

## **PARECER N° , DE 2000**

Da COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS, sobre o Projeto de Decreto Legislativo n° 106, de 1999, que “susta a Portaria do Ministério da Justiça n° 820, de 11 de dezembro de 1998, que declara de posse permanente dos índios a Terra Indígena Raposa Serra do Sol”.

**RELATOR: Senador TIÃO VIANA**

O Projeto de Decreto Legislativo n° 106, de 1999, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti, “susta a Portaria do Ministério da Justiça n° 820, de 11 de dezembro de 1998, que declara de posse permanente dos índios a Terra Indígena Raposa Serra do Sol”.

O art. 1° da proposição determina seja sustada a mencionada portaria, enquanto o art. 2° estabelece a cláusula de sua vigência.

Em sua Justificação, o autor da proposta legislativa recorda as disposições constantes do art. 49, inciso V, da Constituição, que conferem ao Congresso Nacional competência para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Afirma, ademais, que, no interior do território de 1,7 milhão de hectares destinado à mencionada terra indígena, encontram-se inúmeras fazendas produtivas, lá estabelecidas há dezenas de anos. Em face disso, as tensões sociais existentes na área tendem a tornar-se explosivas, na hipótese de se materializarem as determinações preconizadas pela portaria em consideração.

Por fim, assevera o nobre Senador que o Estado de Roraima, ao ter cerca de 45% de seu território destinado a terras indígenas, “vê suas possibilidades de progresso seriamente

comprometidas, uma vez que está impossibilitado de incluir quase metade do seu território em qualquer projeto de desenvolvimento”.

No prazo regimental, não foram oferecidas emendas à proposição.

Assim sendo, passo à análise do Projeto.

O art. 49, inciso V, da Constituição Federal confere ao Congresso Nacional competência para sustar atos normativos do Poder Executivo, nos seguintes termos:

**Art. 49.** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....  
 V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;  
 .....

Os atos concretos de demarcação das terras indígenas não carecem de delegação legislativa, uma vez que decorrem de imperativo constitucional, expresso no *caput* do art. 231 da Carta em vigor, que manda a União demarcar as citadas terras. Tal determinação, ademais, configura competência administrativa federal, visto que representa atividade administrativa da União, a qual, nesse caso, está a reger bem próprio, pois, de acordo com o art. 20, XI, da Carta Magna, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens que lhe pertencem.

Em face de os atos da Administração Pública deverem dar-se nos limites da lei, está a União obrigada a editar as disposições legais ensejadoras da cobertura que lhe permitam concretizar os encargos a ela cometidos pela Constituição. Tais normas são a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

Anterior à promulgação da Carta de 1988, a Lei nº 6.001, de 1973, que “dispõe sobre o Estatuto do Índio”, sofreu revogação de

alguns de seus dispositivos, fato não ocorrido, porém, com o *caput* de seu art. 19, que determina:

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

.....

Precisamente o Decreto nº 1.775, de 1996, “dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências”.

Recorde-se que o caráter administrativo do procedimento de demarcação das áreas dos índios foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário nº 183.188, em 10 de dezembro de 1996, e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Mandado de Segurança nº 4.810, em 14 de maio de 1997.

Portanto, visto que o art. 49, inciso V, da Constituição confere ao Congresso Nacional competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, no caso em análise, se extravasamento do poder regulamentar houvesse de ser argüido, o questionamento deveria recair sobre o Decreto nº 1.775, de 1996, que estabelece as regras do procedimento de demarcação das terras indígenas, em obediências às determinações da Constituição e da Lei nº 6.001, de 1973.

A competência de o Ministro da Justiça declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar sua demarcação foi conferida pelo art. 2º § 10, inciso I do Decreto 1.775/96. Ao editar essa norma legal, o Presidente da República exercitou a competência de que está investido pelo art. 84, inciso II da Carta em vigor, da qual deriva o poder de “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”.

A Portaria do Ministério da Justiça nº 820 objeto da presente análise não é ato normativo de natureza regulamentar, mas ato individual próprio da Administração Pública, no exercício dos poderes

que lhe são conferidos pela Constituição. Por essa razão, não pode ser objeto da apreciação do Congresso Nacional nos termos do art. 49, inciso V, da Lei Magna.

Para cuidar dos atos do Poder Executivo que não sejam de natureza regulamentar, nem decorrentes de delegação legislativa, o Congresso Nacional possui as salvaguardas conferidas pelo inciso X do mesmo art. 49, que lhe permitem “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Esse entendimento é corroborado por respeitáveis juristas brasileiros. Celso Ribeiro Bastos, por exemplo, ao ocupar-se do art. 49, inciso V, da Carta em vigor, no volume IV, tomo I, página 109, da obra conjunta com Ives Gandra Martins *Comentários à Constituição do Brasil*, publicada pela Editora Saraiva em 1995, assim se manifesta:

A atividade administrativa exerce-se, em conseqüência, por meio de atos de efeitos concretos e atos de efeitos genéricos. Estes integram a função normativa do Estado, ao lado dos demais atos equiparáveis por seus efeitos às próprias leis. (...) Se suas (do decreto) disposições forem de efeitos concretos, estaremos diante de uma determinada categoria de decretos, correlacionada com a natureza de seus efeitos. Se, contudo, no seu bojo vier inserido um conjunto de disposições normativas, de decreto regulamentar tratar-se-á.

Na análise do citado dispositivo constitucional, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1998*, volume I, página 300, Editora Saraiva, 1997, posiciona-se de maneira ainda mais clara a respeito da matéria em pauta. Afirma esse jurista:

Assim, o poder de sustação aqui conferido ao Congresso Nacional pressupõe, para ser validamente exercido, inconstitucionalidade do ato do Poder Executivo. Ato este que há de ser

“normativo”, ou seja, que estabeleça normas gerais, suscetíveis de aplicação a uma generalidade de casos. Ato individual, portanto, não pode ser sustado pelo Congresso Nacional.

Impõe-se, portanto, a rejeição do projeto de decreto legislativo em exame, por força da inconstitucionalidade de que se reveste a postulação nele contida.

A análise da matéria sob o enfoque das prerrogativas legais asseguradas aos índios conduzem a idêntica conclusão, como se verá a seguir.

Os direitos conferidos às populações indígenas estão especialmente contidos na Constituição Federal.

Desse modo, o art. 20, inciso XI, da Lei Maior inclui as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios entre os bens da União. Assim, os povos pré-colombianos não detêm a propriedade, mas a posse e o usufruto das áreas que habitam.

Relativamente aos territórios ocupados pelas populações indígenas, o art. 231 concede aos índios as seguintes garantias:

**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 indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

.....

Percebe-se claramente que a amplitude dos direitos conferidos aos índios não oferece ensejo à possibilidade de restrições decorrentes dos fatos referidos na justificativa da proposição em exame. Dessa forma, a existência de fazendas produtivas no interior de áreas indígenas, o surgimento de tensões sociais decorrentes das medidas demarcatórias ou a imposição de obstáculos ao desenvolvimento econômico do estado pela insuficiência de seu

território não representam fundamento para se imporem obstáculos à demarcação das terras das populações pré-colombianas.

Ao contrário, verificadas as condições para a caracterização da natureza de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, conforme disciplina o § 1º do art. 231, evidencia-se a posse indígena assegurada pelo § 2º, que prevalece contra qualquer outra. Tal posse prepondera, inclusive, à de portadores de alegados títulos de propriedade, por força das disposições do § 6º, que declara nulos, extintos e incapazes de produzir efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Ademais, pretender que a ocupação de suas terras pelos índios se balize pela existência de construções permanentes, que caracterizam a posse segundo o conceito civilista da sociedade abrangente, significa violar o sentido das normas protetoras das populações indígenas, particularmente as contidas no art. 231, *caput* e § 1º.

Para os índios, a terra transcende o aspecto meramente patrimonial. Representa ela condição imanente à vida desses povos, por ser indispensável à existência física e cultural de suas gerações presentes e futuras. Como se percebe, trata-se de vida não apenas física, biológica, mas em suas múltiplas referências, pois, além da sobrevivência física de cada membro da comunidade, busca-se garantir a sobrevivência de indivíduos numa intersubjetividade de compreensão, enquanto grupos étnicos diferenciados. É, também, por conseguinte, toda uma *praxis* de vida, adotada por uma coletividade diferenciada, que se cuida de proteger.

O território apresenta-se, assim, como condição de existência singular, inconfundível com a da sociedade dita civilizada. Não possui, para os índios, o valor meramente patrimonial que lhe empresta essa sociedade, porquanto se revela como direito à vida, valor em tudo superior àquele, porque fundante da ordem jurídica, que tem no homem a sua referência primeira, como tal reconhecido pelo próprio texto da Constituição.

O projeto em análise, sobretudo à vista das bases de sua justificação, importa em subversão da ordem jurídica e da natureza

das coisas, ao pretender fazer prevalecer questão de caráter patrimonial sobre o próprio direito à vida.

Em face das prerrogativas asseguradas aos índios pela Carta em vigor, a justificativa do projeto em consideração viola flagrantemente as garantias por ela conferidas às populações indígenas. Sob esse ponto de vista, impõe-se, igualmente, a rejeição da proposição em exame, por força dos vícios de inconstitucionalidade de que ela se reveste.

A questão precisa ser analisada, ainda, sob o prisma da anterioridade dos direitos dos índios às terras por eles ocupadas, em contraposição às pretensões que possam ameaçar tais prerrogativas.

Isso porque, na realidade, o direito dos povos indígenas a suas terras é anterior à Carta vigente e mesmo à de 1934, primeira Constituição nacional a assegurá-lo. Tais garantias remontam ao período colonial, como demonstrou a pesquisa desenvolvida por Manuela Carneiro da Cunha publicada pela Editora Brasiliense em 1987, sob o título *Os Direitos do Índio: Ensaio e Documentos*.

De acordo com esse estudo, as Cartas Régias promulgadas por Filipe III em 30 de julho de 1609 e em 10 de setembro de 1611 reconheceram o “pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos” (obra citada, página 58), tendo a última norma citada estabelecido:

Os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitâneas e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer.

Com a edição do Alvará de 1º de abril de 1680, a Coroa Portuguesa determinou que as sesmarias por ela concedidas não podiam afetar os direitos **originais** dos índios sobre suas terras. Ademais, declarou os pré-colombianos isentos de qualquer foro ou

tributo incidentes sobre as terras por eles ocupadas, em razão de serem os “**primários e naturais senhores**” de suas terras. A esse respeito, preconizou o mencionado alvará (obra citada, página 59):

E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hei por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dadas em Sesmarias a pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos Índios, primários e naturais senhores delas.

Finalmente, a Carta Régia de 9 de março de 1718 considera os índios isentos da jurisdição da metrópole, nos seguintes termos (obra citada, página 61):

(Os índios) são livres e isentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a saírem das suas terras para tomar um modo de vida de que eles se não agradam.

No período imperial, a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, que “dispõe sobre as terras devolutas do Império”, deixou fora do alcance dessa categoria as áreas destinadas à colonização dos indígenas, uma vez que a definição de terras devolutas proposto naquela norma não incluía as extensões territoriais destinadas a uso público nacional, provincial ou municipal.

A citada regra legal tinha o objetivo de proibir a aquisição de terras devolutas por outro meio que não fosse o de compra e, textualmente, preconizava em seus arts. 3º, § 1º e 12:

**Art. 3°** São terras devolutas:

§ 1° As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal.

.....  
**Art. 12.** O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1° para a colonização dos indígenas; 2°, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, e assento de estabelecimentos públicos; 3°, para a construção naval.

O Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que “manda executar a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850”, ao regulamentar essa norma legal estabeleceu:

**Art. 65.** O Diretor Geral, de posse dos mapas, memoriais e informações, proporá ao Governo Imperial a venda das terras que não forem reservadas para alguns dos fins declarados no art. 12 da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, (...)

**Art. 72.** Serão reservadas terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas nos distritos onde existirem hordas selvagens.

**Art. 73.** Os Inspetores e Agrimensores, tendo notícia da existência de tais hordas nas terras devolutas que tiverem de medir, procurarão instruir-se de seu gênio e índole, do número provável de almas que elas contêm e da facilidade ou dificuldade que houver para o seu aldeamento; e de tudo informarão o Diretor Geral das Terras Públicas, por intermédio dos Delegados, indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento e os meios de o obter; bem como a extensão de terra para isso necessária.

**Art. 74.** À vista de tais informações, o Diretor Geral proporá ao Governo Imperial a reserva das terras necessárias para o aldeamento, e todas as providências para que este se obtenha.

**Art. 75.** As terras reservadas para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização.

Como se vê, a Lei nº 601, de 1850 – a célebre Lei das Terras –, e seu decreto regulamentador mantiveram a tradição jurídica de reconhecer o direito dos índios sobre suas terras. Essas normas legais possuem outra relevância de expressiva significação, qual seja a de deixar suficientemente claro que os territórios dos índios não são terras devolutas.

Por essa razão, não atingiram as terras indígenas as disposições do art. 64 da Constituição de 1891, de acordo com as quais passaram a pertencer aos Estados as terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios. Ora, por não serem devolutas e, portanto, por não se aplicarem a elas as referidas determinações da primeira Carta republicana, não passaram as terras indígenas a pertencer aos Estados então criados.

Mais tarde, o Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, que “cria o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais e aprova o respectivo regulamento”, seguiu a tradição legislativa brasileira de assegurar a posse das terras ocupadas pelas populações indígenas. Seu art. 2º incluiu, entre as competências do órgão então criado, a responsabilidade de “velar pelos direitos que as leis vigentes conferem aos índios e por outros que lhes sejam outorgados”, bem como “garantir a efetividade da posse dos territórios ocupados por índios e, conjuntamente, do que neles se contiver”. O art. 7º reiterou o entendimento de os pré-colombianos não poderem “arrendar, alienar ou gravar com ônus reais as terras que lhes forem entregues pelo Governo Federal”.

Por fim, a já referida Lei nº 6.001, de 1973, que “dispõe sobre o Estatuto do Índio” estabelece em seu art. 23 que se considera “posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde

habita ou exerce atividade indispensável à subsistência ou economicamente útil”.

No plano constitucional, desde a Carta de 1934 reconhece-se o direito dos índios às terras em que se achem permanente localizados (fórmula das Constituições de 1934, 1937 e 1946), às terras que habitam (em 1967 e 1969) ou às terras tradicionalmente ocupadas, de acordo com o art. 231 da Lei Maior em vigor acima referido.

A vedação constitucional de os indígenas alienarem as terras a eles destinadas é, igualmente, inaugurada pela Carta de 1934 e seguida pelas demais, até transformar-se na determinação da Lei Maior de 1967 de que tais áreas incluem-se entre os bens da União, disposição constante das Constituições subsequentes.

Ademais, conquanto a declaração expressa de nulidade dos títulos incidentes sobre as áreas indígenas tenha-se dado, pela primeira vez, sob a forma do § 1º do art. 198 da Carta outorgada de 1969, Pontes de Miranda, já nos *Comentários à Constituição de 1967*, publicados pela Editora Revista dos Tribunais em 1968, leciona não ter efeito qualquer título, mesmo registrado, contra a posse dos índios, ainda que anteriores à Constituição de 1934, primeira Carta a garantir o direito dos índios sobre as terras em que se achassem localizados. Assim se manifesta o respeitável jurista, à página 457 do tomo VI da obra citada:

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

Há na ordem jurídica brasileira, pois, a tradição da garantia do direito dos índios a suas terras, garantia que, remontando à legislação colonial, foi observada no Império e preservada na República, tendo ganho estatuto constitucional desde 1934.

É parte dessa tradição o entendimento de que os índios, “**primários e naturais senhores**” de suas terras, têm direito às áreas

por eles ocupadas. No passado, esse direito prevaleceu mesmo contra os concessionários de sesmarias.

É parte dessa tradição a impossibilidade de os índios alienarem seus territórios. Em face disso, evidenciada a condição de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, as disposições da Carta em vigor conferem à União, desde sempre, o domínio sobre tais terras.

Portanto, analisada a questão sob o enfoque da anterioridade dos direitos dos índios sobre suas terras, em oposição a qualquer outro, ainda mais se aclara o sentido das normas constitucionais propiciadoras dos direitos indígenas. Considerada a matéria desse ponto de vista, mais se reforça a natureza inconstitucional da postulação do projeto em exame.

Com base nas razões expostas, pronunciamo-nos pela rejeição do Projeto de Decreto Legislativo nº 106, de 1999, em virtude de a proposição apresentar vícios insanáveis de inconstitucionalidade.

Sala da Comissão, 13 de setembro de 2000.

Senador OSMAR DIAS, Presidente

Senador TIÃO VIANA, Relator