bases avançadas na Região, a saber: 1º Pelotão de Fronteira - Bonfim, 2º Pelotão de Fronteira - Normandia, 3º Pelotão de Fronteira - Pacaraima; todos integrantes do 7º Batalhão de Infantaria da Selva (7º BIS) e do Projeto Calha Norte. E isso não prejudica a instalação de outros pelotões, conforme art. 3º-A do Decreto nº 4.412/2002.

Ademais, cumpre ressaltar que as Forças Armadas estão engajadas no Projeto Calha Norte, que é formado por 14 bases avançadas do Exército, com apoio da Aeronáutica e da Marinha e abrange 70 municípios brasileiros, 38 dos quais ao longo dos 5.993 km da faixa de fronteira (mais de 1/3 das fronteiras terrestres do país), nos Estados do Amazonas, Roraima, Pará e Amapá.

Segundo informações obtidas em página da *internet* que publica dados da Amazônia Legal, constam as seguintes informações sobre o referido projeto:

"Sua área de atuação corresponde a 14% do território nacional, praticamente inexplorado, esparsamente demarcado, fracamente povoado e praticamente sem vigilância terrestre, onde habitam cerca de 2.300.000 pessoas (apenas 1,2% da população brasileira), incluindo 25% da população indígena do país. Além das 14 bases avançadas, existem quatro Comandos de Fronteira, reunindo aproximadamente 1000 homens cada, com armamento padrão e moderno do Exército Brasileiro e dois veículos de guerra, um Cascavel e um Urutu, em Boa Vista. Já as bases avançadas são constituídas pelos Pelotões Especiais de Fronteira, cujo lema é Vida, Combate e Trabalho. Um pelotão comum reúne 35 homens, mas estes, por serem especiais, reúnem 65 a 70, armados com metralhadoras e fuzis FAL 7.62 mais metralhadoras de mão e pistolas 9 mm.

Pet 3.388 / RR

Fazem a pé o patrulhamento intensivo e ostensivo da floresta inóspita ou a bordo de embarcações rápidas, de alumínio, pelos inúmeros rios da região.

A maioria dos soldados dos Comandos e dos Pelotões são índios pertencentes às etnias locais. Acostumados às dificuldades da floresta, incorporaram ao armamento militar seus armamentos rústicos, porém leves, como a zarabatana, cujo dardo pode atingir um alvo a 200 metros, e o arco e a flecha. Uma flecha disparada num homem a 10 metros de distância pode transpor seu corpo. (Disponível em

http://www.amazonialegal.com.br/textos/Calha_Norte.htm. Acesso em: 26/08/2008)"

No mesmo sentido, as Forças Armadas contam com o apoio da estrutura existente do Projeto SIVAM e SIPAM, para controle e fiscalização das fronteiras brasileiras na região da Amazônia Legal.

A ocupação indígena em regiões inóspitas pode contribuir para um melhor controle das fronteiras. Não há, *a priori*, qualquer informação concreta na petição inicial e nos autos em sentido contrário.

Ressalte-se, ainda, que a atuação da Polícia Federal nas regiões indígenas e, inclusive, nas regiões de faixa de fronteira, resta assegurada, após o cumprimento dos procedimentos especificados no art. 1º e 2º do Decreto nº 4.412/2002.

Portanto, neste ponto, não vislumbro qualquer plausibilidade na alegação de violação à soberania e à defesa nacionais, pois **não há qualquer óbice jurídico para a ocupação indígena em áreas consideradas como faixa de fronteira.**

Isso não significa que a ocupação indígena deva deixar de observar, de acordo com o Decreto nº 4.412/2002 e no interesse da soberania nacional, as restrições de ocupação inerentes às áreas de defesa das fronteiras nacionais em faixa de fronteira brasileira, ou seja, respeitar o especial regime de administração ali existente.

Pet 3.388 / RR

Do mesmo modo, é proibido aos índios, por exemplo, o exercício impróprio de qualquer poder de polícia na área demarcada, seja em rodovias, seja incidente sobre bens públicos, que não aqueles sob os quais detêm a posse permanente e usufruto.

Também se proíbe a garimpagem e a faiscação nas terras demarcadas como indígenas, não integrando o usufruto dos índios, por expressa vedação da lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989:

Art. 23. A permissão de lavra garimpeira de que trata esta Lei:

- a) não se aplica a terras indígenas;
- b) quando na faixa de fronteira, além do disposto nesta Lei, fica ainda sujeita aos critérios e condições que venham a ser estabelecidos, nos termos do inciso III, do §1º, do art. 91, da Constituição Federal.

Diante da constatada superposição de terra indígena em área integrante de faixa de fronteira, na qual se permite excepcionalmente a garimpagem, ressalto que eventualmente seja possível, tão-somente em razão dessa peculiaridade, a garimpagem e faiscação a ser realizada com autorização do Estado, mas nunca pelas comunidades indígenas, desde que haja aprovação do Conselho de Defesa Nacional, nos termos do artigo 23, alínea "b" da Lei nº 7.805/93.

Os índios não podem limitar o tráfego de pessoas em rodovias públicas, com barricadas ou com a imposição de quaisquer condições de acesso. Também não se pode restringir a utilização e funcionamento de equipamentos e instalações públicas, em detrimento do interesse público concretizado na defesa da integridade soberana do patrimônio público e da adequada prestação de serviços públicos porventura vinculados a tais bens.



Pet 3.388 / RR

Tais restrições são condicionantes à ocupação indígena na área, no interesse da soberania nacional, seja para instalação e movimentação militar, seja para livre locomoção e atuação da Polícia Federal, mas sempre de forma justificada e controlada, em harmonia com o usufruto e posse permanente dos índios nas áreas demarcadas.

Assim, não subsiste o argumento quanto ao impedimento da fiscalização de infrações de repercussão nacional ou internacional, relacionadas ao narcotráfico, ao contrabando e ao refúgio de criminosos, por exemplo.

Nesse ponto, registre-se a relevância da manifestação do Conselho de Defesa Nacional em casos de demarcação de terras indígenas, nos termos do art. 91, *caput* e §1º, inciso III, da Constituição, sobretudo para os casos futuros.

Não se olvida aqui que no julgamento do mandado de segurança nº 25.483-1/DF (Rel. Carlos Britto, DJ 14.9.2007), também relacionado à discussão de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, fixou-se a premissa de que a manifestação daquele Conselho não seria requisito de validade do procedimento demarcatório, ainda que em áreas situadas em região de fronteira. Eis o trecho do voto do Ministro Carlos Britto naquele julgado:

"[...]

20. Também assim, não assiste razão aos impetrantes quanto ao argumento de que a ausência de manifestação do Conselho de Defesa nacional nulifica o processo demarcatório em causa. Como foi ressaltado pela Procuradoria-Geral da República, "**seria inimaginável a obtenção de manifestações do referido órgão de consulta sobre todos os eventuais ocupantes da faixa de fronteira**. Dada a abrangência dessa área, se exigiria do conselho atividade permanente e extremamente volumosa, incompatíveis com a natureza do órgão". (fls. 1.159)" [grifo nosso]

Dessa forma, adianto que no presente caso não há vício em razão da falta de manifestação do Conselho de Defesa Nacional.

Pet 3.388 / RR

Entretanto, entendo que a premissa fixada naquele voto não pode ser aceita de forma absoluta, nem sequer adotada como entendimento pacificado. O argumento vencedor daquele julgado, que reputo coerente, remete-se tão somente à possibilidade do referido Conselho vir a se manifestar sobre todo e qualquer procedimento de ocupação em faixa de fronteira.

Diferentemente disso, é notória a complexidade da análise de todos os elementos de soberania e defesa nacionais envolvidos em eventual demarcação de terra indígena sobreposta em faixa de fronteira e em regiões geopoliticamente estratégicas.

Assim, como reforço concreto à harmonia entre os valores constitucionais concernentes à soberania e à defesa nacionais e à proteção constitucional dos índios, entendo que para casos futuros, de semelhante repercussão, a manifestação do Conselho de Defesa Nacional certamente proporciona essenciais ganhos objetivos numa avaliação completa do procedimento demarcatório. A ausência de manifestação, nesses casos, poderá significar uma contrariedade à Constituição.

RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS À POSSE E AO USUFRUTO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS EM ÁREAS DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL E A SUA PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS DECISÓRIOS

Ultrapassado este ponto, destaco que o exercício interpretativo relativo à atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, em razão do interesse da soberania e defesa nacional, aponta para outro fato de relevância constitucional. Havendo demarcação de terra indígena em área administrada pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC (Lei nº 9.985, de 18 de

Pet 3.388 / RR

julho de 2000), a ocupação indígena deve observar as restrições e o especial regime de administração daquela área, no que eventualmente for incompatível com o usufruto e posse permanente dos índios.

Ou seja, respeita-se aquela específica afetação pública em prol das presentes e futuras gerações brasileiras indígenas e não-indígenas, em harmonia com a garantia de outro bem constitucionalmente relevante, que é a concretização de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado no art. 225 da Constituição.

A harmonia desses interesses constitucionalmente relevantes, sobretudo em casos futuros de demarcação de terras indígenas, deve obrigatoriamente ser observada pela Administração Pública Federal, sob pena de descumprimento ao disposto no art. 225 da Constituição, que neste aspecto específico recebe regulamentação infraconstitucional no art. 5º, inciso X, da Lei nº 9.985/2000:

"Art. 5º O SNUC será regido por diretrizes que:

[...]

X - garantam às populações tradicionais, cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação, meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos recursos perdidos;"

Nesse ponto, acompanho o voto já proferido pelo eminente Ministro Menezes Direito, ao afirmar que no que se refere à proteção do meio ambiente e à faixa de fronteira, a limitação do direito indígena de posse e usufruto daquelas terras decorre das próprias disposições constitucionais, a gerar uma superposição de afetações, que se resolve a partir de uma interpretação que prestigie a unidade da Constituição.

Dentro da demarcação da terra Raposa Serra do Sol encontra-se a unidade de conservação Parque Nacional do Monte Roraima, criada

Pet 3.388 / RR

pelo Decreto nº 97.887, de 28 de junho de 1989, hoje regulado pelo art. 11 da Lei nº 9.985/90.

Assim, as comunidades indígenas devem respeitar as restrições ambientais inerentes à conservação daquela Unidade de Conservação, bem como de outras que porventura venham a surgir.

Para concretizar essa tarefa, faz-se necessário um esforço conjunto, em que os órgãos ambientais (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e, eventualmente, órgãos estaduais ou municipais) delimitem as restrições ambientais próprias da unidade de conservação e comuniquem às comunidades indígenas, com auxílio da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, para que aquelas tomem conhecimento e participem do processo de conservação ambiental, que é exigido constitucionalmente a todos os brasileiros (índios e não-índios).

Isto se dá de acordo com o disposto na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004), ao ressaltar no seu artigo 7º, item 4, que: "Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam".

É preciso deixar claro que a consulta e comunicação, com o auxílio da FUNAI, às comunidades indígenas é fundamental, inclusive para que elas manifestem sua opinião e contribuam para a construção conjunta de metas e restrições de uso das terras, a garantir a proteção ambiental das áreas de unidades de conservação.

Isso não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade, mas



Pet 3.388 / RR

que a sua participação na construção de uma decisão potencializa a eficácia da conservação ambiental.

Nesse sentido, destaco as informações do Memorial Complementar conjunto distribuído à Presidência desta Corte pela AGU e pela FUNAI, neste ano de 2009, em que se afirma que as comunidades indígenas devem participar da administração e conservação dos recursos naturais, como forma de proteção dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, pois:

"Há experiências de sucesso quanto à gestão ambiental compartilhada de unidades de conservação entre a FUNAI, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e as comunidades indígenas.

Dessa feita, é importante dar continuidade a esse modelo de gestão compartilhada, permitindo-se que os órgãos ambientalistas (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade) e indigenistas (FUNAI) conjuguem esforços na administração e conservação dos recursos naturais, sem deixar de lado a fundamental participação das comunidades indígenas interessadas." (fls. 9-10 do Memorial)

Portanto, acompanho o voto do Ministro Menezes Direito neste ponto, ressaltando a necessidade de participação, por meio de consulta e manifestação das comunidades indígenas, não como requisito de validade, mas como elemento adicional fundamental ao êxito do processo decisório de administração ambiental de unidades de conservação que se sobreponham às áreas de demarcação indígena. A concretização desta tarefa deve ser dar pela atuação conjunta e integrativa dos órgãos ambientais e indigenistas.

A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Ultrapassada a análise das duas primeiras questões referentes à soberania e defesa nacionais, analiso a última questão enumerada, referente ao seguinte:

(c) possível mitigação da autonomia do Estado brasileiro, após a definição da demarcação das terras indígenas, em face de interesses internacionais, como o que ressaltaria a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Pet 3.388 / RR

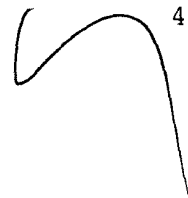
Como bem destacado nos itens 64 a 69 do voto do Ministro Carlos Britto, ao tratar da distinção inconfundível entre as categorias jurídicas de "terras indígenas" e de "territórios indígenas", é inconstitucional qualquer interpretação que indique a condescendência do Estado Brasileiro com o incentivo de movimentos separatistas indígenas.

Da mesma forma, o Ministro Menezes Direito deixou claro em seu voto que a referida Declaração dos Povos Indígenas não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e topografia pétrea, como a unidade nacional, a indissolubilidade do território e o princípio federativo.

Em primeiro lugar, a proteção constitucional do art. 231 e do art. 232 da Constituição são para brasileiros indígenas. É esse o sentido constitucional, preservando-lhes a cultura, o modo de vida e opção de seu desenvolvimento (pela aculturação ou não), mediante a concessão da posse permanente e usufruto de bens públicos especialmente afetados para tal fim. Mas a proteção constitucional, como visto no art. 231, §5º, CF/88, deve ser condicionada ao interesse da soberania nacional.

Essa referência, aliada a uma interpretação sistemática da Constituição em relação aos conceitos de território, ente federativo, soberania e povo, já demonstra inequivocamente a impossibilidade de se entender que a demarcação ora analisada seja incentivadora de um movimento separatista indígena ou da consideração político-jurídica de povo distinto do povo brasileiro.

Ao mesmo tempo, o voto favorável da República Federativa do Brasil à adoção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 13 de setembro de 2007 (107ª Sessão Plenária da ONU), não significa de forma alguma o alegado receio de incentivo



Pet 3.388 / RR

ou de condescendência estatal à segregação ou à independência política no âmbito internacional.

Ao analisar o conteúdo da referida Declaração, destaco os seus artigos 3º, 4º 26 e 34, que poderiam ensejar tal pensamento, como se apreende a seguir:

Artigo 3

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo 4

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

Artigo 26

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.

2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.

3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

Artigo 36

1. Os povos indígenas, em particular os que estão divididos por fronteiras internacionais, têm o direito de manter e desenvolver contatos, relações e cooperação, incluindo atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus próprios membros, assim como com outros povos através das fronteiras.

2. Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas eficazes para facilitar o exercício e garantir a aplicação desse direito.

Pet 3.388 / RR

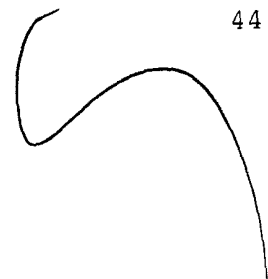
Independentemente da forma de assimilação formal da Declaração no ordenamento jurídico brasileiro, as disposições apontadas são diretrizes para as políticas e legislações no âmbito nacional, que tratam da proteção dos povos indígenas. Isto significa que cabe a cada país soberano definir a forma de sua incorporação.

No caso da República Federativa do Brasil, o filtro interpretativo central é a Constituição Federal. Assim, só se pode compreender a referida Declaração à luz da Constituição, que felizmente já alberga de maneira exemplar a proteção almejada na referida Declaração, em comparação a vários outros países.

Desse modo, apreende-se que a própria Declaração (art. 3º e 4º) esclarece que o direito de autodeterminação refere-se às decisões inerentes ao sistema de vida indígena, quanto ao seu meio de vida e de desenvolvimento econômico, social e cultural, em âmbito exclusivamente interno e local. Ou seja, não se trata de autodeterminação em âmbito jurídico-político como ente estatal independente em âmbito internacional. A própria declaração, em sua integralidade, demonstra esse aspecto, ante a contínua necessidade de diálogo e convivência entre os índios e o Estado soberano que os alberga quanto à implementação dos diversos direitos a eles assegurados.

Da mesma forma, a Constituição assegura aos índios brasileiros, nos artigos 231 e 232, a posse permanente e o usufruto das terras que ocupem tradicionalmente. É essa a opção constitucional brasileira, que aponta total sintonia com o disposto no art. 26 da referida Declaração.

A possibilidade de contato cultural de povos indígenas que ocupem áreas de fronteiras internacionais com outros povos não é expressamente vedada, mas cabe, conforme item 2 do art. 36 da referida Declaração, a regulamentação dessa possibilidade, diante do



Pet 3.388 / RR

interesse soberano brasileiro em controlar a segurança de suas fronteiras.

A comprovação inequívoca de inexistência de violação à soberania e à defesa nacionais, por meio da adoção da referida Declaração pelo Estado brasileiro, está presente no disposto em seu art. 46, a saber:

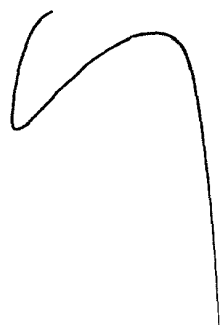
Artigo 46

1. Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

2. No exercício dos direitos enunciados na presente Declaração, serão respeitados os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos. O exercício dos direitos estabelecidos na presente Declaração estará sujeito exclusivamente às limitações previstas em lei e em conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Essas limitações não serão discriminatórias e serão somente aquelas estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e o respeito devidos aos direitos e às liberdades dos demais e para satisfazer as justas e mais urgentes necessidades de uma sociedade democrática.

Assim, extrair do conteúdo da Declaração a possibilidade de segregação ou incentivo à autodeterminação jurídica e política dos índios, como ente autônomo em âmbito internacional, não só é expressamente vedado pela referida Declaração, mas também afronta a Carta das Nações Unidas (da qual o Estado Brasileiro é integrante) e a Constituição Federal.

Desse modo, a concretização, no plano interno brasileiro, da Declaração, passa, necessariamente, segundo o art. 46, pelas limitações previstas em lei, as quais só podem ser entendidas, no presente caso, como aquelas oriundas da Constituição Federal.



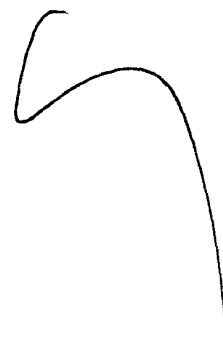
Pet 3.388 / RR

Nesse ponto, destaco, inclusive, que a interpretação oficial contida em documento da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO no Brasil, publicada em setembro de 2008, por meio de documento em forma de perguntas e respostas acerca da interpretação do conteúdo da referida Declaração, parece seguir este caminho (Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001627/162708POR.pdf>. Acesso em: 1/12/2008).

Portanto, não vislumbro, no presente caso, violação à soberania e à defesa nacionais, desde que observadas as condicionantes estabelecidas neste voto.

Ressalto, novamente, que as comunidades indígenas devem observar os regimes de administração especial das unidades de conservação e de faixa de fronteira nos termos da legislação federal, por serem interesses constitucionalmente estabelecidos, permitida a sua participação, ao menos por meio de consulta e manifestação, o que não importa em requisito de validade para as decisões estatais tomadas, nos termos do artigo 34 da Convenção nº 169 da OIT (*A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para por em efeito a presente Convenção deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país*).

Deixo claro que a Declaração dos Povos Indígenas deve se submeter ao filtro interpretativo da Constituição Federal, não pode servir de parâmetro para fomentar direitos de secessão ou autonomia política no âmbito internacional e se refere exclusivamente ao direito de autodeterminação cultural interna de seus costumes e tradições.



Pet 3.388 / RR

Destaco, ainda, que é fundamental, para casos futuros de semelhante complexidade decisória, a necessidade de maior firmeza na exigência de manifestação do Conselho de Defesa Nacional.

Diante da constatada superposição de terra indígena em área integrante de faixa de fronteira, na qual se permite excepcionalmente a garimpagem, ressalto que eventualmente seja possível, tão-somente em razão dessa peculiaridade, a garimpagem e faiscação a ser realizada com autorização do Estado, mas nunca pelas comunidades indígenas, desde que haja aprovação do Conselho de Defesa Nacional, nos termos do artigo 23, alínea "b" da Lei nº 7.805/93.

A NATUREZA DAS TERRAS INDÍGENAS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Para melhor compreensão do alegado conflito federativo relacionado à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, é necessário tecer algumas considerações relativas ao território envolvido no litígio.

Como já mencionado nos votos dos ilustres Ministros que me antecederam, a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol está situada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, Estado de Roraima, compreendendo a área descrita no artigo 2º da Portaria Nº 534, de 13.04.2005, situando-se no Norte do Estado, na trijunção das fronteiras Brasil/Venezuela/Guiana.

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, competência da União nos termos do art. 231 da Constituição, envolve, portanto, interesses do Estado de Roraima e dos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, todos autônomos, nos termos do art. 18 da Constituição Federal.

Pet 3.388 / RR

A origem do Estado de Roraima remonta à criação da capital, Boa Vista, em 1830. Em 1858, Boa Vista foi transformada em sede da então criada Freguesia de Nossa Senhora do Carmo do Rio Branco. Em 1890, foi criado o Município de Boa Vista do Rio Branco, pertencente ao Estado do Amazonas. Em 1943, o Presidente Getúlio Vargas transformou o Município de Boa Vista e parte do Município de Moura em Território Federal do Rio Branco, que passou a se chamar Roraima em 1962. A Constituição Federal de 1988 transformou o Território de Roraima em Estado da Federação (art. 14 do ADCT).

A transformação do Território de Roraima em Estado da Federação seguiu as normas e os critérios adotados quando da criação do Estado de Rondônia (Lei Complementar nº 41/1981).

A Lei Nº 10.304, de 5 de novembro de 2001, dispôs sobre a transferência das terras pertencentes à União ao Estado de Roraima. No entanto, a Medida Provisória nº 454, de 28 de janeiro de 2009, alterou a redação dos arts. 2º, 3º e 4º da referida lei.

Pela nova redação dada ao art. 2º, ficam excluídas da transferência de que trata a lei, além das áreas relacionadas nos incisos II à XI do art. 20 da Constituição Federal, as terras destinadas ou em processo de destinação, pela União, a projetos de assentamentos; as áreas de unidades de conservação; as áreas afetadas, de modo expresse ou tácito, a uso público comum ou especial; as áreas destinadas a uso especial do Ministério da Defesa e as áreas objeto de títulos expedidos pela União que não tenham sido extintos por descumprimento de cláusula resolutória. A nova redação do art. 3º determina que as terras transferidas ao domínio do Estado de Roraima sejam utilizadas, preferencialmente, em atividades de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, de assentamento, colonização e de regularização fundiária. A

Pet 3.388 / RR

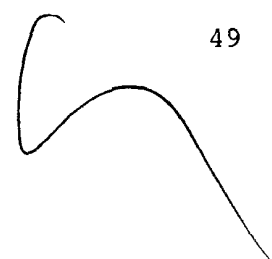
aplicabilidade do diploma legal está condicionada à regulamentação pelo Poder Executivo.

O atual Estado de Roraima possui 15 Municípios, todos fazendo fronteira com a Venezuela ou com a Guiana ou, ao menos, abrangendo parte da faixa de fronteira.

A maior parte da população, 200.568 (duzentos mil quinhentos e sessenta e oito) pessoas, se concentra na capital Boa Vista. O Município de Normandia possui população urbana de 1.453 (um mil quatrocentos e cinquenta e três) e rural de 4.639 (quatro mil seiscentos e trinta e nove), sendo do total 4.422 (quatro mil quatrocentos e vinte e dois) indígenas. O Município de Pacaraima possui população urbana de 2.758 (dois mil setecentos e cinquenta e oito) pessoas e rural de 4.231 (quatro mil duzentos e trinta e um), sendo do total 3.761 (três mil setecentos e sessenta e um) índios. O Município Uiramutã possui população urbana de 525 (quinhentos e vinte e cinco) pessoas e rural de 5.258 (cinco mil duzentos e cinquenta e oito), sendo a população indígena de 5.138 (cinco mil cento e trinta e oito) pessoas.

O Município de Normandia, cuja sede se encontra fora da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, foi criado por meio da Lei nº 7.009/82, ao ser emancipado do Município de Boa Vista.

Os Municípios de Pacaraima e Uiramutã foram criados pelas Leis Estaduais nº 096/95 e nº 098/95, que foram objeto de impugnação pelo Procurador-Geral da República na ADI 1.512, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, como registrado pelo Relator em seu voto. O Procurador-Geral questionou, especificamente, os artigos das referidas leis que determinavam que as sedes dos dois municípios seriam instaladas nas vilas com os mesmos nomes, que localizavam-se nas terras indígenas "São Marcos" e "Raposa Serra do Sol". A ADI não



Pet 3.388 / RR

foi conhecida pelo Tribunal, por demandar o exame de "um estado de fato concreto e contraditório".

Segundo informações, 46% do território do Estado de Roraima já é Terra Indígena demarcada, sendo 7,79% correspondente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. As atividades agrícola e pecuária representam 3,8% do produto interno bruto do Estado, a Administração Pública representa 58,2%, a construção civil 6% e o comércio representa 9,3% do PIB.

A preservação dos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã parece ser uma preocupação de todos os envolvidos na demarcação.

Nas audiências públicas realizadas na Assembléia Legislativa do Estado de Roraima, a Comissão Temporária Externa do Senado ouviu os representantes das Associações Indígenas SODIURR, ARIDOM e ALIDCIR que expuseram o entendimento pacífico de que "a criação do Município de Uiramutã se constitui em conquista indígena, na medida em que, tendo obedecido à previsão constitucional de realização de plebiscito, revela o anseio da maioria esmagadora da população local de ter uma estrutura estatal que propicie os serviços públicos básicos" (fl. 19 do Relatório Parcial Nº 003/2004).

Em audiência realizada na Maloca Ingarikó, em 7.02.2004, a Comissão Temporária Externa ouviu as lideranças indígenas da Comunidade Mapaé, o Líder Religioso Ingarikó e a Representante das mulheres. A etnia Ingarikó manifestou desejo pela manutenção dos municípios e das rodovias, necessários para o escoamento de sua produção (fls. 19-20 do Relatório Parcial Nº 003/2004).

O Governo do Estado de Roraima e as Prefeituras Municipais de Normandia, Uiramutã e Pacaraima colocam como principal argumento contrário à homologação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol a possibilidade de extinção dos Municípios. Aventam, inclusive, a possibilidade de extinção do próprio Estado de Roraima. Sustentam que a demarcação da área representará diminuição do território dos entes federados em questão, acarretando diminuição das atividades econômicas e governamentais na região e possibilitando, inclusive, o êxodo rural de índios e não-índios para a Capital já inchada.

A alegação de possível extinção dos Municípios foi rechaçada pelo Ministro Relator ao consignar as características específicas das terras demarcadas, nos seguintes termos:

"É como dizer: sinto-me desobrigado de entrar na discussão sobre a possibilidade de um decreto federal extinguir Municípios, pois o fato é que nenhum deles foi extinto por ato do Presidente da República. Sem falar que o ato em si de demarcação de terras indígenas não significa varrer do mapa qualquer unidade municipal, já que não se pode confundir (veremos isso) titularidade de bens com senhorio de um território político. Ademais, é de todo natural que o município de Uiramutã seja ocupado por índios em quase sua totalidade, porquanto, ali, mesmo no censo anterior à reclamada extrusão, os índios somavam 90% da população local. E quanto à sede do município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na 'Terra Indígena São Marcos', nada tendo a ver, portanto, com a presente demanda."

Como bem salientou o Ministro Carlos Britto, não há que se falar em extinção de Municípios, uma vez verificado, inclusive, que as sedes dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia não se situam na área demarcada da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Em relação à alegação de diminuição do território do Estado de Roraima, ressalte-se que a área do território nacional que compõe o Estado de Roraima já previa as terras indígenas situadas em seu território como bens da União no tempo de sua criação.

Pet 3.388 / RR

Quanto à transformação do Território Federal de Roraima em Estado, assim dispôs o art. 14 do ADCT:

"Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.

§ 1º A instalação dos Estados dar-se-á com a posse dos governadores eleitos em 1990.

§ 2º Aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato.

§ 3º O Presidente da República, até quarenta e cinco dias após a promulgação da Constituição, encaminhará à apreciação do Senado Federal os nomes dos governadores dos Estados de Roraima e do Amapá que exercerão o Poder Executivo até a instalação dos novos Estados com a posse dos governadores eleitos."

Frise-se, pois, que as Terras Indígenas são bens da União e não Território Federal. Tais terras são território dos Estados e Municípios em que estão situadas. Logo, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não representa diminuição do Território do Estado de Roraima, pois não altera seus limites geográficos.

Registre-se que, atualmente, a República Federativa do Brasil não possui nenhum Território Federal. Os territórios poderão vir a ser criados em conformidade com as disposições dos arts. 18, § 2º, e art. 33 da Constituição.

Em relação especificamente às terras da Raposa Serra do Sol, o art. 4º da Portaria 534/2005 excluiu da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol o 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), o núcleo urbano da sede do Município de Uiramutã, a sede do Município de Normandia (que já havia sido excluída pela Portaria nº820/98), os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais, afastando o conhecimento da ação quanto à pretensão autoral de vê-los excluídos

Pet 3.388 / RR

da área demarcada. Assim, tal como consignou o Relator, essa questão não deve ser objeto de análise.

Restam, portanto, as áreas correspondentes às Vilas "Água Fria", "Socó", "Vila Pereira" e "Mutum", às titulações conferidas pelo INCRA, à Fazenda Guanabara e às propriedades dos pequenos rizicultores privados que passaram a ocupar as terras a partir de 1992.

Com relação a essas áreas, cumpre ressaltar que as ocupações e domínios anteriores à demarcação, como consignado pelo Ministro Menezes Direito em seu voto-vista, não prevalecem sobre o direito do índio à demarcação de suas terras, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal. Nas palavras do Ministro Menezes Direito:

"O tema das terras indígenas sempre despertou a discussão quanto à prevalência dos direitos dos índios em face de situações anteriormente constituídas. Nessa discussão, já se lançou mão de inúmeros argumentos e algumas teorias, em especial a do indigenato, trazendo-se a lume os sistemas vigentes sob as nossas Constituições de outrora.

Toda essa discussão está se não superada, pelo menos destituída da relevância antes merecida, pelo regime da Constituição de 1988.

Nos termos do § 6º do art. 231:

§ 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 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.

O constituinte quis suplantar todas as pretensões e os supostos direitos sobre as terras indígenas identificadas a partir de 1988.

(...)

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado

poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O fato indígena a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta.

No caso concreto, segundo o autor e seus assistentes, a demarcação violou direitos particulares que se constituíram antes mesmo da vigência da política de atribuição aos índios das terras por eles ocupadas tradicionalmente.

Seria o caso dos imóveis com posse ou propriedade anteriores ao ano de 1934, quando foi promulgada a primeira Constituição que assegurou o direito dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupavam. Antes disso, sustentam, não havia proteção quanto às terras indígenas.

Mas essa argumentação não pode prosperar nos termos do art. 231 da Constituição de 1988, que reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva no que se refere à posse das terras indígenas como assentado em precedente deste Supremo Tribunal Federal, de que Relator o Ministro Celso de Mello (RE nº 183.188/MS, DJ de 14/2/1997). Ademais, não há direitos adquiridos diante da Constituição, como também já definiu esta Suprema Corte no julgamento do RE nº 94.414, Relator o Ministro Moreira Alves (DJ 19/4/1985)."

Assim, ainda que algumas áreas abrangidas pela demarcação sejam ocupadas por não índios há muitas décadas, estando situadas em terras de posse indígena, o direito de seus ocupantes não poderá prevalecer sobre o direito dos índios.

A POSSE INDÍGENA E A POSSE CIVIL

Cumprе notar que a posse a que se refere a Constituição não pode ser reduzida ao conceito de posse do Direito Civil. A posse dos silvícolas abrange todo o território indígena propriamente dito, isto é, toda a área habitada 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 no RE nº 44.585, fixou o efetivo alcance da proteção constitucional à posse dos silvícolas, como se constata:

"Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada

Pet 3.388 / RR

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 estudos dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, num de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do *habitat* de um povo.

Se os índios, na data da Constituição Federal ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a "posse" estaria materializada nas malocas.(g.n.)

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 resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico." (RE n. 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 Constituição de 1988, como se pode depreender da leitura de seu art. 231, § 1º:

"São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua preservação física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".

Pet 3.388 / RR

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 (cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, v. 1, 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, irretocáveis as considerações desenvolvidas pelo Ministro Menezes Direito em seu percutiente voto, segundo as quais a teoria do indigenato, comumente utilizada na definição dos contornos da posse indígena, deve ser substituída pela teoria do fato indígena. Desse modo, indagações acerca da *"imemorialidade"* da ocupação devem ser suplantadas pela verificação dos requisitos ou pressupostos trazidos pelo texto constitucional. A expressão *"terras tradicionalmente ocupadas pelos índios"* não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação (segundo os *"usos, costumes e tradições"* indígenas).

Por conseguinte, nos termos do art. 231, § 1º, da CF/88, os seguintes fatores devem ser verificados na definição de uma determinada área como terra indígena: a) fator temporal (*"habitadas em caráter permanente"*); b) fator econômico (*"utilizadas para as suas atividades produtivas"*); c) fator ecológico (*"imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar"*); d) fator cultural ou demográfico (*"necessárias a sua reprodução física e cultural"*).

No caso em exame, a grande área demarcada, superior ao território de países como Portugal e Bélgica, suscitam algumas preocupações.

Há algum tempo tenho certa perplexidade quanto à justa, à adequada interpretação dessa norma, tendo em vista esses parâmetros

Pet 3.388 / RR

estabelecidos. Sem dúvida nenhuma, é um tema que nos preocupa, tendo em vista a dimensão das áreas eventualmente demarcadas e os pressupostos que lastreiam a opção por essa demarcação, levando em conta, sempre, um dado paradigma, o do índio isolado. A própria fórmula do texto constitucional, do § 1º do art. 231, talvez suscite uma reflexão.

Sem embargo da relevância de eventuais objeções que possam ser levantadas contra a posse indígena e a eventual imprecisão de seus contornos, não se deve perder de vista que a proteção, que constitucionalmente se 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, EC 1, art. 198).

Antes de assumir uma posição atenuadora do preceito constitucional em apreço, cumpre ao intérprete assegurar-lhe a plena força ou eficácia normativa (*normative 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) (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1984, p. 28).

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

Pet 3.388 / RR

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.

A correta aplicação da norma do § 1º do art. 231 da Constituição deverá levar em consideração o grau de aculturação de cada etnia. Assim, o nível de aculturamento de um determinado grupo indígena determinará a adoção de diferentes critérios para a identificação dos fatores temporal, econômico, ecológico e cultural que nortearão a demarcação de uma área como terra indígena.

Por certo que grupos indígenas pouco integrados praticam suas atividades produtivas de forma mais rudimentar, necessitando de maior espaço físico para desempenhá-las, ao contrário de etnias mais sedentarizadas. Nesse sentido, o relatório elaborado pela Comissão de Peritos, ao responder à questão nº 6 apresentada pelos Senhores Silvino Lopes da Silva e Alcides da Conceição Lima Filho, analisa os diferentes resultados possíveis para a determinação da área necessária à demarcação a partir das características específicas de cada etnia. Segundo consta do relatório:

"Questão 6:

Considerando que existem 09 (nove) adensamentos com 91 (noventa e uma) malocas, totalizando uma população por volta de 10.500 (dez mil e quinhentas) pessoas, sendo Ingarikó, Saraó, Vale do Rio Quinó, Carapur-Canãa, Maturca, Raposa-Surumu, Cutia, Xuriunuatemu, Cedro, Patativa e que vivem salutarmente integrados com os não índios até os dias de hoje. Pergunta-se: uma área de 450.000 hectares é suficiente para uma população de 10.500 pessoas?

Resposta 6:

A área de 450.000 ha em questão precisa ser contextualizada. Que área seria essa? Em blocos conforme a proposta do Estado de Roraima, ou continua?

Pode-se questionar o aspecto "salutarmente" integrados, já que existem alguns grupos em estado de não integração total ou parcial com os não índios e até entre outras etnias na TI em questão (caso dos Ingarikós).

Pet 3.388 / RR

Apenas como exercício, os 450.000 ha podem representar área mais que suficiente para garantir a subsistência material e cultural dos povos indígenas aí residentes, devem ser realizados levantamentos detalhados dos recursos de solos e etnobotânicos do entorno de cada adensamento, em escala adequada (1:20.000 ou mais detalhada), de modo a avaliar tecnicamente a capacidade de suporte da subsistência e extrativismo dos entornos e a população sedentarizada ideal para cada caso, nos moldes vigentes.

Em tese, uma área de 450.000 ha para o equivalente a 12.874 índios se traduziria numa relação de aproximadamente 34,9 ha por habitante, suficiente para grupos sedentarizados. Considerando que cerca de 70-75% da área do NE de Roraima possui solos não aptos à exploração agrícola itinerante (Schaefer, 1994; Furley, 1994), teríamos então cerca de 100.000 ha de terras efetivamente aptas (em maior ou menor grau) ao cultivo. Considerando os períodos de pousios típicos adotados na região, de cerca de 10-15 anos de abandono para 2 anos de cultivo, poder-se-ia estimar uma área de aproximadamente 5.000 - 10.000 ha, que seria suficiente para prover a subsistência da população total da região, mediante técnicas rudimentares de cultivo. Grande parte dos restantes 350.000 ha de área de relevo muito desfavorável, poderia ser utilizada para pastoreio extensivo e extrativismo vegetal, nos moldes existentes há mais de 250 anos na região. (...)

A vida social das comunidades indígenas hoje existentes no Norte/Nordeste de Roraima é indissociável da estrutura social-econômica trazida pelos colonos brasileiros de origens diversas que desde meados do século XVIII, e mesmo na vizinha Guyana (Hills, 1961) implantaram a cultura do gado na área de Savanas e Campos de Roraima. (...)."

Tais considerações são suficientes para demonstrar a importância das particularidades de cada etnia, especialmente no que diz respeito à sua integração com as comunidades vizinhas, para a identificação do fato indígena e a definição da área a ser demarcada.

No caso da Raposa Serra do Sol, fiquei mais ou menos seguro ao ler o laudo elaborado pelo Professor Carlos Schaefer para a Justiça Federal e constatar que houve a preocupação com os níveis de aculturação.

Pet 3.388 / RR

Não é razoável, simplesmente, fazer esse resgate histórico memorialista de um espaço em que se desenvolveram as culturas. É preciso que o procedimento seja devidamente ajustado, tendo em vista os três outros círculos referidos no § 1º do artigo 231.

O debate se enveredou para uma discussão que já tinha sido posta quando do processo de demarcação: se deveria haver demarcação contínua ou não. E, talvez, essa seja até uma falsa questão, ou uma questão inadequada, porque, diz Schaefer, por exemplo: pode-se fazer uma área contínua de culturas totalmente diversas, como sói acontecer aqui, com um milhão e setecentos mil hectares, ou com um milhão de hectares. Como poderia haver áreas descontínuas?

A rigor, são opções que, talvez, lances opiniáticos tenham decidido, e esse é um problema. Não se trata, no entanto, de haver áreas descontínuas, e sim, do tamanho da área demarcada. Justamente por isso, Schaefer expõem uma série de exercícios de diferentes formas de demarcar a mesma área, inclusive de múltiplas possibilidades de áreas descontínuas.

Por isso, o debate quanto ao texto constitucional, que decidiu por um modelo de área contínua, parece-me uma colocação inexata. Se fosse assim, por que não juntar todas as áreas indígenas de Roraima?

Então, essa questão, com as vênias de estilo, precisa ser devidamente matizada. Poderá ser feita a opção entre demarcação contínua e descontínua? Isso dependerá das características específicas das áreas e das etnias envolvidas no procedimento demarcatório. Far-se-á um todo se houver um conjunto. Por exemplo, em relação ao Parque Nacional do Xingu, nas palavras de Karl von den Steinen, não havia nenhuma dúvida de que isso era um todo mais ou menos integrado culturalmente. O Quarup é uma festa comum, de certa



Pet 3.388 / RR

forma. A idéia de que as tribos trocavam embaixadores confirmava essa teoria constatada por Karl von den Steinen no século XIX. Portanto, imaginar um modelo de *cluster*, de separação, aqui, seria terrível, porque estaríamos a segmentar culturas que, realmente, tinham uma base de integração, inclusive territorial.

Mas a questão não está pré-decida a partir do texto constitucional, porque, realmente, ele preconiza aquilo que, expressamente, vimos a partir do artigo 231, § 1º:

"Art. 231. (...)

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."

Esses dados são suscetíveis de certa plasticidade, tendo em vista essas variações culturais. Não estamos diante de uma ciência matemática aqui, felizmente a antropologia não tem essa pretensão.

Daí, também, a necessidade aqui multirreferida de haver um grupo técnico plural, com múltiplas visões, tendo em vista a complexidade da interpretação que o texto constitucional está a reclamar, para que haja, de fato, uma adequada garantia de proteção constitucional aos índios, sem prejuízo de outros valores. É fundamental essa compatibilização, essa "concordância prática" no sentido utilizado por Konrad Hesse.

TERRA INDÍGENA COMO BEM DA UNIÃO

Ainda quanto às áreas demarcadas, cumpre ressaltar a natureza das terras indígenas no contexto da forma do Estado Brasileiro. Como bem esclarecido pelo Ministro Relator, e já referido acima, as Terras Indígenas são bens da União e não Território Federal.

Pet 3.388 / RR

Os Territórios Federais, como dispõe o art. 33 da Constituição, integram o território da União e serão organizados, quando criados, nos termos de lei específica, podendo ser divididos em municípios e contar com órgãos judiciários de primeira e segunda instância, Ministério Público e Defensores Públicos Federais, além do Governador nomeado na forma da Constituição e da Câmara Territorial.

As Terras Indígenas são bens da União e território dos Municípios e Estados em que estão situadas, afetadas à ocupação dos índios brasileiros.

Importante registrar que o Estatuto do Índio tratava das Terras dos Índios no Título III, permitindo que as áreas reservadas fossem organizadas em "reserva indígena", "parque indígena", "colônia agrícola indígena" e "território federal indígena". Essas normas não foram recepcionadas pela Constituição de 1988, que passou a prever apenas a forma de organização em "Terra Indígena".

Como bem esclareceu o Ministro Menezes Direito, "Ainda que a Constituição não tenha se utilizado do termo na sua exatidão, o tratamento detalhado que dedicou à questão dos índios e de suas terras suplanta o modelo do Estatuto e faz dela a sede por excelência do estatuto jurídico das terras indígenas, praticamente dispensando outros regramentos".

**A PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS NO PROCESSO DEMARCATÓRIO:
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FIDELIDADE À FEDERAÇÃO (BUNDESTREUE)**

Ponto importante diz respeito à questão federativa.

Estamos diante de um texto constitucional que, na linha da nossa tradição, galvaniza com cláusula pétrea o princípio federativo, e o texto de 1988 é ainda muito mais radical ao referir-

Pet 3.388 / RR

se também ao município. E isso tem algum sentido, não pode se fazer *tabula rasa* dessas unidades políticas.

Não se pode simplesmente desaparecer unidades políticas por se entender que elas são indevidas ou foram criadas com uma má intenção.

Peço vênia ao Ministro Carlos Britto para, neste ponto, discordar de seu voto, na parte em que entende que a competência da União deve ser exercida contra os Estados e Municípios.

A afetação do território de uma unidade federada precisa ter realmente um referencial jurídico sério. É preciso que, mais do que o direito de participação, de ser ouvido, se assegure lugar neste grupo aos Estados e Municípios afetados pela demarcação.

Entendo que a competência da União deve ser exercida com a participação efetiva dos Estados e Municípios abrangidos pela área a ser demarcada. Participação que, como consignado pelo Ministro Menezes Direito, é obrigatória, devendo ocorrer "sobre o estudo de identificação, sobre a conclusão da comissão de antropólogos e sobre o relatório circunstanciado do grupo técnico (art. 2º, § 6º), sem prejuízo do disposto no § 8º do art. 2º do Decreto nº 1.775/96".

A previsão do art. 2º, § 8º, do Decreto Nº 1.775/96 não é suficiente para abarcar todo o arcabouço constitucional que envolve a matéria.

O Decreto apenas refere o direito de manifestação e de apresentação de provas durante o procedimento demarcatório, não consignando expressamente o direito dos Estados e Municípios participarem da tomada de decisão do ato administrativo, ou de terem, pelo menos, seus argumentos analisados de forma fundamentada.

Pet 3.388 / RR

O Decreto 1.775/96, neste ponto, não pode deixar de ser interpretado em conformidade com a Constituição Federal. Assim, à luz do princípio federativo, há que se garantir o direito dos Estados e dos Municípios envolvidos de participar efetivamente do processo administrativo demarcatório, devendo integrar o Grupo Técnico especializado designado pelo Órgão Federal para realizar o levantamento fundiário de que trata o decreto.

Ressalte-se que a participação dos Estados e Municípios na demarcação de Terras Indígenas não poderá ser meramente burocrática. Sua atuação deve ser garantida pelos princípios constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Como há muito enfatiza a doutrina constitucional, o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo, mas a uma "*pretensão à tutela jurídica*", como bem anotava Pontes de Miranda.

Essa pretensão à tutela jurídica, consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém o **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; o **direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; e o **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Dessa forma, o direito dos Estados e Municípios de participar do processo demarcatório abrange o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão federal responsável pela

Pet 3.388 / RR

demarcação, órgão que tem o dever de lhes conferir atenção, considerando, séria e detidamente, as razões apresentadas ao fundamentar sua decisão.

Além disso, faz-se necessário uma reformulação do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, com a elaboração de novas normas que incluam os Estados e Municípios nesse procedimento, em todas as suas fases.

Isso porque, toda a competência estabelecida pela Constituição, seja da União, dos Estados ou dos Municípios, tem que ser exercida em conformidade com o princípio da fidelidade à federação, decorrência lógica do princípio federativo.

Com efeito, o procedimento administrativo de demarcação das terras dos índios destaca a preocupação com os fundamentos antropológicos, étno-históricos, sociológicos, jurídicos, cartográficos e fundiários. Não podemos esquecer, todavia, dos aspectos políticos, econômicos e militares também envolvidos, que repercutem diretamente na própria estrutura da Federação.

Em razão disso, podemos afirmar que, no exercício de suas competências constitucionalmente determinadas, deve a União preservar a autonomia dos Estados-Membros e dos Municípios, dever que decorre do próprio Princípio Federativo. De igual modo, a ação dos Estados e Municípios é orientada pelo dever de fidelidade para com a União e de cooperação para com a realização dos objetivos da República.

Destarte, cabe aos Entes da Federação se comportarem, no exercício de suas competências, com lealdade aos demais Entes. É o que a doutrina alemã chama de "*Bundestreue*" (Princípio da lealdade à Federação) ou "*Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens*" (Princípio

Pet 3.388 / RR

do comportamento federativo amistoso) ou, de acordo com Peter Haberle, "Bundesfreundlich" (Conduta favorável à organização federativa)(HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2001, p. 264).

O princípio da lealdade à Federação, extraído da própria existência do Estado Federal, do próprio princípio Federativo, foi construído pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã, podendo ser hoje identificado no art. 23 da Constituição de Bonn, especialmente nos números 2 e 7, com a redação dada pela Reforma Constitucional de 1992. (GRIMM, Dieter. *El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales*, In: *El federalismo en Europa*. Barcelona: Hacer Editorial, 1993, p. 60).

O Tribunal Constitucional Federal alemão conceituou o princípio da lealdade à Federação como a obrigação de todas as partes integrantes do pacto federal de atuar de acordo com o espírito do referido pacto e de colaborar com a sua consolidação, protegendo os interesses comuns do conjunto [BverfGE 1,299 (315)].

Para o Tribunal Constitucional alemão, a simples existência de um sistema federal implica um dever de lealdade ao princípio federativo. Isso significa que os entes, no exercício de suas competências, são obrigados a respeitar os interesses uns dos outros (CURRIE, David. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, The University of Chicago Press: Chicago and London, 1994, p. 77).

Assim, o princípio da lealdade à Federação atua como um dos mecanismos de correção, de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a

Pet 3.388 / RR

federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da federação, dando lugar a uma ética institucional objetiva, de caráter jurídico, não apenas político e moral. (ROVIRA, Ennoch Alberti. *Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1986, p. 247).

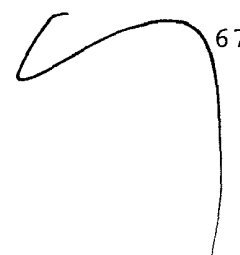
Este princípio não implica, nunca, obrigações principais, mas, sim, complementares. Consubstancia-se num filtro à liberdade da União e dos Estados no exercício de suas competências, de modo a evitar o abuso.

No caso das demarcações de terras indígenas, competência privativa da União, a aplicação do princípio da fidelidade à federação determina o direito de participação (direito de voz e voto) no procedimento demarcatório de terras indígenas, visando à efetivação dos direitos constitucionais dos índios brasileiros, mas garantindo que, diante de alternativas igualmente válidas de concretização desses direitos, seja escolhida a que melhor preserve o princípio federativo.

A EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM TERRAS INDÍGENAS

Estivemos o Ministro Carlos Britto, a Ministra Cáremen Lúcia e eu - este é outro ponto que também gostaria de abordar - no território da Raposa Serra do Sol. É um vastíssimo território. Sobrevoa-se uma aldeia e, depois de trinta minutos de vôo, se vê uma outra aldeia.

Na aldeia Ingaricó percebe-se a presença indígena, a angústia e a falta de presença do Estado. Os índios estão entregues um pouco à própria sorte. Precisam, para se deslocar à Boa Vista, para as coisas mais prosaicas da vida como obter uma pensão do INSS,

67

Pet 3.388 / RR

de caminhar dois dias até a Vila Água Fria e, depois, tomar um ônibus para Boa Vista, viagem que dura 10 horas.

É este o quadro preocupante: abandono completo do Poder Público. Faz-se a demarcação e nada mais. Essa responsabilidade precisa ser examinada.

Lá os índios falam com muita naturalidade na presença das ONGs. Perguntamos ao tuxaua Gerson o que ele faria ali naquela aldeia muito próxima ao Monte Roraima. Estamos a falar de uma tríplice fronteira, em que índios inclusive migram para o outro lado. Portanto, há uma questão de segurança nacional. E ele dizia: "Ah, nós gostaríamos de explorar os valores, o ecoturismo nesta região, afinal o monte Roraima é lendário, é algo místico".

E nós perguntávamos, então, por que ele não fazia. Ele disse: "a ONG que nos dava suporte até há pouco era contra esta exploração. Mas nós nos desavençamos, agora estamos livres para essa exploração". "E onde está essa ONG?", perguntei eu. "Bem ali, muito próximo", foi a resposta.

A ONG que tinha sido expulsa por eles continuava lá porque trouxeram um outro grupo indígena para perto. Portanto, há um fenômeno também de atomização, graças exatamente à falta de presença do Estado.

São questões delicadas que precisam ser registradas quando estamos discutindo este tema, porque isso não é para ser manipulado. Essa é uma realidade que nós vimos: a falta de presença do Estado. Falta um professor, um agente do SUS, que possa dizer: está havendo um abuso, um narcotraficante está entrando aqui, as FARC podem estar chegando, ou seja lá o que for.



Pet 3.388 / RR

Como ressaltou o Ministro Relator, as terras indígenas, embora bens da União, não deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e os Municípios em que se situam:

"Assente, pois, que terras indígenas se inscrevem entre os bens da União, e, nessa medida, são constitutivas de um patrimônio cuja titularidade não é partilhada com nenhum outro sujeito jurídico, seja de direito público interno, seja de direito público externo, nem por isso os índios nelas permanentemente situados deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam. Como sucede, aliás, com toda população radcada no território brasileiro, a entretecer com a União e os nossos Estados e Municípios (além do Distrito Federal, conforme o caso) relações jurídicas tanto de proteção como de controle, notadamente nos setores da saúde, educação, meio ambiente e segurança pública, aqui embutidas as atividades de defesa civil. (...)

Sem que esse especialíssimo regime constitucional de proteção indígena, contudo, venha a significar recusa a cada qual dos entes federados brasileiros da adoção de políticas públicas de integração dos nossos índios a padrões mais atualizados de convivência com o todo nacional. Políticas públicas de mais facilitado acesso à educação, lazer, saúde, ciência, tecnologia e profissionalização, de permeio e desfrute dos direitos políticos de votar e até de ser votado."

Importante registrar que a elaboração das políticas públicas direcionadas especificamente às comunidades indígenas são de competência da União, executadas e fiscalizadas pela Fundação Nacional do Índio, podendo contar com a participação dos Estados e Municípios, bem como instituições governamentais e não-governamentais, nos termos definidos pela União, conforme as legislações específicas.

Isso não invalida, porém, o direito de acesso universal e igualitário às políticas públicas desenvolvidas pela União, Estados e Municípios para todos os cidadãos brasileiros. Como bem ressaltado pelo eminente relator, os índios brasileiros são cidadãos

Pet 3.388 / RR

brasileiros e, como todo brasileiro, têm garantido o acesso, sem discriminação, às políticas sociais e econômicas disponíveis.

Assim, por exemplo, quanto às políticas de assistência à saúde, dispõe a Lei nº 8.080/90, com os acréscimos dados pela Lei nº 9.836/99, caber à União o financiamento do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena de que tratam os artigos 19-A a 19-H da referida lei, garantido o acesso das populações indígenas ao Sistema Único de Saúde como um todo, de acordo com suas necessidades:

"Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País.

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementando o custeio e execução das ações.

(...)

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado.

§ 1º O Subsistema de que trata o caput deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas.

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações.

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde.

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso."

O Decreto nº 3.156, de 27 de agosto de 1999, que dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde, ressalta:

"Art. 1º A atenção à saúde indígena é dever da União e será prestada de acordo com a Constituição e com a Lei nº 8.080, de

Pet 3.388 / RR

19 de setembro de 1990, objetivando a universalidade, a integralidade e a equanimidade dos serviços de saúde.

Parágrafo único. As ações e serviços de saúde prestados aos índios pela União não prejudicam as desenvolvidas pelos Municípios e Estados, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

(...)

Art. 3º O Ministério da Saúde estabelecerá as políticas e diretrizes para promoção, prevenção e recuperação da saúde do índio, cujas ações serão executadas pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA.

Parágrafo único. A FUNAI comunicará à FUNASA a existência de grupos indígenas isolados, com vistas ao atendimento de saúde específico."

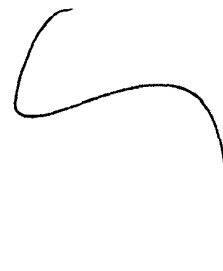
Registre-se que a Portaria do Ministério da Saúde nº 1.163, de 14 de setembro de 1999, dispõe sobre as responsabilidades na prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, e estabelece que as ações de assistência à saúde dar-se-ão por intermédio da FUNASA, em estreita ligação com a Secretaria de Assistência à Saúde/SAS do Ministério da Saúde.

Em relação à educação, a Lei 10.172, de 9 de janeiro de 2001, determina a responsabilidade pela formulação das políticas ao Ministério da Educação, cabendo a execução das políticas aos Estados e Municípios, com o apoio financeiro do Ministério da Educação. O Decreto nº 26, de 4 de fevereiro de 1991, que dispõe sobre a educação indígena no Brasil, assim determina:

"Art. 1º Fica atribuída ao Ministério da Educação a competência para coordenar as ações referentes à educação indígena, em todos os níveis e modalidades de ensino, ouvida a Funai.

Art. 2º As ações previstas no Art. 1º serão desenvolvidas pelas Secretarias de Educação dos Estados e Municípios em consonância com as Secretarias Nacionais de Educação do Ministério da Educação."

Portanto, as legislações pertinentes disciplinam as responsabilidades dos entes da federação quanto às políticas devidas aos povos indígenas, não sendo necessário maior aprofundamento na matéria.



Pet 3.388 / RR

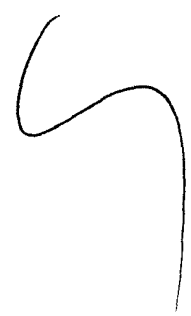
Chego, então, a essas conclusões, nas linhas básicas daquilo que foi defendido no voto do Ministro Ayres Britto, com os aditamentos do voto do Ministro Menezes Direito, inclusive para explicitar que a competência da União para a demarcação das terras indígenas tem que ser exercida em conformidade com o princípio da fidelidade à federação, sendo obrigatória a efetiva participação dos Estados e Municípios, em todas as fases do procedimento, observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ao finalizar, gostaria apenas de recomendar que a execução do julgado, tal como nós fixarmos, seja confiada ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na pessoa do seu Presidente, com a supervisão do Relator desta ação, Ministro Carlos Britto.

A decisão que hoje tomamos incidirá sobre uma realidade fática cuja alta complexidade já é bastante conhecida e, por isso, sua execução será extremamente dificultosa.

Em casos como este, em que há resistências ou potenciais oposições ao efetivo e célere cumprimento da decisão judicial, não tem sido estranho a Cortes Constitucionais a prática da delegação da jurisdição sobre os atos executórios a Tribunais ou juízes locais, os quais, por sua maior proximidade aos fatos e capacidade operativa para rápida resposta às lides, podem realizar a execução com maior rapidez e eficiência.

Lembro, a título de exemplo, o famoso caso *Brown v. Board of Education*, decidido pela Suprema Corte norte-americana. Como todos sabemos, esse conhecido caso marcou a história da luta contra as práticas racistas nos Estados Unidos na década de 1950, quando a Corte Suprema, superando o precedente do caso *Plessy v. Ferguson* - em que fixara a fórmula "*separate but equal*" (separados mas iguais)



Pet 3.388 / RR

-, determinou que as escolas públicas admitissem e assim procedessem à matrícula de negros e brancos em igualdade de condições.

O cumprimento da decisão do *caso Brown* recebeu intensa resistência das entidades educacionais, o que levou a nova demanda na Suprema Corte, resultando na decisão do também famoso caso *Brown II* (349 U.S. 294), em que aquele Tribunal delegou aos Tribunais locais a execução da decisão e a apreciação de todos os incidentes de execução.

Assim, proponho ao Plenário que a execução desta decisão seja delegada, com supervisão do Ministro Relator desta ação, ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja jurisdição, em seu aspecto territorial e material, abrange os fatos decorrentes da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Ante o exposto, voto pela parcial procedência da ação, na linha do voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, com as observações constantes do voto do Ministro Menezes Direito, acrescentando às condições estabelecidas a obrigatoriedade de participação efetiva dos Estados e Municípios no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas.

É como voto.



19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro Gilmar Mendes (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), prometo, da próxima vez, esforçar-me um pouco mais.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Pela neblina e pela chuva.

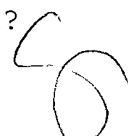
19/03/2009**TRIBUNAL PLENO****PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA**

À REVISÃO DE APARTES DOS SENHORES MINISTROS CARLOS BRITTO (RELATOR), MENEZES DIREITO, JOAQUIM BARBOSA, MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO E RICARDO LEWANDOWSKI.

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sobre as propostas constantes do voto do Ministro Menezes Direito, já houve, inclusive, manifestações dos Ministros, ausentes hoje, Celso de Mello e Ellen Gracie.

Ministro Carlos Britto, Vossa Excelência teria?



O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Umas sugestões meramente pontuais, se Vossa Excelência permitir?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Por favor.



O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Ministro Menezes Direito, na primeira condição, sugiro a Vossa Excelência a seguinte modificação:

I: "O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da

Constituição Federal)" - Vossa Excelência colocou "pode ser suplantado", de maneira genérica. Eu substituiria por só "pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º," - da Constituição Federal. Vossa Excelência colocou: "interesse público da União". Eu poria como está na Constituição: "relevante interesse público da União", apenas isso.

II: "o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos". Se Vossa Excelência quiser adotar a linguagem da Constituição, em vez de exploração, "o aproveitamento". Está lá assim "o aproveitamento". Está bom assim?

III: "o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra dos recursos minerais". Na Constituição, tem "das riquezas minerais". Se Vossa Excelência quiser fazer a adaptação "das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional".

Agora, eu acrescentaria, porque está na Constituição também, "assegurando-se-lhes" - assegurando aos índios - "a participação nos resultados da lavra na forma da lei". Não tem problema nenhum, está na Constituição.

III: "O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do

Congresso Nacional, assegurando-se-lhes" - aos índios - "a participação nos resultados da lavra na forma da lei". É o § 3º do art. 231. Eu também deixei isso claro no meu voto, fico muito à vontade para sugerir.

IV: "o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira". Aqui tenho uma dúvida: não sei se é permitido garimpagem em terra indígena? Mas Vossa Excelência deve ter feito um estudo mais.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Dependendo da autorização.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Muito

bem. Então, não faço sugestão.

V: "o usufruto dos índios" - Vossa Excelência colocou: "fica condicionado". Eu preferia, acho que fica bem mais harmônico com a Constituição, **data venia**: "o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico." Isso também está no meu voto e me deixa à vontade.

Eu só tenho uma dúvida, Excelência: "e o resguardo das riquezas de cunho estratégico" - eu tiraria isso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Vou ponderar a Vossa Excelência o seguinte: que, na realidade, isso é essencial, porque, se não se fizer a ressalva no tocante ao resguardo das riquezas de cunho estratégico, vamos deixar omissa a matéria. Então, não há nenhuma consequência em manter.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Seriam essas riquezas, urânio, coisa desse tipo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

É exatamente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Eu concordo.

"Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI". Isso aqui pode causar estranheza. Mas, na verdade, Vossa Excelência deixou claro e eu também, no meu voto, que a soberania nacional deve ser explicitamente preservada. O livre trânsito das Forças Armadas, da Polícia Federal na sua missão de fiscalização das fronteiras, isso em nada diminui a opção constitucional pela proteção indígena. Isso é perfeitamente conciliável, é um anteparo institucional que homenageia a soberania

nacional, que preserva melhor as fronteiras do País. Coloquei também em meu voto e estou de pleno acordo com Vossa Excelência.

VI: "A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará" - está certo também. Estou de pleno acordo.

VII: "o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação". Estou de pleno acordo. Também coloquei no meu voto, mas não com tanta explicitude e detalhamento como Vossa Excelência fez. Vossa Excelência fez melhor.

VIII: "o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação" - aqui, Excelência, eu não restringiria o usufruto dos índios. Eu diria isso: "o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação", ou seja, uma dupla afetação - a afetação indígena e a afetação ambiental -, eu deixaria: fica sob imediata supervisão do Instituto Chico Mendes. Acho que está bom. Porque a intenção de Vossa Excelência foi exatamente essa. Pronto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Como é que Vossa Excelência pôs aí?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Então, "o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a supervisão imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Espera só um instante. Vossa Excelência colocou "fica sob a supervisão"?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Isso, "imediata".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Eu preferia que mantivéssemos "sob a responsabilidade".

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Pode ser.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Por causa da ideia de responsabilidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Está certo.

Estou de acordo.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Esse instituto, qual é a natureza? É instituição pública?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- É uma autarquia federal.

IX: "o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas da área". Vossa Excelência colocou "em caráter apenas opinativo". Eu também usaria a linguagem da Constituição: "ouvidas as comunidades indígenas".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:
Ouvidas.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- "ouvidas as comunidades indígenas, levando-se em conta" - Vossa Excelência colocou "tradições e costumes dos indígenas". Como na Constituição tem "usos, tradições e costumes", então eu acrescentaria "usos, tradições e costumes".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:
Vossa Excelência quer repetir, por favor, Ministro?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Pois, não. "o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação

também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas"...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

"Que deverão ser ouvidas".

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - "Que deverão ser ouvidas," - ótimo - "levando-se em conta os usos, as tradições e os costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;" - No mais, tudo igual.

X: "o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados" - Vossa Excelência colocou "pela administração".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Porque é o Instituto Chico Mendes.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Então, pelo Instituto Chico Mendes.

XI: "deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;"

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Isso é o que já existe. Para ingresso, é preciso da autorização da FUNAI.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Perfeito, "observadas as condições estabelecidas pela FUNAI". Eu só queria que ficasse claro que, subjacente a isso, está a idéia - que me parece arrancar da própria Constituição - de que terra indígena não é território federativo. Então, não se destina à livre circulação dos não-índios; não se destina à livre circulação.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Estou de acordo, tanto que depende da autorização da FUNAI.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Então, pronto, fica subentendido isso.

XII: "o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;"

No meu voto também deixei razoavelmente posto isso, mas Vossa Excelência explicita melhor.

Digo o mesmo quanto ao número XIII.

XIII: "a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão"(...), ou seja, é a questão do pedágio. Estou de pleno acordo e também coloquei isso no meu voto.

XIV: "as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas"(...). Aqui, Excelência, proponho a supressão, para que os índios não corram o menor risco de que suas terras possam ser objeto de outro negócio jurídico que não os listados aqui; porque a Constituição diz que as terras indígenas são inalienáveis, indisponíveis - indisponíveis - e os direitos sobre elas imprescritíveis.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Mas essa disposição é explícita no art. 231, § 2º, da Constituição Federal, com o art. 18, **caput**, da lei especial de regência, que é a nº 6.001, de 1973.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Ótimo. Aí, sugiro que tiremos essa XIV. Não aprovaríamos essa de número XIV para não render o menor ensejo à utilização das terras indígenas por

outro negócio jurídico. Eu levaria ao pé da letra mesmo, com todo o rigor.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ficou: "é vedada", porque é uma vedação absoluta, porque a disposição é vedada; em técnica legislativa, a vedação é absoluta, não pode haver nada, "nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas". É em cima: "as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico"(...). Está explicitada a proteção, quer dizer, não pode nenhum outro tipo de negócio jurídico.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - "Que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade" - Então, vamos colocar "que não restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta." Está bom assim?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Está bem.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Pronto.

XV: "é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, (...)";

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Isso é a mesma coisa. É dispositivo do art. 231 e da lei de regência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Perfeito.

Isso é Vossa Excelência homenageando a prescrição constitucional da exclusividade do usufruto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Exclusividade, são os dois itens.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Pronto.

Subentendido isso, estou de pleno acordo.

XVI: "os bens do patrimônio indígena". Se Vossa Excelência me permite, como o patrimônio - parece-me - é da União, ou seja, é um bem público da União, a dominialidade é da União, eu começaria daqui:

XVI: "as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas observaram o disposto:"

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Está certo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Pronto:

"bem como a renda indígena" - aqui já é a parte tributária.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

É a parte tributária que está na Constituição: é a imunidade e a isenção.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Se Vossa Excelência concordar, eu colocaria "imunidade" mesmo, em vez de isenção. É a bem da União.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Eu só tenho de verificar isso. Vossa Excelência está com a Constituição aí à mão?

Verifique o art. 49, XVI, e art. 231, § 3º, porque eu tenho a lembrança de que faz menção à isenção.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - No XVI, não. Qual é o outro, Excelência?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:
Não é esse. Então está certo. Pode por imunidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) -
XVIII: "os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis" (...) - Perfeito.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:
Desculpe-me, Ministro **Carlos Britto**, qual é?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - A de número XVIII:

XVIII: "os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88)."

E, de fato, é isso mesmo. A Constituição diz que as terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

É o § 4º do artigo 231.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Perfeito.

Finalmente, este que é o mais complicado - a Ministra Cármen Lúcia já havia feito essa observação -, é o número XVII:

"é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;"

Se for para Raposa Serra do Sol, eu estou de pleno acordo; agora, se for para estender a toda e qualquer demarcação já realizada, já efetivada, eu acho que precisaremos discutir um pouco mais isso, submeter a uma discussão aqui coletiva.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Claro, acho que devemos submeter, sim. Eu ponderaria, apenas, que nós não devemos considerar a aplicação, pelo que foi dito ao longo de toda a discussão, exclusivamente no caso da Raposa Serra do Sol. A ideia da Corte foi a de criar, através desse processo, um modelo próprio de demarcação de terras indígenas. Então, nesse caso, haveria, sim, de ser examinada a matéria.

Eu entendo que, uma vez feita a demarcação, não deve caber a ampliação, porque a ampliação vai gerar consequências gravosas, inclusive para aqueles que, uma vez feita a demarcação e executada a demarcação, possam adquirir direitos em virtude dessa demarcação. Se nós admitirmos que é possível a ampliação, a cada momento, vamos ter esse embate.

Por outro lado, como tanto Vossa Excelência como os demais Colegas, incluído, creio, o Ministro **Marco Aurélio** me corrija, também o voto do Ministro **Marco Aurélio**, nós todos consideramos, efetivamente, uma data que foi a data da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, é premissa do meu voto e creio que de todos os demais, com detalhe. É que não participo, agora, da definição do alcance dessa acolhida parcial do pedido.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Claro, eu estou só lembrando, se Vossa Excelência me permitir, porque o nosso marco foi esse. Se esse marco é aceito pela Suprema Corte, evidentemente, se nós vamos admitir, a partir desse marco, novas ampliações, poderemos criar um impacto, que é extremamente negativo, atingindo direitos que são adquiridos após o processo de demarcação e de execução da demarcação.

Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O Estatuto do Índio, se for necessário, já tem solução para isso que é a desapropriação.



O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Se Vossa Excelência me permite?

Isso aí é o pressuposto de toda a demarcação, isto é, se foi demarcado e, no ato da demarcação, se reconheceu que a área demarcada correspondia à posse efetivamente provada. Noutras palavras, se nós admitirmos que a área demarcada possa ser ampliada, significa que é duvidosa a área ocupada. Foi demarcada em situação duvidosa, porque, quando se demarca a área, é porque se reconheceu que essa é a área ocupada.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mediante laudo técnico, antropológico.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente. Isto é, se nós deixarmos em aberto a possibilidade de discussão dos limites da demarcação, nós deixemos em aberto para todos os efeitos - e não é só para a ampliação - o alcance da posse na data da Constituição.

Pet 3.388 / RR

O SR. MINISTRO MENEZES DIREITO - Eu queria fazer uma observação ainda, Senhor Presidente.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - A título de demarcação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A título de demarcação.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, nada impede que certos indígenas super aculturados venham a adquirir outras áreas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Isso é outra coisa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou até por desapropriação.



O SR. MINISTRO MENEZES DIREITO - Ministro Carlos Ayres Britto, queria fazer uma ponderação a Vossa Excelência, se Vossa Excelência me permitir?

Eu queria aduzir uma ponderação que me parece relevante. É que, uma vez feita a demarcação, pode ocorrer - e, veja que quando nós definimos o critério da demarcação, pelo menos, na maioria dos votos que foram proferidos na Suprema Corte,

consideramos possível e até compatível com a Constituição Federal, e o Ministro **Gilmar Mendes** chamou a atenção para esse aspecto, que Vossa Excelência já havia chamado anteriormente, a demarcação contínua. O que significa que, necessariamente, se tem de utilizar o critério dos ciclos concêntricos, porque a agricultura indígena é a agricultura da coivara. Então, nós temos de admitir extensões maiores, por mais que elas possam aqui, ali e acolá ser assustadoras, temos de admitir a possibilidade dessas extensões serem maiores do que, à primeira vista, poderia ser necessário. Com isso, se amplia positivamente a possibilidade da demarcação. Agora, uma vez feita a demarcação, considerando o padrão da Constituição de 88, se nós vamos estender essa demarcação permitindo a ampliação, vamos, a meu ver, criar esse problema, que pode ser resolvido, mantido o critério da vedação da ampliação, pelo sistema ordinário das expropriações. Pode ser necessário, e a União pode exercer o direito expropriatório.

Então, eu peço vênica a Vossa Excelência, que trouxe tão grande contribuição aos debates, para insistir neste aspecto que me parece necessário manter esse princípio da vedação.

O SR. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI (ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO) - Senhor Presidente, Senhor Relator, uma matéria de fato em cima do marco temporal estabelecido pela Corte.

Antes, gostaria de, em nome da União, louvar a ampla discussão que houve na Corte e também dizer que, por parte da União, há acordo e concordância de que essas referências todas feitas pela maioria formada valerão não só para este caso concreto, mas para outro, em louvor ao princípio da segurança jurídica. Entendemos que

isso é extremamente relevante e importante em tema bastante candente.

Em relação à questão fática propriamente dita, temos demarcações feitas anteriormente e posteriormente à Constituição de 88. Então, tendo em vista o marco temporal fixado pela maioria, a União entende que aquelas demarcações feitas anteriormente a 88 poderiam ter uma revisão; as posteriores a 88, não. Não haveria ampliação àquelas posteriores à Constituição de 88 porque o marco fático e normativo é o da Constituição de 88.

19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMAVOTO S/ ITEM XVII

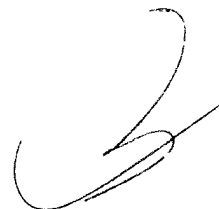
O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, de minha parte, acato. Esse divisor de águas, a Constituição de 88.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O que está demarcado está demarcado; do contrário, isso gera uma instabilidade muito grande.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Como as demarcações anteriores também estão baseadas no pressuposto do fato da posse.

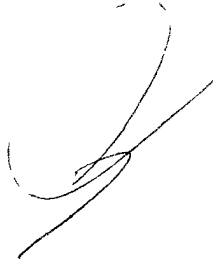
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Do fato da posse. É o mesmo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Todas as demarcações estão baseadas no fato da posse.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Então, vou ficar voto vencido nessa parte. Acato a proposta do Advogado-Geral da União.



19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

VOTO S/ ITEM XVII

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Eu manteria a redação com essa ampliação, pedindo vênias ao

Ministro **Carlos Britto**.



19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

VOTO S/ ITEM XVII

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu também vou manter, quando Vossa Excelência votou, já tinha excluído esse item em meu voto. *✓*

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Aliás, desde que votou, logo depois do voto que proferi, Vossa Excelência já havia feito essa observação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente pela dificuldade que tenho de estabelecer isso de uma forma tão genérica. Peço vênica a Vossa Excelência e mantenho o que tinha votado *✓*

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Que é extremamente pertinente. Vossa Excelência faz muito bem.

19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Sendo assim, só me esqueci - e peço desculpa a Vossa Excelência - de sugerir a Vossa Excelência que não use a palavra "silvícola", e sim "comunidade indígena".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Vossa Excelência vai redigir o acórdão.

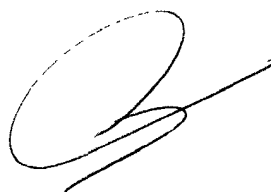
O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Mas não poderia fazer isso sem consultar Vossa Excelência.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro **Ayres**, quando Vossa Excelência fizer as correções, me mande que eu incorpore.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Está certo. Quando dos trabalhos constituintes, a palavra "silvícola" foi eliminada da Constituição e a preferência recaiu sobre o substantivo "índios", porque os índios são os primitivos habitantes da América - os nativos -, ao passo que "silvícola" é o habitante da selva, ou seja, ainda de tanga. O fato é que não se precisa usar tanga para se merecer a proteção da toga. Então, eliminamos a palavra "silvícola", portanto, do texto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - A partir da proposta do Ministro Marco Aurélio, inicialmente sobre a



Pet 3.388 / RR

questão federativa - que foi ajustada por Sua Excelência - e, depois, quando o Ministro Celso de Mello trouxe a necessidade de que - desculpe-me, foi o Ministro Cezar Peluso, na verdade, já na assentada anterior, nós ficamos de estabelecer a necessidade de que, no próprio grupo, ...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Vossa Excelência me permitiria interrompê-lo, porque já alcancei o ponto que Vossa Excelência quer falar. E eu consultaria o Ministro **Britto**: talvez seja necessário acrescentarmos um item apenas para explicitar a necessidade da participação dos entes federativos quando fosse feita a demarcação, ou seja, incluirmos um item final.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Concordo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Que Vossa Excelência redigiria, no sentido da necessidade imperativa de serem participantes do processo de demarcação os entes federativos envolvidos na área.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Não apenas poderiam ser ouvidos, mas com participação efetiva.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Das comissões dos Estados e dos Municípios.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Efetiva nos processos.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Perfeito. Tanto no voto de Vossa Excelência quanto no meu, nós deixamos claros esses marcos como um necessário anteparo a eles: a federação e a soberania nacional. Deixamos isso muito bem vincado.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Então vamos incluir; Vossa Excelência redigirá então esse item.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Então, redijo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Seria o último item, logo depois do item xviii, seria o xix, em que se assegurará a efetiva participação dos entes federativos durante todo o processo demarcatório.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E que essas condições são aplicáveis também aos procedimentos demarcatórios eventualmente em curso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Em curso. Claro, para evitar qualquer risco de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Aí, eu não sei porque se isso implicaria um voltar à estaca zero. Não sei, Excelência. Não é melhor "doravante"?



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Na fase em que se encontra, não é?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Na fase em que se encontra. Pronto. Está bom. Eu farei isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministro Lewandowski, Vossa Excelência?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, estou de acordo.

Até consta aqui do parecer do Ministério Público uma assertiva com a qual, data venia, não concordo, que diz que a realidade das comunidades indígenas não é estática no tempo, mas dinâmica.

Eu entendo que devemos manter a proposta do eminente Ministro Menezes Direito, porque, na verdade, quando a Constituição, no art. 231, § 1º, estabeleceu que as terras indígenas são aquelas "*tradicionalmente ocupadas pelos índios e por eles habitadas em caráter permanente*", na verdade o constituinte tirou uma fotografia da situação, que se cristalizou.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Eu chamei no meu voto de chapa radiográfica.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E, portanto, não há possibilidade deste dinamismo pretendido pelo Ministério Público.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministro Joaquim Barbosa, Vossa Excelência julgava improcedente a ação.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Eu julgo totalmente improcedente. Portanto, eu sou contrário a todas essas dezoito condições.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E o Ministro Marco Aurélio julgava procedente a ação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Totalmente procedente. O voto que proferi foi exaustivo quanto ao mérito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu acho que as condições estão aprovadas. Na questão quanto à vedação da ampliação, ficam vencidos os Ministros Carlos Britto, Eros Grau e Cármen Lúcia.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Perfeito. Eu redigirei e deixarei assentado na decisão esses votos vencidos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, resta a questão da execução.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - A questão da execução. Eu havia proposto no meu voto, diante já dos antecedentes, que, é claro, a execução terá de ser supervisionada, **in totum**, pelo eminente Ministro-Relator. Mas, tendo em vista a necessidade de detalhamento desta execução, os antecedentes, os



Pet 3.388 / RR

incidentes verificados quando da liminar, a sugestão é que se confiasse este trabalho, esse mister, ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao seu Presidente, que, obviamente, poderia se valer do concurso de juízes auxiliares, se fosse o caso, mas reportando-se sempre ao Ministro-Relator. Essa era a ideia que eu tinha colocado no meu voto.

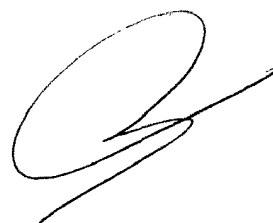
O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, estou de pleno acordo. Perdão por interromper, mas estou de acordo, porque é o que nós fazemos ordinariamente, delegando aos Juízes a execução de certos atos processuais.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Menezes Direito, creio que nós estamos aqui embrenhando numa seara na qual o Supremo Tribunal Federal não tem nenhuma experiência. Nós estamos adentrando o campo do que se chama *judge-made law*. É o tipo de atividade típica de países em que o Poder Judiciário faz o direito. Faz o direito e delega a sua execução a um juiz. Mas, delega, como? Delega fixando diretivas claras, fixando metas, fixando prazos. Nós não podemos delegar isso a um Tribunal Regional e aos juízes de Roraima sem essas diretivas claras, porque não nós sabemos qual é a realidade local. Se fizermos isso, nada vai acontecer.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Perfeito.

Prazo, por exemplo. Vossa Excelência propõe?



Pet 3.388 / RR

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Eu concordo com essa inovação que, aliás, acho muito louvável, mas tem de partir daqui diretivas muito claras, prazo, e, qualquer dúvida, o Relator resolve.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Perfeito, o Relator fica com a supervisão. Eu ficarei com a supervisão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Veja, não se trata de confiar aos juízes de Roraima, estou confiando aos Juízes Federais e ao Presidente do Tribunal Regional.

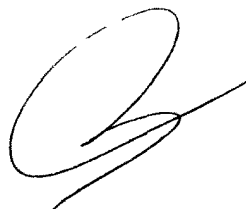
O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - O Presidente tem sede em Brasília; o problema é lá em Roraima.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro **Joaquim Barbosa**, eu queria observar, se Vossa Excelência me permitir? Estou de pleno acordo com a ponderação de Vossa Excelência, mas a minha ideia é que, primeiro, nós definiríamos se seria possível fazer essa execução delegada ao Presidente. Acho que sim. É sempre clara, com a supervisão direta do eminente Ministro Relator.

Agora, a dúvida que tem é a seguinte: nós fixaremos, aqui no Plenário, esses requisitos a que Vossa Excelência se refere, por exemplo, questão de prazo da execução.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Acho que podemos delegar ao Relator.



Pet 3.388 / RR

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Delegar ao Relator, que é o que estou imaginando.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Delega ao Relator, e, qualquer dúvida, ele traz em questão de ordem ao Plenário.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Quer dizer, permitindo ao Relator que leve a questão ao Plenário. Foi esta que foi a ideia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, apenas gostaria de recordar que, na última sessão, salvo melhor juízo, decidimos pela imediata retirada daqueles que se encontram em situação irregular ou ilegal na área. Acho que foi uma decisão que o Plenário tomou naquele momento, naquela assentada anterior, e que temos, *data venia*, que manter.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas essa decisão já pode ser tomada hoje, aqui, agora.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é. Já foi tomada. Agora, estamos reafirmando que aqueles que se encontram ilegalmente na área têm de sair imediatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Estamos confiando ao Relator.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não, é.

Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, acho importante que isso fique confiado também ao Relator, porque há situações concretas que podem exigir uma cautela.

Suponhamos que, na área, existam culturas em época próxima de recolhimento dos frutos etc., a imediata retirada pode comprometer isso e causar danos.

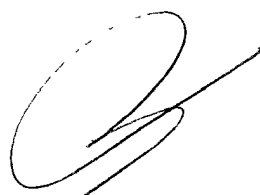
O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Claro, imediata, dentro da razoabilidade que, certamente, o eminente Relator terá o critério de estabelecer.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Por isso que precisa ser levada em consideração a situação.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - É que esse processo já vem se arrastando; em rigor, o litígio começou há 30 anos no plano dos fatos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O importante é que não permitamos nenhuma tergiversação com essa decisão que tomamos hoje. Certamente, o eminente Relator conduzirá o processo com o prudente arbítrio, que lhe é peculiar, e as situações excepcionais merecerão tratamento excepcional também. Mas a decisão que me pareceu que esta Corte tomou foi pela imediata retirada.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Acho que devemos marcar um prazo hoje. Ministro Lewandowski, pela imediata



Pet 3.388 / RR

retirada, acho que devemos votar o prazo. O Ministro Joaquim Barbosa me parece coberto de razão.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Acho que temos que fixar prazo não só para a retirada, como para outras providências.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu acho que Vossa Excelência poderá avaliar, tendo em vista as situações concretas existentes. E, se for o caso, voltar ao Plenário.

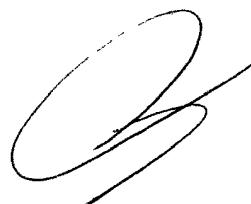
O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - A minha intenção, como supervisor dessa execução, não decidir solitariamente; sempre que entender que o caso é mais complexo, eu trarei aqui para o Pleno.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou após o entendimento com o Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região estabelece as condições da execução.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Eu só queria fazer uma indagação porque não me lembro. O Ministro Lewandowski disse que isso já foi decidido?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Para mim, foi decidido.

O SR. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI (ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO) - Senhor Presidente, Senhor Relator, há uma liminar numa ação cautelar, proposta pelo governo de Roraima, na qual o Plenário deste



Pet 3.388 / RR

Tribunal deu a cautela, até o julgamento final desta ação, para suspender a desintrusão dos não-índios da área.

É importante relatar fatos: a ampla maioria dos não-índios foi retirada de maneira pacífica, com pagamento das indenizações, com acordos feitos com a FUNAI. O que resta na área são poucos ainda não-índios ocupantes. A continuidade da desintrusão administrativa, portanto, é possível de ser feita pelo Poder Executivo, pela Força Nacional de Segurança, que está lá desde que houve o início desse trabalho de desintrusão.

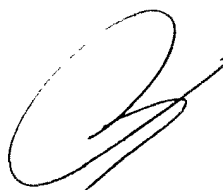
A situação, segundo relatos do Presidente da FUNAI, que está aqui presente, que esteve na área, e sobrevoou a área há duas semanas, é de que vários fazendeiros da região já vinham retirando pertences, maquinários, animais que tinham na área.

Portanto, acho que a situação, por parte da União, é que quanto mais rapidamente essa situação for resolvida, menos possibilidade de conflito. São essas as informações que tenho de parte do Ministério da Justiça, da Força Nacional de Segurança e do Presidente da FUNAI.

Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Devemos cassar a liminar, saímos daqui já com a liminar cassada.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ela está cassada.



Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Já está cassada, então. Agora, quanto ao prazo, eu acho que devíamos também marcar o prazo aqui, digamos quinze dias, ou coisa que o valha. Devemos já deixar assentado esse prazo.

O Ministro Lewandowski propõe imediatamente, não é?

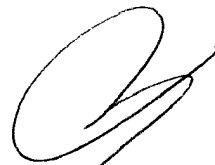
O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, imediato é até ser cumprido, evidentemente. Porque, na verdade, nós decidimos isso no ano passado, há muitos meses. Quer dizer, já havia uma maioria apontada no sentido desta solução que agora a Corte confirma.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sim, mas a decisão está sendo tomada agora.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é. De maneira que nós sempre decidimos, aqui, pela imediatidade do cumprimento de nossas decisões; nunca fixamos prazo de quinze dias, trinta dias, quarenta dias.

O SR. PAULO MACHADO GUIMARÃES (ADVOGADO) - Com a devida vênia da Corte, eu falo em nome dos produtores rurais que estão dentro da área da Raposa Serra do Sol.

E devo relatar - no sentido de contribuir - que esses estabelecimentos rurais estão em marcha, não houve um seccionamento das atividades. Lá têm culturas que foram semeadas há pouco; têm culturas em formação; têm frutos em maturação; têm lavouras em pleno



Pet 3.388 / RR

estágio de colheita, e esses investimentos estão lá, e eu creio que são alimentos que poderão servir à comunidade nacional.

E há situações jurídicas consolidadas, onde há acordos judiciais homologados estabelecendo as regras da retirada, transitadas em julgado. Então, nessas questões, o que se espera é que esses direitos sejam resguardados. Aí creio que o açodamento neste momento - primeiro que não creio que exista urgência, mas que tem essa situação de fato lá.

Louvo a Corte no sentido de deferir ao Poder Judiciário a realização, impedindo que se faça truculência como se está prometendo lá, e que é de conhecimento da Corte, com ação cautelar, inclusive, depositada nas mãos do Relator, ontem, noticiando que a Polícia Federal está dizendo que julgado, aqui, hoje, de forma contínua amanhã vai tirar as pessoas de lá. Então, isto aí há necessidade de um tempo.

Creio que essas lavouras não se colherão antes do mês de julho todas elas; recolher essas culturas, mas são extensões, isso não são canteiros, e que tem de ser feita a colheita. São milhas e milhas de sacos de arroz que têm de ser recolhidos para alimentar os brasileiros.

Então, essa é a ponderação que, em nome dos produtores, eu faço neste momento.

Muito obrigado.

Pet 3.388 / RR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? Acho que essas questões todas devem ser deixadas à alta discricção do eminente Relator; e o Relator, se entender que a questão ultrapassa a sua discricionariedade, a sua prudência, trará ao Plenário, pontualmente, o que deva ser considerado pelo Plenário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Em contato com o Presidente do Tribunal Regional fará a avaliação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Acho que, ao estabelecermos uma regra de caráter geral, desconhecendo a situação de fato do local e todas essas implicações possíveis, a Corte toma um passo que pode não trazer bons resultados de ordem prática.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro **Peluso**, Vossa Excelência me permitiria uma observação?

Nós, desde o início, quando examinamos essa matéria, agora, nesta assentada, nossa ideia central, como foi posta, era: primeiro fazia a execução delegada via Poder Judiciário exatamente para ter um controle jurisdicional sobre a execução, o que é absolutamente normal. Quem executa as decisões do Poder Judiciário é o próprio Poder Judiciário; num segundo momento, essa delegação fica na alçada do Ministro Relator, porque um ato de delegação em que o Ministro Relator comanda esse processo. Até porque, no exercício

Pet 3.388 / RR

deste comando da execução, o Relator vai encontrar sempre, além da sua decisão, o anteparo da decisão da Corte. E até mesmo pode ensejar, se houver contrariedade, um chamamento ao próprio pronunciamento da Corte.

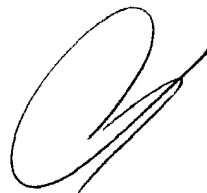
Então me parece, Senhor Presidente, com todo o maior respeito, que a nossa decisão deve-se limitar a determinar o julgamento, a execução já foi determinada, que é imediata, e esse conceito de imediato está nas mãos do eminente Ministro Relator, que poderá examinar as circunstâncias concretas de cada caso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Cassada a liminar, isso já está assentado também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Vossa Excelência poderá ter os entendimentos necessários com o Presidente do Tribunal Regional Federal para que se dê a devida execução.

A SRA. JOÊNIA BATISTA DE CARVALHO - Senhores Ministros, só rapidamente. Eu gostaria, assim como o Advogado dos fazendeiros que se encontram hoje dentro da terra indígena, falar em nome das comunidades que estão em Roraima, e as aqui presentes, acompanhando, atentamente, este julgamento.

Em abril, foi suspensa a liminar e foi dito, inclusive pelos próprios arrozeiros, que eles aguardariam apenas uma decisão final desta Corte para se retirarem e que acatariam essa decisão de imediato.



Pet 3.388 / RR

Uma vez reconhecida a ilegalidade da ocupação deles, acho que não se justifica ampliar um prazo, qualquer prazo que seja, para que eles continuem produzindo ilegalmente dentro da terra indígena e causando danos às comunidades. Era isso que eu gostaria de ponderar.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Muito obrigado a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Portanto, a Corte decidiu no sentido de que o Relator fica incumbido da execução. Se houver necessidade, algum incidente, trará em questão de ordem ao Plenário.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Ou seja: a execução é imediata?

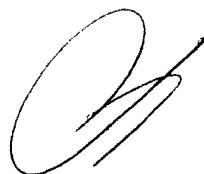
O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Imediata.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Agora, eu fixo o prazo da desintrusão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Relator, foi decidido o seguinte: cassada a liminar; a execução imediata. A forma de se operacionalizar é que está sendo delegada e aí com todos os dados.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

É preciso ficar claro, Senhor Presidente, talvez seja necessário; é preciso ficar claro Ministra **Cármem Lúcia**, isso é



Pet 3.388 / RR

importante, que a decisão da Corte é que a execução é imediata. Agora, vai-se operacionalizar de acordo com a orientação do Relator. Mas a decisão do Plenário da Corte é que a execução é imediata.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E a execução se dará sob a supervisão do Judiciário, não mais de execução administrativa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Questão de indenização por eventuais benfeitorias, tudo pode obstar. São questões cíveis e não podem obstar a retirada dos que se encontram ilegalmente. Isso, parece-me, precisa ficar bem claro também.

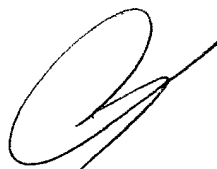
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Creio que, Ministro Carlos Britto, essas questões estão...

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - É. A parte executiva da nossa decisão, claro, ficará a cargo do Ministério da Justiça, da Polícia Federal; agora, a parte decisória, propriamente dita, ficará com o Poder Judiciário.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sob as ordens de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sob as ordens de Vossa Excelência, e com a colaboração do Tribunal Regional Federal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, o que também não exclui que o eminente Relator possa entrar em contato



Pet 3.388 / RR

com os órgãos da União, os órgãos competentes, permitir uma certa continuidade da desintrusão administrativa nos termos em que vem sendo, eventualmente, conduzida.

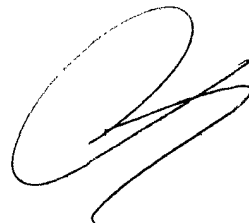
O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Perfeito. O que deverei fazer ainda hoje.

O SR. PAULO MACHADO GUIMARÃES (ADVOGADO) - A execução ocorreria independente da publicação do acórdão?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Isso. Imediata.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O meu receio, eminente Relator, é que se criem tantos incidentes processuais que obstaculizem essa imediata execução.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Mas acho que está bem posto. Se eu tiver dificuldade para decidir solitariamente, eu trarei ao conhecimento da Corte as ocorrências para uma deliberação Colegiada.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****PETIÇÃO 3.388**

PROCED.: RORAIMA

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S): AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

ADV.(A/S): ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS

ASSIST.(S): FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI

ADV.(A/S): ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS

ASSIST.(S): ESTADO DE RORAIMA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

ASSIST.(S): LAWRENCE MANLY HARTE

ASSIST.(S): OLGA SILVA FORTES

ASSIST.(S): RAIMUNDO DE JESUS CARDOSO SOBRINHO

ASSIST.(S): IVALCIR CENTENARO

ASSIST.(S): NELSON MASSAMI ITIKAWA

ASSIST.(S): GENOR LUIZ FACCIO

ASSIST.(S): LUIZ AFONSO FACCIO

ASSIST.(S): PAULO CEZAR JUSTO QUARTIERO

ASSIST.(S): ITIKAWA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ASSIST.(S): ADOLFO ESBELL

ASSIST.(S): DOMÍCIO DE SOUZA CRUZ

ASSIST.(S): ERNESTO FRANCISCO HART

ASSIST.(S): JAQUELINE MAGALHÃES LIMA

ASSIST.(S): ESPÓLIO DE JOAQUIM RIBEIRO PERES

ADV.(A/S): LUIZ VALDEMAR ALBRECHT

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ASSIST.(S): FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL FEDERAL

ASSIST.(S): COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ

ASSIST.(S): COMUNIDADE INDÍGENA BARRO

ASSIST.(S): COMUNIDADE INDÍGENA MATURUCA

ASSIST.(S): COMUNIDADE INDÍGENA JAWARI

ASSIST.(S): COMUNIDADE INDÍGENA TAMANDUÁ

ASSIST.(S): COMUNIDADE INDÍGENA JACAREZINHO

ASSIST.(S): COMUNIDADE INDÍGENA MANALAI

ADV.(A/S): PAULO MACHADO GUIMARÃES

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem, proposta pelo Relator, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de



Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, na posição de assistentes da União, todos eles recebendo o processo no estado em que se encontra. Em seguida, após o voto do Relator, julgando improcedente a ação popular, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo assistente Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, o Dr. Antônio Glaucius de Moraes; pelo Estado de Roraima, o Dr. Francisco Rezek; pelos assistentes Lawrence Manly Harte e outros, o Dr. Luiz Valdemar Albrecht; pela União e pela assistente Fundação Nacional do Índio - FUNAI, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; pela assistente Comunidade Indígena Socó, o Dr. Paulo Machado Guimarães; pelas assistentes Comunidade Indígena Barro e outras, a Dra. Joenia Batista de Carvalho, e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 27.08.2008.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Menezes Direito, que julgava parcialmente procedente a ação para que sejam observadas determinadas condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras, nos termos de seu voto, o Tribunal, contra o voto do Senhor Ministro Celso de Mello, deliberou prosseguir no julgamento do processo, tendo em conta o pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Marco Aurélio. Em continuação ao julgamento, após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia e dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e da Senhora Ministra Ellen Gracie, que julgavam parcialmente procedente a ação popular para que sejam observadas as mesmas condições constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas da Ministra Cármen Lúcia, quanto aos itens X, XVII e XVIII, e o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente, o Senhor Ministro Carlos Britto (Relator) reajustou o seu voto para também adotar as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas em relação ao item IX, para excluir a expressão "em caráter apenas opinativo" e inserir a palavra "usos" antes da expressão "tradições e costumes dos indígenas", e propôs a cassação da medida cautelar concedida na



AC nº 2.009-3/RR, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski. Em seguida, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, ocasionalmente, na segunda parte da sessão, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.12.2008.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Marco Aurélio que, preliminarmente, suscitava a nulidade do processo, tendo em conta a ausência de: 1) - citação das autoridades que editaram a Portaria nº 534/05 e o Decreto de homologação; 2) - citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; 3) - intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo; 4) - citação de todas as etnias indígenas interessadas; 5) - produção de prova pericial e testemunhal e 6) - citação dos detentores de títulos de propriedade consideradas frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo, e que, quanto ao mérito, julgava procedente o pedido, fixando como parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória: a) - audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; b) - audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; c) - levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado; d) - em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório, e e) - audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira; e, após o voto do Senhor Ministro Celso de Mello que julgava parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso para continuação na sessão seguinte. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 18.03.2009.

Decisão: Suscitada questão de ordem pelo patrono da Comunidade Indígena Socó, no sentido de fazer nova sustentação oral, tendo em vista fatos novos surgidos no julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido, vencido o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de



nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente, julgou-a o Tribunal parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições: **(i)** o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; **(ii)** o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; **(iii)** o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; **(iv)** o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; **(v)** o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; **(vi)** a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; **(vii)** o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; **(viii)** o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **(ix)** o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; **(x)** o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **(xi)** devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena,



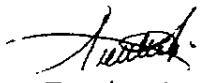
observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; **(xii)** o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; **(xiii)** a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; **(xiv)** as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); **(xv)** é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); **(xvi)** as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; **(xvii)** é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; **(xviii)** os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e **(xix)** é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto ao item (xvii), a Senhora Ministra Carmen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau e Carlos Britto, Relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação, confiando sua supervisão ao eminente Relator, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com seu Presidente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que proferiram voto em assentada anterior. Plenário, 19.03.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cezar



Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


p/Luiz Tomimatsu
Secretário