



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 3957-PGR-AF

PETIÇÃO Nº 3.388-4/170 - RR

REQUERENTE : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

REQUERIDA : UNIÃO

RELATOR : Min. **Carlos Britto**

PETIÇÃO. AÇÃO POPULAR. ATO DE DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL E RESPECTIVA HOMOLOGAÇÃO. DELINEAMENTO DO MODELO CONSTITUCIONAL ATUAL EM RELAÇÃO AOS ÍNDIOS. NECESSIDADE DE DEMARCAÇÃO DAS ÁREAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELAS COMUNIDADES INDÍGENAS, COMO A DE QUE TRATAM OS AUTOS, PARA A PRESERVAÇÃO DE SUA TRADIÇÃO E CULTURA. DISTINÇÃO ENTRE O CONCEITO DE POSSE INDÍGENA E AQUELA DO DIREITO CIVIL. LEGITIMIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE QUE DECORRERAM OS ATOS QUESTIONADOS, REGIDO POR DECRETO ESPECÍFICO. ESTUDO ANTROPOLÓGICO REALIZADO POR PROFISSIONAL HABILITADO PARA TANTO. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. RISCO À SOBERANIA NACIONAL QUE, SE EXISTENTE, NÃO POSSUI IMEDIATA IMPLICAÇÃO COM O MODELO DE RESPEITO AO DIREITO DE POSSE DOS INDÍGENAS, NO QUE DIZ COM O ELEMENTO GEOGRÁFICO, HAVENDO DE SER AVALIADO E, SE FOR O CASO, ELIMINADO POR MECANISMOS OUTROS DE PROTEÇÃO. ABALO À AUTONOMIA DO ESTADO DE RORAIMA ELIDIDA PELO CARÁTER ORIGINÁRIO E ANTERIOR DO DIREITO DOS INDÍGENAS. PROCESSO NATURAL EM TERRITÓRIO QUE SEMPRE CONTOU COM A PRESENÇA DE NUMEROSOS GRUPOS INDÍGENAS. PARECER PELA IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO.

1. Trata-se de ação popular ajuizada por **Augusto Affonso Botelho Neto** em impugnação à Portaria nº 534/2005, do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, que estabeleceu a demarcação da terra indígena denominada “Raposa Serra do Sol”.

2. O ato questionado substituiu a Portaria nº 820/98, por ele revogada, contra a qual foram ajuizadas inúmeras ações, todas encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal por força do decidido na RCL nº 2.388 e posteriormente extintas sem julgamento de mérito em decorrência da revogação referida.

3. O autor argumenta que a nova portaria mantém os vícios da antiga, sendo eles, em resumo, aqueles apontados em perícia realizada nos autos de ação popular que tramitou inicialmente perante a Justiça Federal em Roraima, segundo a qual o procedimento administrativo de que decorreu o ato impugnado divorcia-se das normas regentes da demarcação de terras indígenas (Decreto nº 22/91 e 1.775/96). Afirma, mais especificamente, que: (i) o processo não contou com a participação de todos os grupos de pessoas e entes interessados, ficando de fora parte dos grupos indígenas, os Municípios de Boa Vista e Normandia e os produtores agropecuários, comerciantes e garimpeiros locais; (ii) o envolvimento do Governo do Estado no procedimento estava comprometido; (iii) o Grupo Interinstitucional de Trabalho não apresentou o relatório circunstanciado caracterizando a terra indígena a ser demarcada de que trata o art. 2º, § 7º, do Decreto nº 22/91 ao órgão federal de assistência ao índio; (iv) o estudo antropológico conclusivo sobre a área em questão realizado na via administrativa – e que justificou todas as decisões do Governo Federal referentes à demarcação – foi assinado por um único profissional, o que *“bem demonstra a parcialidade e conseqüente nulidade do mesmo”*.

4. Aponta as conseqüências da demarcação em área contínua que reputa desastrosas para o Estado de Roraima, no que diz com a estrutura produtiva comercial, que exerce influência direta sobre o equilíbrio sócio-econômico estadual, e para o país, referentes ao comprometimento da soberania e da segurança nacionais. Cita, nesse ponto, alerta do Ministro Chefe do Estado Maior das Forças Armadas atinente à concessão de *“áreas exageradas, ricas em minerais e de difícil controle (...) que pode levar a pressões internacionais insuportáveis”* e à suposta intenção da Organização das Nações Unidas de restringir a atuação das Forças Armadas no território indígena em questão, extremamente importante do ponto de vista estratégico-militar.

5. Descreve a situação dos “não-índios” que habitam a região há três ou mais gerações que terão de abandonar as terras em questão e a dos índios já totalmente integrados à dinâmica da sociedade local que fazem oposição à demarcação.

6. Invoca estudo realizado por Comissão Temporária Externa do Senado Federal, cuja conclusão sugeriu a exclusão, da área então em vias de ser demarcada, (i) daquelas necessárias à exploração econômica, (ii) das sedes do Município de Uiramutã e diversas vilas e zonas de expansão, (iii) das estradas estaduais e federais ali localizadas, (iv) da unidade de conservação ambiental Parque Nacional Monte Roraima, (v) das terras tituladas pelo Incra e as referentes a imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934, (vi) da faixa de 15 quilômetros ao longo da fronteira do Brasil com a Venezuela e a Guiana.

7. Suscita, mais, a ofensa ao equilíbrio federativo, vez que a área demarcada, que passa ao domínio da União, ocupa grande e relevante parte do território do Estado de Roraima, e ao princípio da razoabilidade, porque estar-se-ia privilegiando de maneira absoluta o princípio da tutela do índio em detrimento de outros igualmente relevantes.

8. Pleiteia, assim, liminarmente, a suspensão dos efeitos da Portaria nº 534/05, do Ministro da Justiça, e do respectivo decreto presidencial homologatório e, em caráter definitivo, a decretação de nulidade dos atos referidos.

9. O Ministro Relator indeferiu o pedido de liminar (fls. 212-214), decisão confirmada em agravo regimental pelo Plenário dessa Corte Suprema (fls. 272/281).

10. A União apresentou a contestação de fls. 309/328. Faz descrição do registro histórico da tradicional ocupação indígena na região – grupos indígenas dos Macuxi, Wapixana, Ingarikó, Taurepang e Patamona -, lembrando que a proteção das terras em questão sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, passando pela Lei Imperial nº 601, de 18 de setembro de 1850, que as caracterizou como *reservadas* aos indígenas, até as Constituições de 1891 e as que a seguiram.

11. Observa que a homologação da demarcação da reserva configura o *reconhecimento* dos direitos dos índios à sua posse permanente e seu usufruto exclusivo, considerando o consenso histórico da ocupação e os usos, costumes e tradições definidores do território indígena, não importando ato constitutivo da posse, até porque, segue, consoante o teor do art. 25 da Lei nº 6.001/73, “o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas (...) independará de sua demarcação”.

12. Afirma que o conceito de posse aqui é distinto daquele adotado no direito civil, pois abrange toda a área habitada pelos indígenas e utilizada para o seu sustento e para a preservação de sua identidade cultural. Invoca o comando do art. 231, §6º, da Constituição da República, que declara a nulidade de qualquer ato envolvendo a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas.

13. Afirma que não há provas da lesão ao patrimônio público ou à moralidade/legalidade que autorizasse o ajuizamento de ação popular. Aduz, nesse ponto, que o contraditório e a ampla defesa foram garantidos aos interessados no curso do procedimento administrativo em questão, nos termos do art. 9º do Decreto nº 1.775/96, cuja legitimidade já haveria sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹.

14. Noticia, por fim, que, contrariamente ao afirmado pelo autor, a identificação e delimitação originária da terra, consolidada por meio da Portaria nº 820, não sofreu qualquer revisão para acréscimo de área. O que ocorreu, segue, *“foi que, na execução da demarcação, quando da sua materialização no terreno, ao invés de 1.678.800 hectares, foram encontrados 1.747.464 hectares, representando a diferença de 68.664 hectares, perfeitamente comum e previsível nas demarcações”*.

15. A União apresentou razões-finais às fls. 368/387, repisando a argumentação anterior. O autor deixou de apresentá-las.

16. Em seguida, vieram os autos à Procuradoria Geral da República para manifestação.

17. Como a presente, há inúmeras ações em curso no Supremo Tribunal Federal. Em debate o notório conflito instalado no Estado de Roraima, decorrente do processo de demarcação da terra indígena denominada 'Raposa Serra do Sol', e toda a problemática que o envolve, em especial o direito dos índios e o alegado risco à soberania nacional e à autonomia do ente federativo.

18. Não há como acolher a argumentação desenvolvida pelos partidários da anulação dos atos demarcatório e homologatório. Conforme se explicitará de forma particularizada adiante, os autores dos processos mencionados, embora sustentando a existência de diversos vícios formais que estariam a macular o procedimento administrativo e a conseqüente demarcação da terra indígena em questão, o fazem de forma genérica. Voltam-se com vigor contra o ato demarcatório em questão sem, no entanto,

¹ MS nº 24.045/DF, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJ de 05.08.2005.

apontar, efetivamente, qualquer ilegitimidade com força para anulá-la. Apóiam-se em estudo realizado por determinação da Justiça Federal em Roraima nos autos de ação popular que se contrapõe àquele realizado, de maneira legítima e regular, por profissional habilitado e isento no curso do procedimento administrativo do qual decorreu a demarcação impugnada.

19. As demais questões suscitadas, de natureza material, também não têm o peso necessário à anulação do ato questionado, como se verá, porque não dizem diretamente com o reconhecimento do direito à demarcação.

20. O exame do caso há de se iniciar pelo delineamento da prerrogativa elevada pelo constituinte à categoria de *direito fundamental* dos índios - o de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam – e do modelo de proteção dos povos indígenas atualmente adotado.

21. A ordem constitucional, *desde 1934*, procurou, de modo a preservar-lhes os usos, costumes e tradições, assegurar às comunidades indígenas o exercício pleno e legítimo de seu direito. Assim o art. 129 da Carta citada e, na mesma linha, os arts. 154 e 216 das Constituições de 1937 e 1946, que dispuseram, respectivamente:

“Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

“Art 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

“Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

22. A partir de 1967, “*as terras habitadas pelos silvícolas*” passaram expressa e constitucionalmente ao domínio da União (art. 4º, inciso IV, da Constituição). Determinou-se, ainda, nos parágrafos 1º e 2º do art. 198 da Carta pretérita:

“Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a Lei Federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e

ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e a extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio”.

23. Em nível infraconstitucional, já a Lei nº 601, de 1850 – Lei de Terras –, fazia previsão do direito dos indígenas, excluindo do conceito de terras devolutas aquelas que se achassem aplicadas “*a algum uso publico nacional, provincial ou municipal*” (art. 3º, § 1º) e dispondo que caberia ao Governo Imperial reservar das terras devolutas as que julgasse “*necessárias para a colonização dos indigenas*” (art. 12). Também o Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, ato regulamentador da referida lei, deixa claro que tais áreas se destacam das terras devolutas e assumem estatuto próprio e, mesmo antes disso, o Alvará de 1º de abril de 1680 reconhece as terras indígenas como de posse originária.

24. Ainda que ampla a garantia constitucional e infraconstitucional pretérita ao direito de posse dos índios sobre as terras que ocupam, é preciso notar que somente com a Constituição de 1988 rompe-se em definitivo com a visão integracionista que antes permeava a proteção às comunidades indígenas. É dizer: se antes o propósito era a *integração* dos grupos em questão à comunidade nacional, hoje reconhece-se a necessidade e aspiração dos povos indígenas de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e manter e fortalecer a sua cultura, no âmbito dos Estados onde localizados². Dispõe, assim, o constituinte de 1988, indo mais além:

“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

2 A mudança é notada, no âmbito do direito internacional, quando comparados os textos das Convenções 107 e 169 da OIT, de 5 de junho de 1957 e 7 de junho de 1989, respectivamente.

à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

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

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

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei

complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

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

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

25. No modelo atual, portanto, mais que em qualquer outro, a posse a ser garantida aos indígenas há de ser aquela voltada ao seu sustento e indispensável à preservação de sua identidade cultural, *devendo abranger todo o espaço físico necessário para tanto*. Consoante análise realizada pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal - que trata dos temas relativos aos índios e outras minorias - quando do estudo do caso ora em exame, adotado como parte integrante da manifestação do *parquet* na ACO nº 499, a seção da Constituição dedicada à *cultura* auxilia na concretização dessa nova visão, daí sendo possível abstrair que “*a nacionalidade brasileira se forma a partir de grupos étnicos diferenciados, grupos com histórias e tradições diversas, cabendo ao Estado protegê-los e garantir espaço e permanência para essa diferenciação*”.

26. Por essa razão, é pacífica, na doutrina e jurisprudência pátrias, a idéia da necessidade de se fazer distinção entre a posse indígena e aquela de direito civil, para a qual importa tão-somente o espaço *de fato* ocupado e explorado.

27. José Afonso da Silva - confirmando, nesse ponto, que o direito dos índios sobre suas terras é originário, advindo do que foi denominado *indigenato*³ - ensina:

“Essas considerações, só por si, mostram que a relação entre indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse

3 Segundo o doutrinador, “(...) velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”. Silva, José Afonso da, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed. - Malheiros Editores, São Paulo, 200, pp. 858 e 859.

extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico da interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial à relação do índios com as terras que habita”.

28. Precisamente por transcender o aspecto meramente patrimonial, apresentando-se como condição da própria existência dos povos indígenas, a extensão do espaço de terra de que tratam os preceitos constitucionais e legais somente poderá ser definida por meio de *estudo antropológico*, vocacionado ao exame e compreensão das características socioculturais do grupo - seus costumes, crenças, comportamento e organização social.

29. Em termos concretos, e seguindo o propósito do constituinte, uma vez positivada a tutela dos povos indígenas, a ação *administrativa* dá corpo ao modelo adotado, obedecendo ao regime legal em vigor – Decreto nº 1.775/96 e, antes dele, o Decreto nº 22/91 -, que encerra as seguintes fases: (i) estudo multidisciplinar, conduzido por antropólogo, como adiantado, que indicará os limites do território em conformidade com o art. 231 da Constituição da República, (ii) designação de grupo técnico especializado com a finalidade de realizar estudos complementares, “*composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional*”; (iii) encaminhamento do resultado do trabalho ao Presidente da FUNAI, que o publicará, em sendo aprovado, no Diário Oficial da União e no da unidade federada onde se localizar a área objeto de demarcação; (iv) abertura de prazo para impugnações, “*desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação*” referida, que serão julgadas pela FUNAI; (v) remessa do procedimento ao Ministro da Justiça, que poderá declarar, por portaria, os limites da terra indígena, prescrever as diligências que julgar necessárias ou desaprovar a identificação.

30. No caso estudado, da 'Terra Indígena Raposa Serra do Sol', tome-se como posição do Ministério Público Federal a plena regularidade do procedimento administrativo que resultou no ato demarcatório/homolo-

gatório impugnado, porque fundado em consistente estudo antropológico, assim como criterioso na verificação de todas as fases procedimentais exigidas pela ordem legal, seguindo o pronunciamento já mencionado da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão da instituição, que o acompanhou em todas as suas etapas (documento anexo).

31. Especificamente em relação ao contraditório e à ampla defesa – ponto atacado com maior ênfase -, o que abarca a alegação de participação deficitária de grupos e entidades determinadas no procedimento demarcatório, verifica-se rigoroso respeito aos comandos do Decreto nº 1.775/96, em especial os seus arts. 2º, § 8º⁴, e 9º⁵, já declarados legítimos, como efetivos garantidores dos princípios citados, pelo Plenário dessa Corte, quando do julgamento do MS nº 24.045, DJ de 5.8.2005, e MS nº 25.483, DJ de 14.9.2007.

32. O estudo antropológico prescrito pelo ato normativo foi realizado por profissional habilitado para tanto, não sendo legítimo presumir seja parcial pelo só fato de haver sido assinado por um único perito quando a lei não exige modo diverso. Ali, está demonstrada não só a posse tradicional e imemorial dos grupos indígenas sobre toda a extensão da área, como a necessidade de demarcação de faixa *contínua* de terras, de maneira a preservar a cultura indígena nos moldes já descritos.

33. Verificada, por meio dos estudos cabíveis, a presença dos elementos contidos no art. 231, § 1º, da Constituição da República, caracterizada está a posse indígena, devendo prevalecer sobre qualquer outra, porque essencial ao exercício da identidade do grupo, cabendo à União protegê-la e fazer respeitar todos os seus bens, assegurando-se ainda aos índios o usufruto exclusivo das riquezas ali existentes. A proteção, nesse nível, é efetivada por meio do ato demarcatório de competência do Ministro da Justiça, que será homologado, em seguida, por Decreto do Presidente da República⁶.

4 **Art. 2º.** (...) § 8º. Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

5 **Art. 9º.** Nas demarcações em curso, cujo decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria de Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, os interessados poderão manifestar-se, nos termos do § 8º do art. 2º, no prazo de noventa dias, contados da publicação deste Decreto.

6 Consoante previsão do art. 19 do Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/73: “**Art. 19.** *As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índios, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. § 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da*

34. Aí a origem da Portaria nº 534/2005 e do decreto homologatório da demarcação, de 15 de abril do mesmo ano, livres, como visto, dos vícios formais apontados, cabendo afastar, com base nas informações prestadas pelas autoridades rés⁷ e no art. 3º do Decreto nº 1.775/96 – segundo o qual “*os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos [naquele] Decreto*” -, a alegação de que a edição da nova portaria, revogadora daquela de 1998 (de nº 820), deveria vir como consequência de procedimento absolutamente desvinculado daquele que precedeu a edição do ato anterior.

35. As demais questões, de ordem não formal ou material, não se sustentam.

36. Trazer debate sobre posse ou propriedade das terras por quem não componha o grupo indígena originário (CR, art. 231, § 2º) é questão ultrapassada por tudo quanto foi exposto e em face da premissa técnica de serem as terras em análise tradicionalmente ocupadas por indígenas. Rememore-se que o direito dos índios é originário, muito anterior a de qualquer outro grupo, sendo oportuno advertir que a demarcação de terra indígena é mero *reconhecimento* do que há muito garantido. Aqui, ao contrário do que se sustenta, não há conflito sequer aparente de princípios constitucionais. O texto da Carta da República foi expresso ao estabelecer que são nulos os atos que tenham por objeto o domínio ou posse de terras indígenas, garantindo o direito de indenização quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

37. A argumentação referente à situação dos índios já integrados à dinâmica da sociedade local que fariam oposição à demarcação é de todo irrelevante, na medida em que o território, enquanto espaço indispensável à identidade e cultura do grupo, é direito indisponível. Como ensina Luigi Ferrajoli, citado no trabalho da 6ª CCR:

“(...) esta indisponibilidade há de ser entendida em sua dupla face: indisponibilidade ativa, que não permite aos seus titulares a sua alienação, e a indisponibilidade passiva, no

comarca da situação das terras”.

7 Que dão conta de que a identificação e delimitação originária da terra, consolidada por meio da Portaria nº 820, não sofreu qualquer revisão para acréscimo de área. Segundo afirmam, a alteração se deu na execução da demarcação, quando “*ao invés de 1.678.800 hectares, foram encontrados 1.747.464 hectares, representando a diferença de 68.664 hectares, perfeitamente comum e previsível nas demarcações*”.

sentido de não serem expropriados ou limitados por outros sujeitos, começando pelo Estado.

(...)

Daí a razão porque as normas que veiculam tais direitos são chamadas téticas, assim concebidas como aquelas que imediatamente dispõem sobre as situações por elas expressadas, não se sujeitando os direitos ali previstos a serem constituídos, modificados ou extintos por qualquer ato. Distinguem-se das normas ditas hipotéticas na exata medida em que as situações nestas previstas encontram-se apenas predispostas pela norma, a reclamar a intermediação de um ato – legislativo, jurídico – para a sua realização”.

38. No mesmo sentido:

“Uma constituição não serve para representar a vontade comum do povo, mas sim para garantir o direito de todos, inclusive em face da vontade popular. Sua função não é expressar a existência de um demos, i.e., de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão social, mas sim, ao contrário, de garantir, através daqueles direitos, convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de sua legitimidade, diferentemente do que ocorre com as leis ordinárias e as opções de governo, não reside no consenso da maioria, mas sim em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente, frente à lei e atos de governo expressos em contingentes maiorias⁸.

8 Ferrajoli, Luigi, *in* Neoconstitucionalismo (s) – Org. Miguel Carbonell – Ed. Trotta, Madrid, 2003, pg. 281.

Na filosofia moral e política contemporânea, a idéia de direitos básicos ou fundamentais costuma ser definida a partir da concorrência de duas características. Se entende, em primeiro lugar, que os direitos básicos são limites à adoção de políticas baseadas em cálculos custo-benefício, o que é o mesmo que dizer que esses direitos têm em vista certos bens que devem ser assegurados incondicionalmente para cada indivíduo, pondo-os a salvo de eventuais sacrifícios baseados em considerações agregativas. Em segundo lugar, costuma-se entender que os direitos básicos constituem limites insuperáveis ao procedimento de tomada de decisões por maioria, isto é, que delimitam o perímetro do que as maiorias não podem decidir, servindo portanto em face destas – utilizando a célebre expressão de Dworkin – como vetos ou cartas de triunfo. 211

(...)

A tensão entre democracia e constitucionalismo é apenas aparente. Certamente, se se entende por democracia a mera regra de decisão por maioria, então é certo que há um conflito entre ambos. Mas esse conflito não deve nos preocupar particularmente, porquanto não haveria nada especialmente valioso no mero majoritarismo irrestrito. 214

(...)

Se se maneja um conceito mais rico e matizado de democracia – de maneira que esta inclua ou pressuponha direitos básicos – não só haveria um conflito essencial entre ela e o constitucionalismo, mas sim que este seria forma institucional da genuína democracia. 214

(...)

Se a regra da maioria opera como procedimento de decisão não sujeito a restrições substantivas, através dele seria possível adotar decisão com qualquer conteúdo. E isso é o

que a torna perigosa, já que obviamente a maioria pode decidir oprimir a minoria. A partir daí parece natural conceber o constitucionalismo precisamente como o remédio necessário para conjurar esse perigo, posto que, como mecanismo de decisão, consistiria na imposição a um procedimento (a regra da maioria) de limites substantivos últimos (os direitos básicos)". 216⁹

39. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural proclama, em seu artigo 4º, que “*a defesa da diversidade cultural é um imperativo étnico, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana*” (ratificada pelo Decreto Legislativo 485/2006).

40. A preocupação que vem sendo externada por comandante militar não parece, com as vênias devidas, procedente. De há muito são demarcadas áreas indígenas em faixa de fronteira, sendo exemplo recorrente o da área *yanomami*, toda ela em faixa de fronteira, em território de 10 milhões de hectares, objeto de portaria declaratória firmada, no início da década de 90, pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, eminente integrante das nossas Forças Armadas.

41. O atual Ministro da Defesa, Nelson Jobim, por diversas vezes, na condição de Ministro da Justiça, afirmou que a localização de áreas indígenas em faixa de fronteira não inviabiliza o seu reconhecimento como tal. Em despacho de 20 de dezembro de 1996, no exame do caso específico de que trata a presente (documento anexo), concluiu:

“4.3.5. Sobre a 'faixa de fronteira' e 'parques nacionais'

Ressalte-se, ainda, que a localização de área indígena em faixa de fronteira não encontra óbice jurídico. A Constituição Federal não estabeleceu qualquer restrição à demarcação de terras indígenas em faixa de fronteira.

A qualificação jurídica das terras como 'faixa de fronteira' implica limitações de ocupação e de utilização que não guardam qualquer incompatibilidade com o domínio privado e,

⁹ Bayón, Juan Carlos, *in* Neoconstitucionalismo (s) – Org. Miguel Carbonell – Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. indicadas na transcrição.

muito menos, com o público, ressalvadas as restrições estabelecidas em lei”.

42. A concepção do Projeto Calha Norte, para a defesa das fronteiras nacionais, é de ocupação humana. Se a demarcação de áreas indígenas é vista como ameaça às nossas fronteiras, das duas, uma: ou se recusa aos índios a condição de humanos, ou se os tem por incapazes para os fins daquele projeto, conclusões, no mínimo, inadequadas.

43. De resto, há disciplina normativa acomodando ambos os interesses – o Decreto nº 4.412/2002, que dispõe:

“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”.

44. A constituição dos povos indígenas como *nação*, a seu turno, não conta com base empírica ou legal mínima. Além de não se ter notícia de movimento concreto nesse sentido, é preciso lembrar que o campo de ação das populações indígenas, o de todas e sem exceção, encontra fronteiras no seu estado de comunidade dependente – não cultural mas politicamente -, sujeita à proteção do governo federal e, por isso, a ele

subordinada. É o governo federal que descreve os padrões de organização dessa minoria, dentro de toda a singularidade de regime que demandam, não encontrando eco nas previsões constitucionais a auto-determinação temida. O território reconhecido como indígena, em sendo bem da União, consoante previsão expressa do art. 20, XI, da Constituição, não deixa de fazer parte do território nacional e o Estado brasileiro não perde a capacidade de atuação, por meio dos órgãos competentes, no interior da área indígena.

45. De outro lado, em havendo comando normativo garantindo a plena atuação das autoridades responsáveis pela segurança nacional na área objeto de demarcação, e verificada, mais, a inexistência de óbice legal expresso à demarcação de terra indígena em faixa de fronteira, não há justificativa razoável para a oitiva do Conselho de Defesa Nacional.

46. As terras indígenas estão a salvo de considerações políticas, econômicas ou de qualquer outra ordem. O direito dos povos indígenas à sua ocupação é de caráter fundamental, insuscetível de ser alterado ou suprimido por manifestação daquele órgão. De mais a mais, a acomodação entre esse direito e o dever do Estado de promover a defesa das fronteiras nacionais está, como dito, devidamente regulamentada.

47. Já estatuiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no ponto, 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”* (MS nº 25.483). Nas palavras do Relator, Min. Carlos Britto:

“Também assim, não assiste razão aos impetrantes quanto ao argumento de que a ausência de manifestação do Conselho de Defesa Nacional nulifica o procedimento 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”.

48. O que se observa, aqui, é a pretensão de se nulificar todo o demorado e penoso procedimento demarcatório tomando-se como fundamento o *risco* de abalo à soberania nacional, o qual, como visto, se presente, haverá de ser eliminado, se for o caso, por mecanismos outros de proteção, sem sacrifício do direito dos povos indígenas.

49. O mesmo raciocínio se aplica à questão da possibilidade de pressões externas crescentes sobre a área, rica em recursos naturais, e de desvio de finalidade de organizações não-governamentais que lá atuam. É preciso fiscalizá-las de forma ativa e com maior firmeza e constância, sem dúvida, o que não elide, todavia, a necessidade de demarcação e o direito dos povos indígenas. A preocupação deve estar presente no âmbito do governo federal, como parece estar, aliás, considerando-se a notícia do envio de proposta legislativa para regulamentar a atuação das ONGs em áreas como a de que tratam os autos¹⁰.

50. A alegação de ofensa ao equilíbrio federativo e à autonomia de Roraima está divorciada da realidade. **A área indígena “Raposa Serra do Sol” representa pouco mais de 7% do território daquele Estado**, que, desde a sua criação, conta com a presença de numerosos grupos indígenas, sendo a população em questão ali residente a terceira maior do país, só perdendo para aquelas localizadas nos Estados do Amazonas e Mato Grosso. A existência de tal população, aliás, terá sido um dos fatores determinantes da criação do novo Estado.

Assim exposta a questão, verificada a ausência de vícios formais com força para anular o procedimento administrativo respectivo e refutados os pontos em que se centram as objeções à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, o parecer é pela improcedência do pleito.

Brasília, 25 de abril de 2008.

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

¹⁰ Informação fornecida pelo Ministro da Justiça, Tarso Genro, em entrevista concedida ao Jornal 'O Estado de São Paulo' (http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac160468,0.htm)