

A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

THE DEMARCATION OF INDIGENOUS LANDS AND THEIR
CONSTITUTIONAL BASIS

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

Professor Titular na Faculdade de Direito da USP.

Recebido para publicação em fevereiro de 2004.

1. Raízes históricas da problemática jurídica

É importante assinalar que o problema jurídico gerado pelo contato do colonizador com os habitantes que encontram nas terras descobertas foi colocado, primeiramente, em termos do reconhecimento de sua condição humana.

Uma lei de 1570 dispunha de forma dúbia sobre aquela condição, proibindo a “escravidão amarela”, mas ressalvando hipóteses: “a não ser que se tratasse de índios tomados em justa guerra ou que costumassem saltar os portugueses”. No mesmo diapasão veio, posteriormente, uma outra lei, em 1655, acrescentando novas exceções ao escravizamento (“quando impediam a pregação evangélica; quando presos a corda para

serem comidos por seus contrários; quando, por guerra, fossem tomados por outros índios”).

A dubiedade atendia à ameaça de excomunhão em caso de cativo e carnificina, estabelecida pelos Papas Paulo III (1537), Urbano VIII (1639) e, mais tarde, Benedito XIV (1741), que concitavam os cristãos a respeitar o gentio como ser humano (cf. João Mendes de Almeida Junior: *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, Tip. Hennies Irmãos, 1912, p. 50).

Desde logo, porém, uma segunda questão jurídica afluía, quando da regulamentação das sesmarias, quanto à propriedade da terra, expedindo-se o Alvará de 01.04.1680, ratificando o de 10.11.1647, que determinava que “os índios descidos do sertão” fossem senhores de suas fazendas,

que lhes fossem designados “lugares convenientes, para neles lavrarem e cultivarem”, desobrigando-os de pagarem foro ou tributo, mesmo em sesmarias, posto que considerados “primários e naturais senhores delas” (Expedito Arnaud, *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*, Museu Goeldi).

A menção a esses antigos diplomas jurídicos faz-se apenas para destacar as dificuldades surgidas desde o princípio da configuração do Brasil como território componente de uma organização estatal. Se em 1718, por meio de uma Provisão, os índios eram declarados homens livres e isentos da jurisdição da coroa portuguesa, desde os Governos Gerais ocorria uma sistemática integração do índio à “sociedade civilizada”, quer por meio da evangelização jesuítica quer pela prática de “acordos”, consentâneos com a povoação do território descoberto.

O governo imperial brasileiro, cuja Constituição era omissa a respeito, veio promulgar, em 1850, a Lei das Terras, regulamentada em 1854, em que as terras reservadas para a colonização dos indígenas e entre eles repartidas eram destinadas a seu usufruto, não podendo ser alienadas sem autorização imperial. Passavam os índios a ser tutorados por juízes, passando a participar do ordenamento nacional na qualidade de usufrutuários e possuidores diretos das terras que habitavam. Mas as terras eram consideradas devolutas (Lei 601/1850, art. 3.º).

Com o advento da República, a nova Constituição, art. 64, parágrafo único, desconheceu a natureza especial das terras reservadas à colonização do índio, aglomerando-as às devolutas estaduais, com o que não se consideraram recebidas as disposições da Lei das Terras que estatuíam o resguardo das terras ocupadas pelos índi-

genas, ressalvada a posse. Não obstante, é sob sua égide que surge, no início do século XX, a discussão sobre *as terras do “indigenato”*, definidas pelo referido João Mendes de Almeida Junior, em 1912, como: “sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1.º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1.º, do Decreto de 1854” (ob. cit., p. 62), o que conduziu ao conceito de *direito congênito*, diferente de *ocupação*, enquanto título adquirido (cf. José Afonso da Silva, que já tratara do assunto em Auto-aplicabilidade do art. 198 da Constituição Federal, *RTJE* 25:3-13).

Em sede constitucional, a Constituição de 1934, art. 129, determinou o respeito à posse de terra dos silvícolas “que nela se achem permanentemente localizados”, vedando-lhes a possibilidade de alienação. A expressão repete-se na Constituição de 1937 (art. 154) e de 1946 (art. 216: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”). Comentando-a, Sampaio Dória (*Direito constitucional*, São Paulo, 1960, vol. IV, p. 871) entende tratar-se da “posse da terra onde residam” tribos “mais ou menos selvagens”, sendo que tal posse “passa de geração a geração, entre as tribos, ou entre membros delas”.

A Constituição de 1967, art. 4.º, IV, determinou a inclusão das “terras ocupadas pelos silvícolas” entre os “bens da União”. E o art. 186 assegurou aos índios a posse permanente das terras que habitam, com direito ao usufruto exclusivo. Pontes de Miranda, comentando os textos, distingue entre o silvícola integrado (capaz) e o não integrado (incapaz), sendo bens da União apenas as terras que são habitadas pelo

segundo, assim se expressando: “Se lá não habitam, não têm posse. Se habitam, têm-na” (*Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: RT, t. I, p. 529). A posse (de usufrutuário) das terras, que era imediata (direta) e imprópria (não a título de proprietário), deveria satisfazer o pressuposto da permanência que, segundo o autor, estava ligada à residência. Tal posse, ainda que anterior à Constituição de 1934, prevaleceria contra quaisquer títulos, mesmo registrados, desde que existisse à data da promulgação da Constituição de 1967 (p. 436). Este posicionamento é importante, pois será repetido a propósito da Constituição vigente.

A Emenda 1, de 1969, não introduziu modificação na regência da matéria (arts. 4.º, 5.º e 198). Mas, como a anterior, não falava em *direitos originários*. Por esta razão, José Celso de Mello Filho entendia, contudo, que não tinham nem aplicação retroativa nem atingiam o direito adquirido dos legítimos proprietários, o que relativizava a posição adotada por Pontes de Miranda a propósito da Constituição de 1967 (*Constituição Federal anotada*, São Paulo, 1984, p. 17). Contudo, reconhece José Celso de Mello, que as terras habitadas pelos silvícolas à época da promulgação, eram intangíveis (p. 433).

Mas é nesse período, de qualquer modo, que surge o chamado Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), alterando significativamente o conceito de *índio*, o qual abandona o critério de *aculturação*, substituindo-o pelo de *dependência do civilizado (isolados, em vias de integração, integrados)*, posto que a *aculturação* deixa de ser vista como um propósito da política indigenista, sugerindo-se que seja ela retardada o máximo possível, para a preservação dos seus valores culturais.

É nesse contexto, afinal, que sobrevém a Constituição de 1988.

2. Constituição: estrutura subjetiva

No seu contexto histórico, o constituinte reconhece aos índios sua organização social, seus costumes, sua língua, suas crenças, suas tradições e seus direitos sobre terras que tradicionalmente ocupam (CF, art. 231).

O art. 22, XIV, refere-se a *populações indígenas* ou *comunidades indígenas* (art. 232). Trata-se de comunidades culturais, ligadas à raça (fator biológico), mas também a valores (crenças, costumes, língua, tradições). Pode-se falar, nesse sentido, em *etnias* presentes em territórios.

Como tais, os direitos e interesses dos índios dizem respeito à comunidade como um todo e a cada índio em particular enquanto membro do grupo genético. Daí, como assinala José Afonso da Silva, os direitos e interesses dos índios terem a natureza de *direito coletivo, direito comunitário* (*Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 1999, p. 831). Embora com capacidade processual, as comunidades não são pessoas jurídicas. O constituinte criou, assim, um *sujeito de direito sui generis*, que goza dos benefícios da nacionalidade e da cidadania (Lei 6.001/73, art. 5.º, lei recebida pela Constituição), mas tem características étnicas próprias (ainda que diversificadas), que a Constituição reconhece e respeita. Nesse sentido são brasileiros, como se lê na formulação indireta do parágrafo único do art. 1.º da mesma Lei: “Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos *demais* brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas e a preservação de seus direitos” (grifei).

A Constituição Federal (art. 232) fala, na verdade, em *índios, suas comunidades e organizações*. Estas devem ser entendidas como *organizações de índios*, o que introduz na concepção de *sujeito sui generis* um problema, pois a *organização* já implica um elemento associativo diferente da mera comunidade: a comunidade existe, a organização se constitui, com finalidades próprias, salvo se, à palavra, se atribua um sentido vulgar de mera articulação comunitária, *organização social*, como se fala no art. 231. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, São Paulo, 1995, vol. 4, p. 122) dá ao termo tal interpretação restritiva: *organização de índios*. Mas o senso de realidade e até pela condição de muitos deles, é importante que sejam assistidos pela Funai e pelo Ministério Público Federal.

3. Dos direitos sobre as terras

O art. 231 da CF fala em *direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*.

Trata-se de direitos subjetivos, *reconhecidos* (“São *reconhecidos* aos índios...”). Ao *reconhecê-los*, não os cria, mas os aceita tal como preexistiam. A formulação não deixa de ser ambígua, posto que implicaria, de um lado, o uso de uma expressão cuja formação é própria da cultura ocidental (direito subjetivo, direito natural) e, de outro, sua aplicação a uma situação subjetiva própria, que não se confunde com aquela conformação dada pela civilização. Na verdade, o que se reconhece é um *direito* num sentido transposto, uma *situação jurídica* de contornos dados pela noção técnica, da cultura ocidental, de *diversidade*. Trata-se da afirmação da capacidade humana de reger o próprio destino, expressando sua singularidade,

ser distinto entre seus iguais. De um lado, *direito* num sentido desenvolvido pela técnica jurídica civilizada, mas esclarecido conforme o modo de ser dos índios.

Nesse sentido, tais direitos não são estruturalmente diferentes dos direitos fundamentais do art. 5.º da CF, estes também, como afirma predominantemente a doutrina, *reconhecidos*. Portanto, não se lhes sobrepõem nem lhes são subordinados, mas equiparam-se a eles em dignidade. Compõem-se, com eles, em harmonia. No particular, têm a ver com a proscrição da discriminação e a proteção das minorias.

Tais direitos são *originários*. Não se trata de *direitos adquiridos*, pois não pressupõem uma *incorporação* ao patrimônio (econômico e moral), embora, ressalvadas as peculiaridades constitucionais, devam ser tratados em harmonia com esses. Cabe aqui a mencionada noção de *indigenato*, entendido por João Mendes Junior como título distinto da ocupação (ob. cit., p. 49) e que tem por base a noção de *habitat*, equilíbrio ecológico entre o homem e seu meio. Nesse sentido, não é fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior depende de requisitos que o legitimem.

Note-se, porém, que o *indigenato* é *título*, capaz de explicar o caráter originário dos direitos, mas estes não se reduzem àquele. Como a Constituição fala em *direitos* não há como deixar de explicitá-los conforme a técnica jurídica. Da estrutura do direito subjetivo faz parte o sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção (cf. Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, 2001, p. 151). O sujeito é o *titular* do direito, aquele a quem se atribui um título capaz de legitimar o seu exercício. O conteúdo tem a ver com a faculdade (de dispor, exigir, constranger etc.). O objeto diz com o bem protegido. E a proteção

aponta para a possibilidade de fazer valer a faculdade em face do objeto, em especial, para a ação processual.

Ora, o indigenato é título de legitimidade, caracterizador do sujeito como titular. Legítima, assim, no caso, a faculdade (faculdade de usufruir, usufruto) e o objeto – terras que tradicionalmente ocupam –, mas não os define. Como título tem, pois, a ver com *jus possessionis*, mas sobretudo, com *jus possidendi*, ou seja, é reconhecido e preliminarmente legitimante da posse. Mas não lhe explica o objeto, razão pela qual a Constituição cuidou de defini-lo no § 1.º do art. 231. Ou seja, a noção de *habitat*, base do indigenato, serve para legitimar a posse (das terras que tradicionalmente ocupam), mas não para definir-lhe o limite e a extensão. O mesmo se passa com a *propriedade*, cujo título legitimador está no reconhecimento constitucional, mas cuja extensão e limites (faculdade de usar, dispor, fruir, e determinação do bem protegido) dependem de comprovações com base em fatos objetivos e relações intersubjetivas.

Direitos originários, portanto, são direitos cuja fonte está no *habitat* natural do índio, ligação ecologicamente harmoniosa do homem com a terra, mas, como logo percebeu a doutrina e a jurisprudência, nada têm a ver com *posse imemorial*, anterior ao descobrimento. Ou seja, não revela uma relação temporal, não se referindo a terras imemorialmente ocupadas, terras ocupadas desde épocas remotas (usucapião imemorial), pois aponta apenas para a circunstância de que não se reconhece nenhum título anterior a eles (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 827).

Quanto ao seu *objeto*, passível de comprovação, fala a Constituição em *terras que tradicionalmente ocupam* (art. 231). *Terras* são o bem protegido. O complemento

restritivo as delimita: *que tradicionalmente ocupam*. A expressão *tradicionalmente* tem o sentido de *modo tradicional*. Ou seja, ocupação de modo tradicional, vale dizer, conforme sua própria tradição.

Ciente, porém, de eventual dificuldade na apreensão desse termo, o próprio constituinte cuidou de delimitar-lhes o sentido no § 1.º do art. 231.

São quatro os elementos definidores do seu conceito:

- a) que sejam pelos índios *habitadas em caráter permanente*,
- b) *utilizadas para suas atividades produtivas*,
- c) *imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar*,
- d) *necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições*.

Trata-se, segundo José Afonso da Silva (*Curso*, ob. cit., p. 826) de condições necessárias, nenhuma suficiente sozinha. Ou seja e por exemplo, se necessárias à sua reprodução física e cultural, mas não habitadas em caráter permanente, não serão *terras que ocupam tradicionalmente*, ainda que utilizadas para suas atividades produtivas e imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar.

Habitadas em caráter permanente, expressão também usada pela Constituição de 1967, teria, segundo Pontes de Miranda, o sentido de *residência*. José Afonso da Silva, nos termos da Constituição vigente, não lhe confere o sentido privatista, mas o reporta à idéia de *habitat*. Entende, assim, que se trata de terras em que o índio tem seu *habitat* permanente, no sentido de sua integração natural à terra, em termos dos seus usos, costumes e tradições.

Obviamente, o termo, mesmo assim entendido, coloca um problema de delimitação espacial. Afinal, o sentido usual de *habitat* não deixa de apontar para localidade ou circunstância (*circum stare*) em que o ser vivo cresce naturalmente (v. Caldas Aulete, verbete *habitar*). Além do mais, o texto constitucional fala em *habitadas*, expressão portuguesa, de origem latina. *Habitare* é verbo freqüentativo de *habeo*, que significa ter, possuir, e que adquire assim o sentido de *ter muitas vezes*, donde a idéia de *pousar*, *demorar*, *povoar* (*Novissimo dicionário latino-portuguez*, Santos Saraiva, Paris, s.d., verbete *habitare*). Assim, mesmo que se recorra à noção de *habitat*, a expressão constitucional não deixa de ter o sentido de localidade em que a comunidade está (onde vive e cresce naturalmente) de modo não ocasional *no momento em que se promulga a Constituição*. Ou seja, não se trata de *habitat* como lugar indefinido ou qualquer lugar próprio ao crescimento natural (integrado). Assim, de *modo não ocasional* (“em caráter permanente”) significa *estar ali*, em 05.10.1988, por razões próprias, próprias de sua cultura e não por razões externas, como a circunstância de terem sido trazidos ou atraídos por motivações do civilizado (motivos econômicos).

Daí o sentido do segundo requisito: *terras utilizadas para suas atividades produtivas*. *Utilizadas* tem também o sentido presente, no momento de promulgação da Constituição. A forma de particípio passado (e não, por exemplo, a forma de adjetivo – *utilizáveis*) requer que, naquele momento, estivessem sendo utilizadas para a produção em seu sentido cultural. A interpretação do vocábulo exige razoabilidade: do mesmo modo que *direitos originários* não significa *imemoriais*, ou *habitadas em caráter permanente* não desborda as terras para quaisquer lugares onde possa haver

seu crescimento natural, também *utilizadas* se reporta a um uso circunstanciado a uma localização em que realizam suas atividades produtivas, as atividades que lhe são próprias, não as ditadas por interesses da economia civilizada.

Com isso se entende a condição seguinte, que fala nas terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar. Como os demais, não pode tal requisito ser lido isoladamente, o que levaria à interpretação – irrazoável – de que não só as terras habitadas em caráter permanente, mas também *outras* quaisquer, desde que imprescindíveis para aquele fim, também seriam terras tradicionalmente ocupadas. A condição não se confunde com uma condição genérica de defesa ambiental, mas se refere às terras habitadas e utilizadas para a atividade produtiva dos índios. *Tais* terras é que devem ser – também – imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar. O conceito não é instrumento para alargar as terras para além das habitadas e utilizadas na produção própria, mas para qualificá-las como *habitat* num momento constitucionalmente determinado: o da promulgação da Constituição.

Por fim, devem ser necessárias à reprodução física e cultural dos índios. O requisito se refere à noção de *habitat* e também deve ser lido em conjunto com os anteriores. Isto é, qualifica as terras habitadas, utilizadas, imprescindíveis que deixariam de compor o sentido de terras tradicionalmente ocupadas, caso também não fossem necessárias àquela reprodução. Mas não permite o alargamento daquele sentido, se tomada isoladamente em face das outras condições.

4. Da demarcação das terras

A demarcação das terras dos índios é uma competência da União (art. 231 da

CF). O ADCT, art. 67, deu-lhe um prazo de cinco anos, a contar da promulgação da Constituição, para concluí-la. Este prazo é assinalado nas Disposições Transitórias, representando uma meta a ser cumprida, que, por isso mesmo, não exclui a competência dada no corpo constitucional, e que é permanente. Ademais, a demarcação não engendra nenhum direito às terras, pois tal direito é declarado originário (antecede à demarcação). Mas tem o sentido de conferir certeza e segurança ao exercício do direito, no que se refere ao seu conteúdo (faculdades) e objeto (terras ocupadas tradicionalmente).

A demarcação é ato administrativo e se refere a *bens da União* (dos quais as comunidades indígenas têm o direito originário de posse), bens estes nos quais estão incluídos “as terras devolutas destinadas à preservação ambiental”. Ademais, a Constituição fala também em terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras (art. 20, II). Tanto umas como outras, bem como as referentes aos índios (que não são devolutas), são descontínuas. Daí a exigência de demarcação.

Obviamente, a demarcação não elide a competência da União quanto às terras devolutas, quer para a preservação ambiental quer para a defesa das fronteiras. Em termos de um princípio de razoabilidade, a demarcação deve acomodar-se às outras competências. Entre estas e a competência para demarcar não há hierarquia. Mas, *reconhecendo* a Constituição como originários os direitos *de posse* dos índios, são eles oponíveis à própria União quando uma demarcação vier a turbá-los. O que não significa, por outro lado, que eles possam ser exercidos contra a defesa ambiental e de fronteiras. O conflito, possível, não é entre as terras (*objeto* do direito subjetivo), mas entre o exercício dos direitos originá-

rios de posse e o da soberania nacional (*faculdade*). Aqueles não podem excluir o exercício deste, mas isto não quer dizer que a demarcação (delimitação) de terras tradicionalmente ocupadas deva ceder diante das devolutas.

Feita a demarcação, conforme os critérios constitucionais, as linhas divisórias entre terras devolutas e indígenas estarão traçadas. Daí para frente, um eventual conflito entre exercício da soberania e de direitos originários é outro tema. A própria Constituição, art. 231, § 5.º, regula o assunto, ao proibir a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a sua população, ou *no interesse da soberania nacional, após deliberação do Congresso*.

Note-se que os direitos originários de posse sobre terras tradicionalmente ocupadas não são questionados, pois fica garantido, em qualquer hipótese o regresso imediato logo que cesse o risco. O texto constitucional preserva, assim, o exercício do direito à soberania, mas o seu exercício deve acomodar-se, harmonicamente, aos direitos originários às terras já demarcadas.

Problema distinto deste é o do sentido do próprio ato de demarcar. Sem este ato, o exercício dos direitos originários (faculdade) fica incerto quanto ao seu objeto (as terras tradicionalmente ocupadas). Assim, se a demarcação não legitima o título (ele é anterior à demarcação), só pela demarcação é possível determinar quais as terras objeto do direito. Ou seja, como não é a demarcação que legitima o título, a ausência de demarcação não impede que o Poder Judiciário o reconheça e determine qual a terra originalmente ocupada. Isto ocorreria mesmo que lei anterior à Constituição não tivesse sido recebida, sendo inconstitucional o seu decreto regulador (note-se, con-

tudo, que os direitos originários reconhecidos constitucionalmente incorporam, por recepção, o texto legal vigente e até lhe dão maior amplitude).

De outro lado, o ato de demarcar, que se faz no interesse e proteção das comunidades indígenas, deve obedecer aos objetivos e critérios constitucionais.

Quanto aos objetivos, assinale-se sua função de estabelecer certeza e segurança. Assim, demarcação da terra não pode ser indefinida no tempo. Por isso a Constituição lhe atribuiu um prazo. Ainda que este não seja cumprido, quis o constituinte proclamar a exigência de um momento final, sob pena de se instaurar, na vida constitucional, uma permanente insegurança, o que fere o sentido da Constituição como instituidora da paz social. Em consequência, se a demarcação ainda não foi realizada, pende um dever, para a União, de exercer a sua competência até o fim e até *um fim*. E, realizada a demarcação, a autoridade responde pelo ato: se, eventualmente, ela for retomada em nome do sentido de *terras tradicionalmente ocupadas*, neste caso cabe indenização contra o ato da União com base no princípio da eficiência (CF, art. 37). Não se trata de indenizar por uma ocupação, domínio ou posse (art. 231, § 6.º), mas pela ineficiência do ato em face de sua finalidade de estabelecer certeza e segurança.

Por isso, sendo a demarcação um ato administrativo que requer perícia técnica (laudo antropológico), é importante assinalar a relação deste com aquele.

O problema da relação entre o parecer técnico exarado por entidade consultiva e o ato administrativo, na tradição mais antiga do Direito Administrativo, sempre vinha posto em termos de uma separação estrutural entre ato de conhecimento e ato de vontade. Assim, o parecer técnico teria a essên-

cia cognitiva, seria apenas manifestação de conhecimentos técnicos e de correspondente verificação de fatos dados a exame. De sua parte, o ato administrativo estaria caracterizado pela essência voluntária da tomada de decisão. Em consequência, o parecer, por natureza, não poderia produzir fatos decisórios e, de seu lado, o ato administrativo, em face do parecer, seria absolutamente livre na expressão de sua vontade.

O moderno desenvolvimento da teoria da administração mostrou, no entanto, que uma separação estrutural deste gênero não dava conta do sentido complexo do ato administrativo enquanto um processo de formação do poder decisório. Diante disto, isto é, diante da percepção complexa do fenômeno decisório, “o parecer como ato isolado e contraponível à decisão constitui um sem sentido” (Francesco Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974, p. 203). A necessária visão articulada do referido fenômeno convence da necessária inserção do parecer (laudo técnico) e de sua utilização nos momentos formativos e determinantes da opção realizadora da administração.

Um dos elementos perceptíveis desta nova relação estrutural está na exigência de motivação dos atos administrativos. Os motivos, afinal, para serem reconhecidos, têm de se exteriorizar de qualquer modo, devendo depreender-se mais ou menos diretamente de quaisquer dados ou circunstâncias exteriores ao agente. A motivação é, assim, a expressão externa dos motivos. Esta expressão é, em consequência, um elemento decisivo para a correta apreciação da legitimidade de um ato administrativo. Sem ela, o ato fica a mercê de um sem número de motivos subjetivos e ocultos, mas presentes no ato decisório (cf. Afonso Rodrigues Queiró, *Estudos de direito público*, Coimbra, 1989, 1.º vol., p. 485).

Ora, a motivação como elemento de controle da legitimidade dos atos, torna visível o entrelaçamento entre fatores cognitivos e volitivos na formação do poder decisório. Por seu intermédio, é possível discernir entre discricionariedade e arbitrariedade, esta entendida como “menos adequadamente”, como “fora de ponderação” (Queiró, p. 489). O fator volitivo na formação do ato decisório está, pois, sempre acompanhado no fator cognitivo (adequação, ponderação). No dizer do autor, agir arbitrariamente significa, pois, que o “agente podia escolher entre vários bens jurídicos ao seu dispor para aquela finalidade, todos eles com valor, com interesse para a satisfação da necessidade protegida: deveria escolher aquele que reputasse mais adequado, porque, esse, o legislador presumi-lo-ia também, *juris et de jure*, o mais adequado. *Se o agente não procede de acordo com a sua apreciação, é a sua escolha reputada, igualmente juris et de jure, menos oportuna e conveniente*” (idem – grifei). Assim, um comportamento arbitrário da administração significará que o agente, enquanto titular de faculdades discricionárias, “lesará provavelmente certos particulares nos seus interesses, reflexa ou ocasionalmente protegidos, e beneficiará indevidamente outros particulares (p. 491)”.

Neste quadro, o parecer técnico, o laudo técnico deixa de ser um mero elemento de contraposição ao interesse decisório da Administração, para constituir um elemento informador do próprio ato de decidir.

Isto tem uma importante consequência para o exame da legalidade dos atos de demarcação.

“A legalidade do ato administrativo compreende, não só a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requi-

sitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei como *vinculadores* do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num dado fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato por ventura apresente” (Victor Nunes Leal, *Problemas de direito público e outros problemas*, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, vol. I, p. 264).

Victor Nunes, neste trabalho de 1946, ao trabalho publicado em 1997, pois o autor traz abordagem de 1946 (época dos fatos) já profligava o errôneo entendimento de que o Poder Judiciário não deveria examinar o mérito do ato administrativo. E esclarecia, citando o Ministro Castro Neves: “... a apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a *conveniência* ou *oportunidade* da medida, mas não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de modo geral, na *ilegalidade* por ‘indevida aplicação do direito’” (p. 266).

O laudo técnico que embasa o ato de demarcação deve ser conforme os preceitos constitucionais, devendo atender, mormente, as condições do art. 231, § 1.º. Baseando-se o ato nele, mas não atendendo este os ditames constitucionais, pode e deve o Poder Judiciário manifestar-se sobre ele. Para isto, como reiteradamente tem-se manifestado a jurisprudência, não é o mandado de segurança o meio próprio, mas as vias ordinárias.

Por esse meio, entendo, outrossim, que o Poder Judiciário pode e deve decidir o mérito sobre as demarcações de terras indígenas ou em ação petitória ou em ação demarcatória (Lei 6.001/73, art. 19, § 2.º), na qual poderá discutir-se se o laudo obedece às condições constitucionais que definem as terras tradicionalmente ocupadas. O próprio Decreto 1.775/96 determina que a demarcação “será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida” (art. 2.º). A impugnação do laudo, em instância administrativa, não elide o direito de acesso ao Judiciário.

Na verdade, em sede judiciária, há que se destacar a importância dos critérios jurídicos na decisão juiz, a quem a lei e a Constituição conferem o poder jurisdicional. A impugnação do laudo ou parecer técnico exarado no processo administrativo, conquanto possa vir a exigir outros pareceres técnicos (perícia), há de ter em conta os critérios constitucionais: ou seja, embora a Constituição fale em “terras que tradicionalmente ocupam” e a expressão aponte para o conceito antropológico de *habitat*, a decisão judicial não se confunde com um estudo antropológico, posto que os critérios constitucionais têm uma extensão e um sentido jurídicos que não se reduzem a uma questão antropológica. Ou seja, por mais que uma linguagem técnica seja um referencial obrigatório na interpretação da lei e da Constituição, a decisão judicial é, antes de tudo, uma palavra final sobre o direito, sobre direitos em pendência, que exige senso de justiça, equilíbrio, razoabilidade.

A exigência de atendimento aos critérios constitucionais, que prevalecem sobre o laudo técnico, coloca, dentre outros, dois importantes temas: o primeiro refere-se a eventual conflito entre direitos fundamentais (direito de propriedade e sua função

social, direitos adquiridos e os direitos originários das comunidades indígenas).

O direito de propriedade e o direito adquirido, como os direitos originários de posse dos índios, são *reconhecidos* pela Constituição. Não há de se falar em prevalência de um ou dos outros. É, porém, na discussão do exercício dos direitos que eventuais conflitos devem ser examinados, nos mesmos termos que se discutem eventuais conflitos entre direitos fundamentais (por exemplo, entre o direito à informação e o à privacidade). Não se deve esquecer, no entanto, que a própria Constituição, ao falar em direitos *originários*, exclui a possibilidade de direitos adquiridos sobre o objeto daqueles direitos. Ou seja, a exceção é feita pelo próprio texto constitucional (art. 231, § 6.º), que tornou *nulos e extintos* os atos que tivessem por objeto a ocupação, o domínio e a posse referentes às terras tradicionalmente ocupadas. A rigor, portanto, a própria Constituição afasta o conflito entre direitos de propriedade e adquiridos antes da sua promulgação e os direitos originários às terras *tradicionalmente* ocupadas no momento da promulgação.

Assim, a demarcação, mesmo *a posteriori*, não pode ser impugnada com base em direitos de propriedade adquiridos. O que não exclui a discussão judicial sobre se os laudos antropológicos respeitaram os critérios constitucionais do § 1.º do art. 231.

Isto levanta um segundo problema, quanto à nacionalidade dos índios.

Conquanto se possa falar em índios brasileiros, não se deve olvidar o mandamento constitucional que garante também aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos fundamentais (art. 5.º, *caput*). Os direitos originários dos índios, enquanto direitos reconhecidos, também se aplicariam, assim, aos índios vindos de outros países e que venham a

habitar as comunidades demarcadas. Neste sentido, a proteção constitucional é para *etnias*. O conceito de *residentes* será interpretado, assim, no sentido de terras *tradicionalmente ocupadas*, que se reportam ao *habitat* e ao *jus possidendi*. Mas um eventual movimento migratório não exclui o exercício da soberania, podendo e devendo

a autoridade verificar, de caso para caso, se as motivações do movimento atendem a usos, costumes e tradições dos próprios indígenas, conectadas às terras tradicionalmente ocupadas pelas etnias no momento da promulgação da Constituição. Mesmo porque esse conceito não se refere à ocupação em tempos idos.