

TERRAS INDÍGENAS

DEPUTADO OSMAR SERRAGLIO, PMDB-PR
Relator da PEC 215 na CCJ da Câmara dos Deputados

1.- A Constituição Federal define como **bens da União** “*as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*” (art.20,inc.XI). Assim, a terra indígena é **bem da União**.

2.- Dispõe o art. 48, inc.V da CF que cabe ao **Congresso Nacional** dispor sobre “*limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União.*” Desse modo, por ser bem da União a terra indígena, cabe ao *Congresso Nacional* sobre ela dispor – e não ao Poder Executivo.

3.- Observe-se mais o texto: *cabe ao Congresso Nacional dispor sobre os limites dos bens da União*, ou seja, os limites das terras indígenas devem ser estabelecidos pelo *Congresso Nacional*.

3.- Essa concepção é ratificada pelo art. 49, inc. XVI da CF que diz ser competência **exclusiva do Congresso Nacional**, “*autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais*”. Assim, não só cabe ao Congresso estabelecer os limites das terras indígenas, como também sobre a exploração do que nela se contenha em potencial hídrico e mineral e sem ser sequer se submeter à sanção do Executivo.

4.- Seria esdrúxulo não poder o Congresso Nacional tratar de terras indígenas - ou seja, sobre o todo - porque isso caberia ao Executivo e, contudo, - quando é parcela - somente ele, Poder Legislativo, sem sanção do Executivo, teria poder para permitir a construção de usina hidrelétrica e exploração de minerais em terras indígenas. É consabido que a Carta Magna não dá com uma mão para tirar com outra. Admitir-se exclusividade do Executivo para limitar terras indígenas, como se tem insistido até mesmo sob a alegação de cláusula pétrea, significaria que a Carta Magna estaria concedendo ao Executivo mecanismo de subtração daquela exclusividade do Congresso Nacional em relação às usinas e minérios. De fato, fosse do Executivo a competência para fixar os limites das terras indígenas, teria como anular aquela competência do Congresso Nacional: bastaria que, ao definir os limites das terras indígenas, tangenciasse as reservas minerais e hídricas, deixando suas áreas fora do perímetro, quando então a autorização lhe caberia, e não ao Congresso.

5.- O art. 22, inc.XIV da CF preconiza que compete privativamente à União **legislar sobre populações indígenas**. *Legislar*, diz o texto. Quando se diz que “*não há índio sem terra*”, reconhece-se cristalina que, se sobre a população indígena **legisla-se**, atuando, portanto, o Poder Legislativo, não se pode desconectar a **legislação do índio** daquela da sua **terra**. Foi no exercício dessa competência de legislar que o Congresso Nacional aprovou o Estatuto do Índio e a Lei que instituiu a FUNAI.

6.- O § 3º do art. 231 da CF proíbe a remoção de grupos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional. De novo, só o **Congresso Nacional** é que dá a última palavra sobre deslocamento de grupos indígenas. Por que não é o Poder Executivo, se tudo o que atine com indígena é só e só de sua competência ?

7.- O art. 37, caput, da CF estatui que a administração pública obedecerá ao **princípio da legalidade**. Esse princípio se traduz pela máxima de que o Poder Executivo nada pode fazer senão autorizado em lei. Logo, falar-se que cabe a *órgãos técnicos ou à FUNAI* estabelecer os limites das terras indígenas e

que ao Presidente da República cabe apenas *homologar*, em ato vinculado, as reservas indígenas, corresponde, *data venia*, a heresia jurídica, pois os órgãos técnicos e o Executivo estão submetidos ao **princípio da legalidade da administração**. Na lição de Celso Antônio: "*O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.*"

8.- Por esse princípio constitucional, se os órgãos técnicos ou a FUNAI têm alguma atribuição, é porque o Congresso Nacional lhes atribuiu, através de **lei**. A FUNAI não é uma criação do Poder Executivo e é a lei que diz que seus órgãos técnicos procederão levantamentos antropológicos das comunidades indígenas. Se tudo somente tem existência porque o Congresso Nacional assim quis, dispondo **em lei**, como é que se pode afirmar que o Poder Legislativo não pode criar reservas indígenas, não pode fixar os limites das terras indígenas, aliás, não pode sequer ser ouvido sobre isso, que é o que a PEC 215 propõe ?

9.- Não se nega que o indígena tem **direito à terra**. O problema é que a reserva indígena não tem um desenho natural estabelecido geometricamente. Precisa-se descer ao mundo concreto, constatando onde os índios estão e a dimensão da terra que precisam e isso corresponde às mais diferentes configurações. Assim, **ter direito à terra** corresponde, como ensina a lógica jurídica, a um **conceito jurídico**, isto é, a algo definido. Para lembrar a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 28ª e.p.825), não se confunde a propriedade, com o direito à propriedade. O direito à propriedade é aquele dentro dos limites estabelecidos em determinado ordenamento jurídico. Ter a propriedade, por exemplo, de um imóvel vizinho a um aeroporto, corresponde a um direito à propriedade que não permite construção acima de elevada altura. Direito à propriedade é aquele previsto em lei, dentro de limites. Assim também o **direito à terra** que o índio tem só pode ser entendido como aquele delimitado. Alguém precisa estabelecer os limites da reserva. Hoje, a FUNAI ou seus técnicos têm essa atribuição **porque a lei isso lhes conferiu**. Não se cogita isso, mas, pergunta-se: juridicamente, haverá quem cometa o despautério de afirmar que a FUNAI não possa ser extinta ou substituída em suas atribuições por qualquer outro órgão da Administração Pública, como o INCRA, o Ministério do Desenvolvimento Agrário, a Advocacia Geral da União, etc ? Quem tem poder para criar, tem-no para extinguir. Quem concede atribuições pode retirá-las. E foi o Poder Legislativo que criou a FUNAI.

10.- O art. 231 da CF, quando afirma que cabe à **União** demarcar as terras indígenas, isso afirma em coerência com os dispositivos anteriores, ou seja, que se reportam ao Congresso Nacional. Não fosse assim, teria assentado competir ao Poder Executivo.

11.- Dir-se-á que demarcar corresponde a ato administrativo. Não há como se demarcar o que, antes, não se delimitou. Cronologicamente, são dois momentos diferentes que caracterizam a demarcação: primeiro, define-se até onde a reserva alcançará e, depois, localizam-se os marcos. O Congresso Nacional, como se viu, tem competência para fixar os limites (art.48, V da CTF) – e o Executivo para os estabelecer na terra. Numa ação judicial de demarcação de terras é patente essa seqüência cronológica: o juiz estabelece os limites e confrontações abstratamente, em seu gabinete, e o perito, depois, fixa os marcos, concretamente, na área.

12.- A última etapa, a execução material, sim, corresponde a atribuição do Executivo. Mas, segundo exatamente o que lhe cabe: *executar*, pois que é um Poder, como o próprio nome diz, *Executivo*, subserviente à lei. Não, Legislativo. Quando o Congresso Nacional fixa os limites, decide sobre por onde devem passar os lindes da reserva indígena. Aliás, a Lei n.6.001/73, art. 19, reporta-se

corretamente ao que corresponde à FUNAI realizar: demarcar **administrativamente**. (Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao Índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo). É uma clara demonstração de que só em seara administrativa - que corresponde a atividade infralegal - é que atua a FUNAI, distinguindo os momentos cronológicos da criação de uma reserva indígena. Se a demarcação fosse somente ato da administração, não haveria porque inserir-se aquela expressão (*administrativamente*). Pelo contrário, por caracterizar como administrativa, o legislador desejou assentar a diferença de momentos e competências.

13.- Por isso, é rematado equívoco falar-se em ofensa ao princípio da separação de poderes quando se insiste na exclusividade do Poder Executivo para criar reservas indígenas. Como se assentou, não há qualquer dispositivo constitucional que isso afirme. A Constituição não pode ser interpretada a partir de dispositivos de lei. Se o Estatuto do Índio atribuiu ao Executivo a demarcação, fê-lo por deferência do Legislativo, pois que foi por lei que isso preconizou. Poderia ter regrado de forma diferente. Como se falar em cláusula pétrea de algo que a Constituição sequer explicita, como é essa pretendida competência do Executivo? Semanticamente, qual a diferença entre dispor sobre limites dos bens da União (art.48,V,CF) e limites das terras indígenas? E ontologicamente, por que uma disposição sobre limites é de ordem legislativa e a outra, necessária e inexoravelmente, é de exclusividade do Executivo? Ademais, a previsão constitucional é de vedação a **abolir-se** a separação de poderes. Não se pode imaginar *abolição* do princípio pelo só fato de, dentre as já tantas atribuições ao Congresso Nacional no que respeita à matéria indígena, acrescer-se a de criar reservas.

14.- A rigor de princípios, a PEC 215 é desnecessária, pois que a Carta Magna assegura ao Congresso Nacional a competência que nela se preconiza. Evidente que o Poder Legislativo não terá poder para, onde indígenas ocupavam terras em 1988, marco temporal para esse exame, negar-lhe a terra. Trata-se de direito garantido àquela minoria. Mas não se pode recusar ao Congresso a competência para configurar a área, passível, evidentemente, de contraste judicial caso desborde do princípio da razoabilidade. O mesmo contraste, aliás, a que está submetido o Executivo, dado que inexistente poder sem limite. Ou o Executivo pode decretar que todo o Estado de São Paulo se constitui em terra indígena, a partir do Pátio do Colégio?

15.- A PEC 215 não discute apenas o pronunciamento do Congresso Nacional. Questiona também a possibilidade de indenização dos que possuem justo título de suas propriedades. Nem isso pode-se examinar? Aliás, só de si já seria grande avanço para se evitar as gritantes injustiças que vem sendo praticadas em determinadas localidades.

16.- Reafirma-se que não há qualquer dispositivo constitucional que concede ao Poder Executivo competência para fixar reservas indígenas. A CF, ao tratar das atribuições privativas do Presidente da República (art.58), nada dispõe sobre isso, nem mesmo lhe confere exclusividade de iniciativa (art.61,§ 1º), em matéria legislativa da espécie.

17.- Há finalmente outro importante argumento sobre a participação do Congresso na criação de reservas indígenas. E não é uma simples norma, senão um princípio constitucional: o princípio *federativo*, também erigido em *cláusula pétrea*. E aqui é ele que resulta malferido quando se permite que o representante dos Estados - o Senado Federal - se manifeste sobre terras neles contidas. A criação de reserva através de lei permite essa consulta àquela representação estadual.

18.- Com efeito, o art. 231 da CF preconiza, como assentado, competir à União a demarcação de terras indígenas. Significa isso fazer a conciliação com outra regra, a de que as terras devolutas pertencem aos Estados. Visto por outro ângulo: estabelecer reserva indígena importa, na maioria das vezes, em fixar limites de terras devolutas. Se cada Estado pudesse delimitar suas terras, teria poder de estendê-las segundo seu interesse subjetivo. Por outro lado, como as terras dos índios

pertencem à União, esta poderia ampliá-las de sorte a até eliminar as terras devolutas dos Estados. Há, assim, evidentes interesses distintos e até conflitantes, que precisam ser conciliados. Se coubesse ao Poder Executivo fixar as reservas indígenas, significaria que poderia buscar os interesses próprios da Administração Pública Federal, isto é, seu interesse público secundário, ainda que em detrimento dos interesses dos Estados. Ademais, por se tratar de assunto que tanto afeta a federação, fica evidente que não foi intenção do constituinte atribuir essa competência ao Chefe do Executivo, tanto que em nenhuma das passagens em que se reporta aos indígenas evidenciou minimamente essa inteligência.

19.- Por isso, quando sabiamente a CF no art 231 se reporta à União – e não ao seu Poder Executivo - e quando preconiza que por legislação é que se disporá sobre populações indígenas, está a prestigiar o *preceito federativo*. De fato, o Poder Legislativo da União, dual que é, conta com o Senado Federal, que representa os Estados. Logo, quando criar por lei uma reserva indígena, estará isso fazendo sob os auspícios também dos Estados e, assim, conciliando com as suas terras devolutas.

20.- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento *Raposa Serra do Sol*, enfaticamente afirmou a necessidade de os Estados serem ouvidos na criação de reservas indígenas. Mais ainda, assentou que ser ouvido não significa apenas opinar, mas ter poder de decisão, até para que não fique a União com poder de *parte e juiz* ao mesmo tempo. A única forma de isso se respeitar será através do poder de decisão do Senado, legislando, mediante representação dos Estados.

21.- Também é bom que se releia o contido no art. 67 do ADCT: “*A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição*”. Para não perenizar os conflitos entre proprietários rurais e indígenas, o Constituinte fixou um prazo para o deslinde definitivo das reservas indígenas. Ultrapassados vinte e cinco anos, o que se assiste é a um conflito ainda mais acirrado. E, o mais triste: um preceito constitucional rasgado, porque desatendido. *Ad argumentandum*, se fosse exclusiva do Poder Executivo a competência para criar reservas indígenas, não significa que a Constituição lhe determinou prazo fatal e, agora, por mais essa razão, só o Congresso Nacional pode agir? Ou se pretende que o Executivo, por inércia, pode prorrogar prazo constitucional?

22.- O art. 25 do ADCT **revogou** todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional. Logo, se se entender que é a FUNAI, com exclusividade, quem pode criar reservas indígenas – e correspondendo isso à matéria encartada no *legislar sobre populações indígenas*, - a conclusão é a de que está derogada essa atribuição, que é anterior à Carta Magna e não foi ratificada, não mais podendo aquela Fundação instituir quaisquer reservas.

CONCLUSÃO:

- a. As terras indígenas são bens da União.
- b. A disciplina dos bens da União é de competência do Congresso Nacional.
- c. Os limites das terras indígenas são estabelecidos pelo Congresso Nacional.
- d. Dentro das terras indígenas, a exploração hídrica e mineral é de competência exclusiva do Congresso Nacional.
- e. A União legisla sobre populações indígenas, o que significa que legisla sobre terras indígenas - e não só atua administrativamente.
- f. Nada podendo fazer o Executivo que não esteja permitido em lei - princípio da legalidade - é óbvio que hoje está autorizado a criar reservas indígenas porque lho permitiu o Poder Legislativo.
- g. Não se confunde terra indígena com direito à terra indígena. Todo direito tem limites. O indígena tem direito à terra que lhe for reservada. Sua terra não é algo que esteja a seu alvedrio estabelecer. Se seu direito à terra lhe é ínsito, poder-se-á dizer que onde decidir dizer que é sua, assim o será? É preciso distinguir o direito natural do direito positivo.

h.- A separação dos poderes não é infirmada: primeiro, porque não se a está a abolir; segundo, porque somente se está a confirmar o que a CF dita.

i.- Em respeito ao princípio da federação, não há como Estados serem atingidos sem serem ouvidos e o modo como fazer isso será através de lei, pois que o Senado Federal os representará.

j.- O prazo constitucional para demarcação esgotou. Não se pode negar vigência a um preceito da Carta Magna.

l.- O Legislativo deferiu á FUNAI poderes para criar reservas indígenas. Foi uma decisão do legislador que se limitou a conferir competência para ação administrativa. Sem essa atribuição, a autarquia não poderia instituir reservas indígenas. Sendo competência legislativa a limitação das terras indígenas, qualquer delegação que tenha sido deferida à FUNAI anteriormente à Carta Magna, resultou derogada, segundo o estatuído no art. 25 do ADCT.

m.- O Congresso Nacional evidentemente não poderá desconhecer área ocupada por indígenas em seu marco temporal, 05.10.88. O que lhe caberá - e certamente com mais propriedade - é definir-lhe os limites.