

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.

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 canoeiros *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, 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 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.

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 desenhava 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.

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:

"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 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 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). 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. 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".

Cumprido 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.

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.

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 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 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 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 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"*.

Cumprase 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 nº 22/91).

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 percuciente voto do Ministro Menezes Direito.

Não obstante parte considerável da jurisprudência e da doutrina entenda de forma diversa, afirmando a inexistência de coisa julgada 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.

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, ênfase, 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 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.

HAURIUO, 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 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 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)

Na mesma linha, observa Couto e Silva em relação ao direito brasileiro:

"MIGUEL REALE é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado 'Revogação e Anulamento do Ato Administrativo' em capítulo que tem por título

'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 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).

Registre-se que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança.

É 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 princípio 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 princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa fé. Diz:

"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 público." (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 funcionário público que vivia na Alemanha Oriental. Informada pelo responsável pela Administração de Berlim de que teria direito a uma pensão, desde que tivesse o seu domicílio fixado em Berlim ocidental, a interessada mudou-se para a cidade. A pensão foi-lhe concedida. Tempos após, constatou-se que ela não preenchia os requisitos legais para a percepção do benefício, tendo a Administração determinado a suspensão de seu pagamento e solicitado a devolução do que teria sido pago indevidamente. Hoje a matéria 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, 2ª edição, Berlim/Nova York, 1992, p. 289)

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está 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 ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.

Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo do professor Miguel Reale sobre a revisão dos atos administrativos:

“Não é admissível, 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 originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convaler, — como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, — 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 válido 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 à 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; porém destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, 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 insanável* 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, após o percurso traçado no ordenamento jurídico. Trata-se de um imperativo dos princípios da Administração Pública em geral, dos da boa-fé, moralidade e segurança jurídica (dentre outros), em particular.

Também não infirmam as verdades abstratas, genéricas, em tese, da revogação e anulação do ato administrativo, por iniciativa até da própria Administração. Quanto à revogação, é 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 à anulação, propomos a mesma sorte de considerações. A Administração não pode ser volúvel, errática em suas opiniões. La dona è móbile - canta a ópera; a Administração não se confere, porém, o atributo da leviandade. A estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, que os princípios da Administração Pública, 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, aliás, expressamente dita a Lei Federal 9.784, de 1999, no parágrafo único, XIII, de seu art. 2º). A consideração superveniente da ocorrência de ilegalidade na decisão processual só poderá autorizar o seu desfazimento pela via, também processual, também abalizada pelo contraditório e ampla defesa, da revisão do processo administrativo. Ou seja, o que no processo administrativo se afirmou só em outro poderá ser desfeito. A processualização incontestável da Administração, imposta pela Constituição de 1988, dita inexoravelmente a submissão da matéria 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, 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 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 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:

"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.

§ 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:

"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 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

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).

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 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.

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.

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.

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.

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 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 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 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.

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 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 dispõem 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.

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 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.

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.

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 N° 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.

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 n° 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 expresso 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 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 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 N° 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 N° 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.

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 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 suplantar, 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 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".

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 percuciente 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 *"i memorialidade"* 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 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, Grudzüge 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 *naïf*. Ao revés, considerou o Texto Magno que a preservação dos silvícolas com as suas características, culturas e crenças, constituía, em verdade, imperativo de uma sociedade que se

pretende aberta. Vê-se, pois, que o preceito constitucional traduz o próprio reconhecimento de que existem valores e concepções, diversos dos nossos, e de que o nosso modelo de desenvolvimento não é único. E, sobretudo, a regra constitucional revela a crença na adequada coexistência dessas diversidades como corolário de uma sociedade pluralista e justa.

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 acultramento 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).

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.

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 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.

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-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 vênha 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.

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 **di re i to de i n f o r m a ç ã o** (*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 **di re i to de m a n i f e s t a ç ã o** (*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 **di re i to de v e r s e u s a r g u m e n t o s c o n s i d e r a d o s** (*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 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 do comportamento federativo amistoso) ou, de acordo com Peter Häberle, "*Bundesfreundlichkeit*" (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 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 cooperación en la República 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, 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.

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 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. (...)

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 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 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.

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) -, 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.