

DEMARCAÇÃO EM TERRA INDÍGENA, FAIXA DE FRONTEIRA E OITIVA DO CONSELHO DE DEFESA NACIONAL

Cláudio Luiz dos Santos Beirão*

Luiz Soares de Lima**

I - INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo uma abordagem sobre a conflituosa questão que envolve faixa de fronteira contida em terra indígena, a demarcação desta e a necessidade ou não de se ouvir o Conselho de Defesa Nacional.

Esse é um debate antigo¹ que, de vez em quando, retorna ao meio jurídico-indigenista. O retorno dessa discussão se dá, neste momento, devido à polêmica que envolve a demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol e sua futura homologação pelo Presidente da República.

Esta terra indígena está localizada no Estado de Roraima e possui 1.678.800 hectares de superfície. Foi demarcada pela Fundação Nacional do Índio – Funai por determinação do Ministro de Estado da Justiça na Portaria nº 820 de 11 de dezembro de 1998, e aguarda homologação do Presidente da República, nos termos do que dispõe o art. 5º do Decreto nº 1.775, de 08 de março de 1996².

Duas recentes manifestações públicas se deram. Uma oriunda do Poder Legislativo, Câmara dos Deputados, da lavra da Comissão de Assuntos Externos, tendo como relator o Deputado Lindberg Farias (PT). A outra, mais precisamente do TRF da 1ª Região, pela Desembargadora Selene de Almeida. As duas, além de outras questões que abordam (e tão polêmicas quanto), entenderam que para demarcação dessa Terra Indígena, onde há faixa de fronteira, dever-se-á

¹ A expressão “*vinho velho em garrafa nova*” seria talvez mais apropriada. Interessante citar dois estudos sobre o tema. O primeiro de autoria do combativo advogado indigenista Paulo Machado Guimarães, denominado “Demarcação de Terras indígenas na faixa de fronteira na Constituição de 1.988”, escrito em 1.993. Outro artigo é de autoria do ilustre Procurador da República, Aurélio Veiga Rios, denodado defensor das causas dos índios, que escreveu “Os direitos constitucionais dos índios nas faixas de fronteira”, publicado no livro “Os direitos indígenas e a Constituição”, coordenado por Juliana Santilli, Ed. NDI e Sérgio Fabris – Porto Alegre 1993.

² Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto. (Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996).

obter o assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional, antes de ser homologada ou não pelo Presidente da República.

A primeira manifestação oriunda do relator da Comissão Externa, deputado federal Lindberg Farias (PT/RJ), da Câmara dos Deputados, destinada a avaliar, in loco, a situação da demarcação em área contínua da Reserva Indígena "RAPOSA SERRA DO SOL", no Estado de Roraima. O relatório desse Deputado foi aprovado pela maioria da Comissão. Dentre várias recomendações da Comissão está a da consulta ao citado conselho para opinar sobre a demarcação daquela terra Indígena.

Logo em seguida, a Desembargadora Federal, Dra. Selene Maria de Almeida, em decisão liminar nos Agravos de Instrumentos³ interpostos pelo Ministério Público Federal, pela Funai e a União Federal e pela Comunidade Indígena Maturuca perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, apresentou entendimento semelhante.

Esses agravos, com pedido de efeito suspensivo, foram interpostos contra decisão de 1ª Instância da Justiça Federal de Roraima que, em sede de ação popular ajuizada por advogados de Roraima, deferiu em parte a liminar (sic), 5 (cinco) anos após a propositura da ação, para suspender os efeitos da Portaria nº 820/98 do Ministro de Estado da Justiça, que demarcava a terra indígena Raposa/Serra do Sol.

Todavia, a desembargadora não só manteve como mais agravou a decisão de 1ª instância, já que entendeu que a Terra Indígena por estar (sic) em faixa de fronteira impunha (sic) ouvir-se previamente o Conselho de Defesa Nacional, bem como determinou que se excluísse da mesma Terra Indígena o Parque Nacional de Roraima, estas determinações não faziam parte da ação popular, tão pouco foram objeto de decisão liminar recorrida.

Essas duas decisões têm causado discussões no meio indigenista e preocupações sobre os rumos do entendimento da questão indígena.

Neste trabalho, conquanto conclusões muito parecidas, não nos ocuparemos da sobreposição unidade de conservação em Terra Indígena.

O questionamento é se, a luz da legislação vigente, o Conselho de Defesa Nacional deve anuir previamente sobre a

³ Agravos de Instrumentos nºs 2004.01.00.011116-9; 2004.01.00.011002-0 e 2004.01.00.010111-0, respectivamente.

demarcação de uma terra indígena, onde faixa de fronteira está nela contida e se o Presidente da República deve pedir ao Conselho a expedição de propostas sobre critérios e condições para tal uso.

Colocada essa questão analisaremos as decisões proferidas e o que orienta a doutrina e a interpretação da legislação que trata desse assunto.

II – As duas decisões

Para ilustrarmos o caso, essas duas decisões, que em campos diferentes determinaram a oitiva do Conselho de Defesa Nacional, devem ser melhor conhecidas.

No relatório do deputado federal Lindberg Farias, aprovado, por maioria, pela Comissão Externa da Câmara dos Deputados, a questão é exposta da seguinte forma:

“Vale ressaltar que o Conselho de Defesa Nacional não foi ouvido quanto à demarcação, malgrado possuir competência constitucional para propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança nacional e opinar sobre seu uso efetivo, especialmente em faixa de fronteira.”.

Esse relatório teve três votos em separado, dos deputados federais, Eduardo Valverde, Perpetua de Almeida (PCdoB/AC) e Asdrúbal Bentes (PMDB/PA) que se posicionaram contrários à necessidade da oitiva do Conselho de Defesa Nacional para homologação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol. Citemos o essencial:

“Da mesma forma não há qualquer necessidade de se ouvir o Conselho de Defesa Nacional, pelo fato de que a demarcação de terras indígenas em faixa de fronteira não atenta contra a segurança e a defesa do país” (Voto em separado dos Deputados Eduardo Valverde e Perpetua de Almeida)

...

Acompanho integralmente a indicação proposta pelo

eminente relator, ressalvada, porém, a oitiva do Conselho de Defesa Nacional cuja convocação é da exclusiva responsabilidade de S. Exa. o Senhor Presidente da República.” (Voto em separado do Deputado Asdrúbal Bentes)

Já a eminente desembargadora analisando o pedido de suspensão de liminar concedido pelo Juízo Federal de Roraima em Ação Popular, e denegá-lo, assim sustentou:

“Área indígena na faixa da fronteira.

*Em toda essa lide o que causa mais espécie e estranheza é a coincidência **quanto à identificação da área indígena com a área da fronteira e o fato do Conselho de Defesa Nacional não ter sido ouvido, nos termos do artigo 91, § 1º inciso III, da Constituição Federal.***

.....
A Constituição dispõe que a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo da fronteiras terrestres, existe uma faixa de fronteira.

A Lei 6.634, de 2 de maio de 1979, que dispõe sobre faixa de fronteira, estabelece em seu artigo 1º que “É considerada área indispensável à segurança nacional a faixa interna de 150 km de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como faixa de fronteira.

Dispõe o artigo 2º que, salvo anterior assentimento do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na faixa de fronteira, a prática de determinados atos.

Portanto, para a União Federal a importância da faixa de fronteira reside no fato que ela diz respeito à defesa do território do país. É da competência do Conselho de Defesa Nacional propor em cada caso concreto, as formas e condições de uso de áreas indispensável à segurança do território nacional e manifestar-se sobre o seu uso efetuado. Leia-se a norma do artigo 91, § 1º, III da CF/88.

Art. 91. O Conselho de Defesa nacional é órgão de consulta do presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado Democrático.(Grifei)

III – propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especificamente na faixa da fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo.

É nulo o ato administrativo que não tenha observado o dispositivo constitucional em comento.

A preocupação do constituinte não deriva da circunstância da área na faixa da fronteira pertencer a União, mas porque diz respeito a segurança da defesa do território brasileiro.

A comissão instituída pela FUNAI não substitui o Conselho de Defesa Nacional e não é admissível que a FUNAI queira impor à União Federal **nem é possível que a União Federal aceite uma proposta de incidência de área indígena em faixa de fronteira contrariando os interesses gerais e permanentes de todos dos brasileiros, de norte a sul, de leste a oeste.**

.....
A nação brasileira é uma só e os nossos índios fazem parte dela. Há um interesse geral de toda a população com a manutenção da faixa de fronteira. Não há conflito das normas constitucionais que protegem a faixa de fronteira e área indígena. Cuida-se de dupla afetação federal imposta à área indígena localizada em faixa de fronteira por ser ela bem de domínio exclusivo da União e dizer respeito à defesa do território do país.

Neste particular prevalece o interesse geral de todos e não apenas de segmentos da sociedade. Por isso a preservação da faixa de fronteira é um interesse que prevalece sobre qualquer outro. O direito do índio a terra na área de fronteira cessa quando nela existir o interesse do Brasil sobre ela, essencial para a defesa do território nacional.

A eminente desembargadora conclui a sua decisão em todos os agravos impetrados da seguinte forma:

“No exame sumário e provisório desta decisão, apreciando o pedido de concessão de efeito suspensivo resolvo excluir da área indígena Raposa Serra do Sol, até julgamento final da demanda, as seguintes áreas:]

- 1. faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/88), até que seja convocado o Conselho de Defesa Nacional, ex vi do art. 91, § 1º, inciso III, da CF/88 para opinar sobre o efetivo uso das áreas localizadas na faixa de fronteira com a Guiana e Venezuela;”*

Colocadas as decisões, vamos enfrentá-las.

III – QUANTO À COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE DEFESA NACIONAL

Segundo determina o *caput* do artigo 91 da Constituição Federal o Conselho de Defesa Nacional - CDN é órgão de consulta do Presidente da República, nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado Democrático.

Participam desse órgão como membros natos (esse dispositivo foi alterado pela emenda constitucional nº 23/99): o Vice-Presidente da República; o Presidente da Câmara dos Deputados; o Presidente do Senado Federal; o Ministro da Justiça; o Ministro de Estado da Defesa; o Ministro das Relações Exteriores; o Ministro do Planejamento; e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Depreende-se do referido dispositivo que o CDN é “**órgão de consulta do Presidente da República**” em matérias já definidas pela Constituição (incisos previstos no §1º do art. 91). O Conselho é o órgão consultivo da Presidência que, em assuntos previstos na norma constitucional, pede a sua opinião ou propostas.

Entre estes assuntos encontra-se aquele estabelecido pelo inciso III do § 1º do art. 91, que é o de “*propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas*

relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo”.

A consulta feita ao CDN é obrigatória, nas questões previstas na Constituição, mas o parecer do Conselho não tem caráter vinculatório para o Presidente e sim discricionário.

É assim o entendimento do constitucionalista Alexandre de Moraes ao tratar dessa matéria em seu livro *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional* ⁴

“Igualmente ao Conselho da República, a opinião emitida pelo Conselho de Defesa Nacional, apesar de obrigatória as hipóteses previstas constitucionalmente, não vinculará o Presidente”.

Da mesma forma entende jurista Kildare Gonçalves Carvalho⁵, ao comentar o caráter das opiniões do CDN.

“Ambos os Conselhos opinam em caráter não vinculativo, podendo assim o Presidente da República deixar de acatar o pronunciamento deles”.

Todavia, isso não resolve o problema.

A eminente desembargadora e os parlamentares insistem sobre a necessidade de *“assentimento prévio”* do Conselho de Defesa Nacional em relação ao uso de áreas em faixa de fronteira. Tal necessidade, dizem, está na Constituição Federal e, sobretudo, na Lei 6.634/79 que trata da competência do extinto Conselho de Segurança Nacional.

Tal entendimento, afigura-se-nos erro crasso de interpretação, se não vejamos.

O assentimento prévio previsto no art. 2º dessa lei não foi recepcionado pela Constituição de 1988, e a Lei nº 8.183/1991, que *“dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional e dá outras providências”*, ao reproduzir o comando constitucional não previu essa competência decisória do CDN.

E não previu pelo simples fato de que a norma constitucional que antes dava embasamento ao assentimento prévio (art. 91, II, “a”, da Constituição Federal de 1967/69) não foi reproduzida pelo ordenamento constitucional de 1.998, “*verbis*”.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p.1273.

⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático – 8. ed., ver., atual e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 516.*

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967

Art 91 - Compete ao Conselho de Segurança Nacional:

I - o estudo dos problemas relativos à segurança nacional, com a cooperação dos órgãos de Informação e dos incumbidos de preparar a mobilização nacional e as operações militares;

II - nas áreas indispensáveis à segurança nacional, dar assentimento prévio para:

a) concessão de terras, abertura de vias de transporte e instalação de meios de comunicação;

b) construção de pontes e estradas internacionais e campos de pouso;

c) estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à segurança nacional;

III - modificar ou cassar as concessões ou autorizações referidas no item anterior.

Parágrafo único - A lei especificará as áreas indispensáveis à segurança nacional, regulará sua utilização e assegurará, nas indústrias nelas situadas, predominância de capitais e trabalhadores brasileiros.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Do Conselho de Defesa Nacional

Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:

§ 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

I – omissis;

II – omissis;

III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos

recursos naturais de qualquer tipo;

IV – omissis

§ 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

Como se verifica dos textos constitucionais contrastados, o antigo Conselho de Segurança Nacional tinha por incumbência dar assentimento prévio sobre a utilização das concessões de área na faixa de fronteira.

Essas decisões tinham caráter vinculativo para o Presidente.

Hoje, não mais. A Constituição Federal suprimiu a previsão de assentimento prévio, que por óbvio era vinculativo.

A norma constitucional atual dispõe que o Conselho de defesa Nacional é consultivo, bem como opina ele sobre o efetivo uso, ficando a cargo do Presidente a decisão de acatar ou não essas opiniões.

Portanto, a norma do art. 2º, da Lei 6.634/79, que hauria sua legitimação na Constituição de 1967, não foi recepcionada pelo novo ordenamento constitucional e, portanto, tanto a decisão judicial, quanto o parecer das Comissões Legislativas acabaram por violar a Constituição Federal, por obrigarem o Presidente da República a ouvir previamente o Conselho de Defesa Nacional.

Assim, ausente norma expressa, por óbvio que inconstitucional qualquer imposição ao Presidente da República para que obtenha prévia concordância junto ao CDN (arts. 5º, inciso XX e 37 da Constituição Federal).

Mas, outros aspectos devem ser levantados:

IV – A UTILIZAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

As terras indígenas são constitucionalmente reconhecidas pelo Estado como direito originário dos índios que as ocupam tradicionalmente.⁶

A demarcação dessas terras efetuada pela União é determinação constitucional, e esse ato administrativo é de natureza declaratória que visa explicitar limites e não constituir direitos.

A utilização destas terras, também regulada pela Constituição, é de exclusividade das comunidades indígenas que às habitam.

Os dispositivos previstos nos parágrafos 2º, 4º, 5º e 6º do art. 231 da Constituição Federal determinam que os índios têm direitos à posse

⁶ Memoráveis são as lições do mestre constitucionalista **José Afonso da Silva**, que em seu “Curso de Direito Constitucional Positivo” (Malheiros ed., 23ª ed. p.836) recupera o conceito de indigenato, através dos ensinamentos deixados pelo grande jurista João Mendes Júnior.

permanente das terras indígenas, ao usufruto exclusivo sobre as riquezas naturais nelas existentes, a inalienabilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade dos seus direitos sobre suas terras, veda as remoções dessas pessoas e declara nulos os atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação destas terras ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

A Constituição determina que as terras indígenas – bem da União – sejam utilizadas exclusivamente pelos próprios índios nas suas atividades produtivas, no bem estar das suas comunidades e na reprodução física e cultural desses indivíduos; tudo isso segundo os usos e costumes de cada povo indígena que habite essas terras.

O Estado brasileiro ao reconhecer as organizações sociais dos índios, suas crenças, tradições, costumes e o direito originário sobre suas terras afastou a possibilidade de interferência da União que ofendam esses direitos. Até porque, é obrigação da União proteger e fazer respeitar dos os bens dos índios.

Assim sendo, são os usos e costumes dos índios que determinam a forma de utilização e uso das terras indígenas por eles. Não pode uma norma infraconstitucional (lei ordinária, lei complementar, decreto, medida provisória etc.) prescrever formas de utilização das terras pelos índios, mesmo em faixa de fronteira, porque serão contrárias aos ditames Constitucionais.

A Carta Magna admitiu a possibilidade de utilização por não-índios das terras indígenas, em três hipóteses.

A primeira diz respeito ao aproveitamento de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país mediante autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades envolvidas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra (§3º do art. 231) e de acordo com condições específicas previstas em Lei (§1º do art. 176).

A segunda hipótese prevista na Constituição é quanto à remoção de grupos indígenas de suas terras, no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido o retorno imediato logo que cesse o risco (§5º do art. 231).

E por fim a última hipótese prevista na Constituição de utilização de não-índio das terras indígenas é aquela em razão de “relevante interesse público da União, segundo dispuser lei complementar”. Esta possibilita a existência de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse destas terras (§6º do art. 231).

Sendo assim, nenhuma outra norma infraconstitucional, que não aquelas previstas na Constituição, pode disciplinar a ocupação e a utilização de terras tradicionalmente ocupadas por índios.

Dessa mesma forma o CDN não poderá propor critérios para e condições para utilização destas terras, correndo o risco de incorrer em grave inconstitucionalidade se colocar restrições aos direitos dos indígenas.

Observamos que apesar desse entendimento, os Decretos de Homologação que são encaminhados à Presidência da República, desde o governo passado, têm em seu bojo, inclusive referente à Terra Indígena/Raposa Serra do Sol, a seguinte expressão: “*A terra indígena de que trata este Decreto, situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, § 2º, da Constituição*”.

Apesar desse dispositivo nos decretos de homologação não se tem notícia de que qualquer restrição tenha sido imposta aos membros das comunidades indígenas no uso de suas terras tradicionalmente ocupadas.

Da mesma forma, não há notícias de que a defesa da soberania nacional tenha sido impedida pelo fato de uma área em faixa de fronteira ser demarcada como terra indígena.

Tanto o relatório do deputado como a decisão da desembargadora entendem que o art. 91, § 1º, III da CF/88 orienta no sentido de que esse órgão consultivo deve ser ouvido nas situações em que envolvam terras indígenas em faixa de fronteira para opinar sobre o seu uso. O que não corresponde com o que prescreve a legislação vigente.

As hipóteses de regulamentação por Lei da ocupação e utilização nas faixas de fronteira (§2º do art. 20 CF) e o estabelecimento pelo CDN de critérios de condições de utilização e opinião de efetivo uso de terras nessa faixa (inciso III, do artigo 91 CF) dizem respeito só aos não-índios (pessoas físicas ou jurídicas).

Pois a Constituição, como já dito anteriormente, determinou que a forma como índios utilizarão essas terras, mesmo em faixa de fronteira, serão definidas por eles próprios, segundo os seus usos, costumes e tradições.

Ao aplicar o que descreve o texto da Constituição, devemos interpretá-lo de forma que os dois institutos, terras indígenas e áreas na faixa de fronteira, convivam em harmonia, sem restrição de parte a parte.

Interessante, sobre esse tema, trazer à colação o sustentado no Parecer GQ-81, da lavra do Consultor da União, Miguel Pró de Oliveira Furtado, isso em 1.995, onde aduz que não é necessária a ouvida do Conselho de Defesa Nacional, já que a este compete

“... propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, opinando

sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira. Ora, quando se trata de áreas indígenas, os critérios e as condições de utilização delas pelos índios são precisamente os que estão fixados na Constituição Federal, capítulo VIII do título VIII (arts. 231 e 232). Nenhuma margem, pois, sobra ao douto conselho nesse campo”.

Esta citação do parecer, por si só, esparcava incertezas sobre a questão, todavia, o parecerista, mais a frente em seu trabalho, acaba por trazer ao leitor novas dúvidas sobre a assertiva acima:

“7. De outro lado, na qualidade de órgão de consulta do Presidente da República (C. F. art. 91), compete ao Conselho de Defesa pronunciar-se sempre que o Presidente queira ouvi-lo sobre qualquer das matérias especificadas no § 1º do art. 91 da Constituição Federal e, especialmente, quando o Presidente haja de expedir ato normativo de natureza geral nas hipóteses do inciso III do mesmo parágrafo. **Assim, conquanto não necessária, pode o Presidente da República entender conveniente consulta-lo, principalmente à vista do que o Ex.moSr. Ministro do Estado Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas relatou no aviso n. 3.157, de 25.10.1993, ao Ex.moSr. Ministro da Justiça.**

8. Forças Armadas – As forças de segurança do País já deixaram transpirar certa preocupação diante da oposição que existiria no seio da FUNAI à supervisão das fronteiras pelas Forças Armadas, quando as terras indígenas se situam nessa área. Se realmente existente, é exclusivamente fáctica tal atitude, sem que encontre suporte constitucional. **Com efeito, a tarefa de defesa da pátria, missão constitucional precípua das Forças Armadas (art. 142), não pode sofrer limitações nem mesmo legais. A faixa fronteira, também por expressa previsão constitucional, “é considerada fundamental para defesa do território nacional” (art. 20, § 2º) “.**

Esses dois pontos que foram negritados no texto acima, conquanto imbuídos de certa prudência, tornam-se conflitantes ao que fora afirmado sobre a desnecessidade de oitiva do Conselho de Defesa Nacional e merecem ser esclarecidos, mesmo porque atos normativos posteriores ao parecer sobrevieram e lançam novas luzes à questão.

Com efeito, a primeira questão que deve ser deixada clara repita-se é que terra indígena, por ser bem da União (inciso XI do art. 20 da C. F), de usufruto exclusivo do povo indígena e, sobretudo, **um direito originário (art. 231 “caput” da C. F)**, não pode e não deve se submeter ao § 2º do mesmo art. 20 da C.F, principalmente porque esse dispositivo não a alcança.

Lembremos que as expressões ocupação e utilização da faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura ao longo da fronteira não se aplicam à posse imemorial e por isso originária dos índios, pura e simplesmente porque os índios não a ocupam, tampouco a utilizam, no sentido que o legislador quis emprestar aos termos. Estamos tratando de posse congênita, anterior à formação do Estado Brasileiro. Esta faixa ao longo da fronteira se se contiver dentro de terra indígena continuará por essa última natureza jurídica um bem de usufruto exclusivo dos índios, bem como um bem de domínio da União.

Essas disposições sobre faixa de fronteira, terras devolutas e a sua utilização estão contidas desde a Constituição Federal de 1934 (não se olvidando do disposto no **art. 83 da Constituição Federal de 1891**, que por manter as leis do antigo regime não revogadas pela Carta Republicana, por decorrência lógica-jurídica garante aos índios o direito sobre as suas terras), o que, sucessivamente, outras Cartas Constitucionais vêm repetindo e nenhuma delas trouxe qualquer restrição ou desconsideração ao direito originário dos índios sobre as terras que ocupam (v.g. **CF de 1934 - art. 129 c/c art. 166; CF de 1937 – art. 165 c/ art.154; CF de 1946 art.180 c/c art.216; CF 1967 art.4º, I e IV, c/c art.91, II, “a” e art.186; Cf de 1988 – art.20, II, XI e § 2º c/c arts, 91 , III e 231 §§ 1º a 7º)**

Portanto, de iniludível clareza: a terra é indígena e não deixa de ser, mesmo localizada em faixa de fronteira.

Quando o art. 91 da C.F dispõe que compete ao Conselho de Defesa Nacional propor os critérios e condições de utilização de áreas em faixas de fronteira, opinando sobre o seu efetivo uso não está restringindo, obstando e muito menos, referindo-se ao direito originário que detém os índios sobre as suas terras tradicionalmente ocupadas, que por uma coincidência detém seus limites territoriais, em abstrato, dentro de faixas de fronteira.

Repito, nenhuma das Constituições republicanas que este País já teve, outorgadas ou promulgadas, fizeram qualquer restrição ou qualquer obstáculo ao uso ou utilização de terras indígenas em faixa de fronteira.

Não por acaso a Lei 6.634/79, que dispõe sobre faixa de fronteira e seu uso **em nenhum de seus dispositivos menciona a questão terra indígena em faixa de fronteira.**

Por isso, que terra indígena situada em faixa de fronteira não se submete ao § 2º do art. 20 da C.F. E, novamente estamos diante de uma exigência que não encontra amparo constitucional ou infra-constitucional, em tudo a violar o princípio da legalidade.

Por óbvio, que o controle e a proteção das fronteiras não deixam de ser curadas pelos órgãos competentes e elas o são sempre de forma concertada com os povos indígenas.

Não por acaso, que a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em terras indígenas, em especial quando essas estão localizadas em faixa de fronteira, **não sofre qualquer impedimento ou obstáculo, vez que em suas atribuições constitucionais e legais estão compreendidas a implantação de programas e projetos de controle e proteção de fronteira, tudo em conformidade ao Decreto nº 4.412 de 07.10.02 .**

Nesse diapasão, cita-se a Portaria nº 020 – do Estado-Maior do Exército , de 02 de abril de 2003 (doc.incluso), que aprova diretriz para o relacionamento do Exército Brasileiro com as comunidades indígenas, que tem por referências legais, dentre outros diplomas legislativos, o aludido Decreto 4412/02, cabendo ressaltar de suas premissas básicas, o seguinte:

“ (...)

A cooperação mútua com as comunidades indígenas precede à formação do Exército Brasileiro. Brancos, negros e índios lutaram juntos em Guararapes pela libertação da terra, pela primeira vez identificada como Pátria.”

De bom alvitre, ainda, trazer à colação a **Portaria nº 983/DPE/SPEAI/MD de 17.10.03**, onde o **Ministro de Estado de Defesa aprova diretriz para o relacionamento das forças armadas com as comunidades indígenas, tendo por fundamento tanto o Decreto acima, quanto o parecer supra referido.**

Nesta Portaria Interessante citar a orientação geral que o Ministro da Defesa José Viegas Filho coloca para os comandos das forças armadas, “verbis”:

“3. ORIENTAÇÃO GERAL

O escopo de atuação do Estado brasileiro na área de defesa tem como fundamento a obrigação de prover segurança à nação, tanto em tempo de paz, quanto em situação de conflito. Às Forças Armadas, que têm sua missão atribuída pela Carta Magna, cabe defender a nação, sempre que necessário, assegurando a manutenção de sua integridade e soberania.

Nesse contexto, as Forças Armadas, quando da atuação em terras ocupadas por indígenas, adotarão, nos limites de suas competências e sem prejuízo do exercício de suas atribuições constitucionais e legais, medidas de proteção da vida e do patrimônio do índio e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo índios ou grupos indígenas.

É fundamental, pois, que todos os escalões das Forças Armadas compreendam que os índios são nativos da terra e que lhes são reconhecidos os costumes, sua organização social, a língua, as crenças e as tradições, além dos direitos originários sobre as terras que, tradicionalmente, ocupam. Cabe à União demarca-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens, devendo as Forças Armadas, dentro das competências a elas atribuídas, cooperar com a demarcação e praticar formas de participação e apoio.”
(nossos negritos e grifos).

Portanto, iniludível, que as normas emanadas pelo Ministério da Defesa e do Estado Maior do Exército estão em consonância à melhor exegese constitucional⁷, por si só respondem e afastam as preocupações alarmistas e, sobretudo, inconstitucionais e ilegais consubstanciadas no referido relatório parlamentar e na decisão judicial.

V - CONCLUSÕES

Pelo exposto pode se concluir que:

- a) o Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República, que compete pronunciar-se sempre que o presidente queira ouvi-lo sobre qualquer das matérias especificadas no § 1º do art. 91 da Constituição Federal e, especialmente, quando o Presidente haja de

⁷ Este ponto é polêmico, vez que o Ministério Público Federal, em especial a 6ª Câmara de Proteção dos Direitos Indígenas, entende que o decreto 4.412/2002 é inconstitucional, tendo encaminhado representação ao Procurador Geral da República para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Entende-se que a cessão de espaço parte da terra para construções militares fixas fere o art. 231 da CF, face ao usufruto exclusivo, quanto ausência de lei complementar. Merece, pois, tal fato um debruçar-se mais detalhado, mormente análises factuais, que, a princípio, não estão contidas no Decreto.

expedir ato normativo de natureza geral nas hipóteses do inciso III do parágrafo anteriormente citado. Mas, suas opiniões não têm caráter vinculativo para o Presidente;

b) o Conselho de Defesa Nacional não tem a competência de assentimento prévio, previsto na Lei 6.634, de 02 de maio de 1979, para uso de terras em faixa de fronteira. A competência que se refere essa lei é para o antigo Conselho de Segurança Nacional que fora extinto pela Constituição Federal. O assentimento prévio foi derogado e a Lei nº 8.183, de 1991, reproduziu o dispositivo constitucional não prevendo competência desse conselho para decidir a respeito da utilização de áreas indispensáveis à segurança nacional.

c) o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é determinação constitucional de natureza declaratória que visa explicitar limites destas terras e não constituir direitos dos índios. É obrigação da União realizá-lo, conforme o art. 231, cabeça, da Constituição Federal.

d) a utilização das terras indígenas é exclusividade das comunidades indígenas que tradicionalmente as ocupam.

e) são os usos e costumes que determinam forma de utilização e uso das terras indígenas pelos índios e não determinações de uma lei ordinária, lei especial e muito menos a resolução de um conselho consultivo ou deliberativo.

f) a CF admite a utilização por outrem das terras tradicionalmente ocupadas por índios, apenas nas seguintes hipóteses: 1) aproveitamento de recursos hídricos e pesquisa e lavra de minérios, após autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades indígenas, assegurada participação nos resultados da lavra e de acordo com condições específicas previstas em lei; 2) remoção temporária dos índios, por interesse da soberania nacional, após autorização do Congresso Nacional, ou quando constatada epidemia ou catástrofe da natureza, ad referendum do Congresso Nacional, assegurado o retorno à área, quando o risco cessar; e 3) atos de relevante interesse da União, previsto em Lei Complementar.

g) é ineficiente a decisão do Presidente da República de consultar o CDN para opinar sobre o uso destas terras, mesmo em faixa de fronteira, uma vez que esse conselho não poderá propor critérios e condições para utilizações destas áreas que não sejam aquelas previstas na regra constitucional, especialmente se significar restrição aos direitos dos índios.

Numa conjuntura em que pelos ditames do art. 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, as demarcações das terras indígenas já deveriam ter sido concluídas em outubro de 1993, a oitiva desse conselho só serve para protelar mais ainda a encerramento destes procedimentos e aumentar os conflitos nas regiões onde se localizam às terras indígenas.

CONCLUSÃO SÍNTESE

Portanto, todas as questões que envolvem terras indígenas, onde faixa de fronteira nelas está contida, bem como a defesa do território nacional já estão disciplinadas, descabendo se falar em oitiva, prévia ou posterior, do Conselho de Defesa Nacional (art.91, §1º, III da CF) ou que tais terras se submetem ao art. 20, § 2º da CF, posto que tais dispositivos não se aplicam aos direitos originários dos índios sobre suas terras.

Cláudio Luiz dos Santos Beirão, assessor especial do Ministro da Justiça.

Luiz Soares de Lima, Procurador Geral da Funai.