

## A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS E A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 22/91

PAULO DE BESSA ANTUNES

Procurador Regional da República  
Professor da Faculdade Cândido Mendes — Centro

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Quadro Constitucional: 2.1 Direitos adquiridos sobre terras indígenas?; 2.2 Competências exclusivas do Congresso Nacional; 2.2.1 Art. 19 da Lei 6.001/73. Delegação Legislativa?; 2.3 Contraditório e ampla defesa — 3. A demarcação administrativa de terras indígenas — 4. Conclusão.

### 1. Introdução

A demarcação das terras indígenas é um dos temas recorrentes do Direito Indigenista Brasileiro e a efetivação do preceito constitucional contido no art. 231 da Lei Fundamental da República que a determina, tem sido muito difícil. As questões políticas, subjacentes ao tema, impedem que sejam alocados recursos do Tesouro Nacional para o real cumprimento da norma constitucional pertinente ao problema. Questões de segurança nacional nas áreas de fronteira, questões referentes a grandes interesses econômicos relativos à mineração, à construção de usinas hidrelétricas, à construção de estradas e muitas outras são fortíssimos obstáculos ao cumprimento da determinação constitucional. Difícilmente será possível uma ação governamental mais positiva sem a completa superação dos obstáculos acima mencionados.

O governo federal deu um importante passo no sentido de criar instrumentos jurídicos capazes de viabilizar o cumprimento do disposto na Lei Fundamental da República ao expedir o Decreto 22, de 4 de fevereiro de 1991, que *dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências*. Não obstante a existência do Decreto, isto é, do instrumento legal necessário para que se possa efetivar a demarcação das terras indígenas, necessário se faz a alocação de vultosos recursos financeiros para que a tarefa possa ser realizada. Os recursos que a Fundação Nacional do Índio — FUNAI dispõe são claramente insuficientes, não passando de 8,5% de seu orçamento, conforme afirma o presidente do órgão.<sup>1</sup>

<sup>(1)</sup> *Jornal do Brasil*, 2/3/1995 — *ONG's ajudam a demarcar as reservas indígenas brasileiras*.

Tal conjunto de circunstâncias tem acarretado a existência, na prática, do processo de *auto-demarcação* que consiste no fato de que os próprios índios, com o auxílio de diversas organizações não governamentais — ONG's e com a expressa autorização e o acompanhamento da Fundação Nacional do Índio — FUNAI,<sup>2</sup> realizem o que o Poder Público tem grande dificuldade em realizar: demarcar as terras indígenas. A simples demarcação, no entanto, não é suficiente para que se possa assegurar que as áreas indígenas permanecerão livres de invasões e de ataques.

Além dos problemas acima mencionados, o próprio Decreto 22/91 vem sendo acoimado de inconstitucional e, portanto, imprestável para a demarcação das terras indígenas. A matéria, como é evidente, é muito complexa, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista social, haja vista as imensas repercussões que decorrerão de uma eventual declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos contidos no decreto em questão. A tese que sustenta a inconstitucionalidade baseia-se no fato de que o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>3</sup> extinguiu todas as delegações para que o Poder Executivo deliberasse sobre matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional. Portanto, em consequência da norma contida no ADCT, o art. 19<sup>4</sup> da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) estaria revogado. Para os adeptos da tese ora apresentada, o Decreto 22/91 é uma mera regulamentação do art. 19 da Lei 6.001/73 e, portanto, é nulo de pleno direito. Acresce, dizem os adeptos da tese, que o art. 5.º, LV,<sup>5</sup> da Constituição Federal assegura a todos o direito ao contraditório, seja no processo administrativo, seja no processo judicial e o Decreto 22/91 não respeitou o aludido princípio constitucional pois, não se trata dos mecanismos de defesa de terceiros interessados.

O que se pretende demonstrar no presente trabalho é a constitucionalidade integral do Decreto 22/91.

## 2. Quadro constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil determina em seu art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que: *A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da Constituição.* A norma jurídica, em si, não se constitui novidade em nosso

(2) *Jornal do Brasil*, 2.3.1995 — *ONG's ajudam a demarcar as reservas indígenas brasileiras.*

(3) ADCT — “art. 25: Ficam revogados, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I — ação normativa; II — alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.”

(4) Lei 6.001/73 — “art. 19 — As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com processo estabelecido em decreto do poder Executivo.”

(5) “Art. 5.º, LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

direito positivo pois, representa a repetição e elevação ao nível constitucional de norma existente no art. 65 da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Portanto, há mais de 20 anos, existe um prazo legal para que as terras indígenas sejam demarcadas *dentro de cinco anos*. Tanto a norma legal, como a Constitucional, restam letra morta.

## 2.1 Direitos adquiridos sobre terras indígenas?

Um problema importante e que não pode deixar de ser abordado neste trabalho é aquele que diz respeito a pretensos direitos adquiridos por terceiros sobre as terras indígenas. Como está estabelecido pelo § 6.º do art. 231 da Lei Fundamental, não é devida qualquer indenização em razão de atos ou negócios jurídicos praticados por terceiros e que envolvam terras indígenas. A única exceção é para as benfeitorias feitas por terceiros de boa-fé. A Constituição de 1988 *não criou novas áreas indígenas*. Ao contrário, limitou-se a reconhecer as já existentes. Tal reconhecimento, contudo, não se cingiu às terras indígenas já demarcadas. As áreas demarcadas, evidentemente, não necessitavam do reconhecimento constitucional pois, ao nível da legislação infra-constitucional, já se encontravam afetadas aos povos indígenas. O que foi feito pela Constituição foi o reconhecimento de situações fáticas, isto é, a Lei Fundamental, independentemente de qualquer norma de menor hierarquia, fixou critérios capazes de possibilitar o reconhecimento jurídico das terras indígenas. Não se criou direito novo.

É preciso estar atento ao fato de que as terras indígenas foram reconhecidas como pertencentes aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de *direito originário*, isto é, direito precedente e superior a qualquer outro que, eventualmente, se possa ter constituído sobre o território dos índios. A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena e de opô-la a terceiros. A demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira.

Deve ser consignado, por oportuno, que a tendência moderna é a do reconhecimento aos indígenas de seus *direitos originários* às terras que ocupam tradicionalmente. Recente decisão da Corte Suprema Australiana<sup>6</sup> modificou o entendimento precedente de que as terras indígenas se constituíam em *res nullius*. O Tribunal no caso *Mabo* proferiu importante decisão. Foi reconhecido ao povo Merian que estes eram detentores de um título válido *against the whole world, to possession, occupation, use and enjoyment of the lands of the Murray islands in Torres Strait*. (*contra todos, em matéria de propriedade, ocupação, uso e gozo das terras da ilha Murray no estreito de Torres*). Na oportunidade, a Corte decidiu que os títulos nativos eram

<sup>6</sup> John Cordell — *Boundaries and bloodlines (tenure of indigenous homelands and protected areas)*, in, Kenf, Elizabeth (editor) — *The law of the mother (protecting indigenous people in protected areas)*. San Francisco, Sierra Club Books, 1993, p. 61.

reconhecidos pelo Direito Comum Australiana. O Tribunal reconheceu que o título indígena é título comunitário. A propriedade é comunal. *Native title arises of ancient traditions and customs. It does not come from introduced British law. (O título nativo surge de costumes e tradições antigas. Ele não vem do Direito Britânico).*<sup>7</sup>

A Nova Zelândia, igualmente, definiu em sua legislação direitos especiais para os Maori em relação às terras por eles ocupadas; chegando a estabelecer um tribunal com competência exclusiva para tratar de problemas relacionados às terras Maori. Foi determinada a retroatividade da competência do tribunal até o ano de 1840, época em que foi celebrado o Tratado de Waitangi entre os Maori e a Coroa Britânica.<sup>8</sup>

A Constituição Canadense<sup>9</sup> de 1982, também, reconhece os direitos originários dos indígenas sobre as terras que ocupam. Vejamos o número 25 da Lei Fundamental do Canadá: 25 — *A garantia, nesta Carta, de certos direitos e liberdades não afeta ou revoga quaisquer direitos ou liberdades aborígenes, direitos de tratado (treaty rights) ou outros, que assistem aos povos aborígenes do Canadá (...)* É importante observar que o texto constitucional canadense, em realidade, reflete uma série de entendimentos judiciais que vinham se consolidando, lentamente. A Profa. Manuela Carneiro da Cunha<sup>10</sup> observa que: *Até a década de 70, só eram reconhecidos os direitos mencionados nos tratados celebrados entre a Coroa e os povos indígenas. A partir de então, a jurisprudência tem reconhecido os direitos indígenas aos territórios como anteriores à colonização e provenientes, portanto, não de seu reconhecimento por um documento legal colonial, mas de uma ordem legal indígena preexistente. O precedente foi aberto numa decisão da Suprema Corte em 1973 (caso Nishga); a posse imemorial das terras foi definitivamente afirmada na decisão do caso Guerin, em 1984.*

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, desde o século XIX, através de acórdãos lavrados pelo *Chief Justice Marshall*<sup>11</sup> definiu que os índios tinham títulos sobre as suas terras em decorrência do direito de ocupação. O conteúdo das mencionadas decisões judiciais foi assim explicitado pelo Juiz do Tribunal do 9.º Circuito William Canby Jr.,<sup>12</sup> *Indian tribes that occupied and used land to the exclusion of others (except for mere temporary incursions) had an interest<sup>13</sup> denoted as "right of occupancy". This right later came to be known as "original Indian title" or sometimes simply as "Indian title" or "aboriginal title". (As Tribos indígenas que ocupavam terras com a exclusão de outros (exceto por pequenas incursões temporárias) tinham um "interesse" conhecido como "direito de ocupação" — [posse,*

(7) John Cordell — op. cit., idem, ibidem, p. 65.

(8) Hans-Joachim Heintze, — *International law and indigenous people*, in, *Law and State*, Tubingen, volume 45, 1992, p. 54

(9) Manuela Carneiro da Cunha — *Os direitos do índio (ensaios e documentos)*, S. Paulo, Brasiliense, 1987, p. 136/7.

(10) Manuela Carneiro da Cunha — op. cit., idem, ibidem, p. 138/9.

(11) Johnson V. McIntosh 21 US (8 Wheat) 543 (1823) e nos casos Cherokee.

(12) William Canby Jr — *American Indian Law*, St. Paul, West, 1994, p. 258.

(13) Espécie de Direito Real americano. É o termo mais genérico que pode ser usado para definir um Direito Real

situação de fato]. Tal direito posteriormente veio a ser conhecido como “título indígena originário” ou, algumas vezes, simplesmente como “título indígena” ou “título aborígene”.

No Direito Brasileiro, também, existe tradição de reconhecimento do direito dos indígenas às terras por eles habitadas. Logo no início do século XVII é possível constatar-se que a legislação colonial reconhecia a existência de terras indígenas, isto é, de terras de posse e domínio exclusivamente indígenas. Manuela Carneiro da Cunha<sup>14</sup> nos informa que as Cartas Régias de 30 de julho de 1609 bem como a de 10 de setembro de 1611, expedidas por Felipe III, reconheciam o *pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos*. Ainda no século XVII, surgiram outros Alvarás e atos governamentais que dispunham sobre o direito dos índios às suas terras. Nesse sentido, é interessante observar a própria redação do Alvará Régio de 1.º de abril de 1680, pelo qual foi estabelecido que os povos indígenas *foram os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras*.<sup>15</sup> Em razão deste reconhecimento, o Estado passa a estabelecer áreas exclusivas para os índios, buscando compensar as enormes perdas sofridas pelos índios e manter sobre um determinado grau de controle — a expansão da colonização. A principal destas compensações é a indicação e o reconhecimento de áreas que serão dedicadas à posse exclusiva dos indígenas.

O Alvará de 1.º de abril de 1680 foi destinado ao tratamento das questões relativas aos povos indígenas do Grão-Pará mas, apesar disto, pode ser apresentado como um marco para a legislação dedicada aos problemas indigenistas em geral vez que, pelo Alvará de 8 de maio de 1758, foram estendidas as determinações contidas no Alvará de 1.º de abril de 1680 para todo o Brasil. O § 4.º do Alvará de 1680 determinou fossem destinadas terras aos índios que descessem do sertão. Havia a proibição explícita de que os silvícolas fossem mudados das terras a eles destinadas sem que assim o consentissem. Os índios não estavam obrigados ao pagamento de qualquer tributo por suas terras.

Modernamente, as *terras tradicionalmente ocupadas* pelos indígenas são bens de propriedade da União (CF<sup>16</sup> art. 20, XI). Tais terras são destinadas, à posse permanente dos indígenas e a eles cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em seu interior (CF, art. 231, § 2.º). À União compete demarcar, proteger e fazer respeitar as terras indígenas, (CF, art. 231, *caput*).

Terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são aquelas *por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições*. (CF, art. 231, § 1.º).

<sup>(14)</sup> Manuela Carneiro da Cunha — *Os direitos do índio*, S. Paulo, Brasiliense, 1987, p. 58.

<sup>(15)</sup> Os dados legislativos foram colhidos em Tourinho Neto, Fernando da Costa — *Os direitos originários dos indígenas sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in, Santilli, Juliana, op. cit., p. 9 e *passim*.

<sup>(16)</sup> CF — Constituição Federal.

O § 6.º do art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que: *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 ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé.* O dispositivo constitucional recém mencionado não se constitui em novidade no Direito Brasileiro.

A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo, cabalmente, a nulidade de qualquer título que pretenda traduzir direito de propriedade privada "incidente" sobre terras indígenas. Pontes de Miranda<sup>17</sup> afirma que: *São nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registro anterior de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição. A posse do silvícola pode ser alegada como pressuposto para usucapião.*

José Celso de Mello Filho,<sup>18</sup> sobre o tema, afirma que: *As terras habitadas pelos silvícolas, integrando o patrimônio da União, não podem figurar no registro imobiliário, em nome de particulares. Se isto efetivamente ocorrer, torna-se juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz a existência de título de domínio registrado em nome de terceiros. Como já decidiu o TFR, em tal hipótese, "... prevalece o comando do art. 198, § 1.º, da Constituição Federal, que declarar nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas (Revista do TRF, 104: 237).*

Analisando o problema concernente à incidência de direitos de propriedade sobre terras indígenas e a compreensão que o STF tem sobre o assunto, Gilmar Ferreira<sup>19</sup> observa que: (...) *há que se admitir que as disposições contidas no art. 198 e 4.º, IV da Constituição Federal de 1967/69, apenas explicitam princípios integrantes do nosso Direito Constitucional positivo desde, pelo menos, 1934. Observa-se, a propósito, do disposto no art. 198 da Constituição, assim se pronunciou o Ministro Néri da Silveira, verbis: "Não cabe, dessarte, compreender o § 1.º e o art. 198 da Constituição vigente, no que concerne a negócios jurídicos a eles anteriores, senão como mera forma de índole explicitante, pois, em realidade, antes do seu advento, já seria nulo e sem qualquer efeito, ao menos quanto à ocupação, posse e utilização, o negócio jurídico de concessão ou venda de terras, onde silvícolas estivessem permanentemente localizados. Desde a Constituição de 1934, a posse dos silvícolas estava protegida, quanto às terras onde*

(17) Pontes de Miranda — *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda n. 1 de 1969)*, Rio, Forense, Tomo VI, 1987, p. 457.

(18) José Celso de Mello F.º — *Constituição Federal anotada*, S. Paulo, Saraiva, 1986, 2.ª ed., p. 552.

(19) Gilmar Ferreira — *O domínio da União sobre as terras indígenas*, Brasília, MPF, 1988, p. 70.

*localizados, em caráter permanente. Nessa linha, escreveu Pontes de Miranda, acerca do art. 216, da Carta Política de 1946. Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas é nula.*

Portanto, é fácil constatar que o Direito Brasileiro não reconhece, desde longa data, qualquer direito adquirido sobre terras indígenas e, neste sentido, é juridicamente impossível qualquer reivindicação privada sobre áreas indígenas.

## *2.2 Competências exclusivas do Congresso Nacional*

Importante crítica formulada contra o Decreto 22/91 é aquela que afirma que o mesmo teria disposto sobre bens de domínio da União e que, na forma do art. 48, V da Constituição da República Federativa do Brasil, tal atribuição pertence ao Congresso Nacional e não ao Poder Executivo. O argumento, em síntese, é o seguinte: As terras indígenas são terras públicas federais (CF, art. 20, XI), com uma destinação específica conferida pelo art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil. O art. 48, V da Lei Fundamental da República estabelece que: *Cabe ao Congresso Nacional (...) dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) V — limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União.*

Inicialmente, cumpre observar que ao Congresso Nacional cabe dispor sobre todas as matérias de competência da União. Ora, ao se admitir a tese de que o Decreto 22/91 é inconstitucional pois, dispôs sobre matéria de competência do Congresso Nacional, implicitamente, estaríamos admitindo a tese de que a Carta de 1988 extinguiu o Poder Regulamentar do Poder Executivo e mais, que nenhum Decreto ou Decreto-lei foi recepcionado pela atual Constituição Federal. O que é, evidentemente, absurdo. O próprio Supremo Tribunal Federal, não raras vezes, tem declarado a recepção de Decretos e Decretos-leis; especialmente em matéria tributária, que, como se sabe, contempla a defesa de direitos e garantias individuais; além disso, o inciso I do mesmo art. 48 afirma que compete ao Congresso Nacional dispor sobre *sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas.*

O art. 34, 29 da Constituição de 1891 dispunha que: *art. 34 — Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 29 — Legislar sobre terras e minas de propriedade da União.* O art. 39, 8, e, da Constituição Federal de 1934 dispunha ser da competência exclusiva do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, legislar sobre todas as matérias de competência da União, conforme estabelecido no art. 5.º daquela Carta Constitucional. A alínea *j* do inc. XIX do art. 5.º mencionava, expressamente, os *bens de domínio federal*. O art. 16 da Constituição de 1937, em seu inciso XIV, estabelecia que competia privativamente à União o poder de legislar sobre os *bens de domínio federal*.

A Constituição de 1946, em seu art. 65, IX determinava que: *art. 65 — Compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República: (...) IX — legislar sobre os bens do domínio federal (...).* O art.

66 da Constituição dispunha sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional. Portanto, a Carta de 46 reconhecia duas formas de competência do Congresso Nacional, sendo que apenas uma delas era exclusiva.

A Constituição de 1967, em seu art. 46, VI, determinava que: *art. 46 — Ao Congresso nacional, com a sanção do Presidente da República, cabe dispor, mediante lei, sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: VI — (...) os bens de domínio da União.* O art. 47 estabelecia a competência *exclusiva do Congresso nacional.* A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 manteve a atribuição do Congresso Nacional, art. 43, VI:

A Constituição de 1988, por seu art. 48, V, estabelece que compete ao Congresso Nacional dispor sobre “bens do domínio da União”, já o art. 49 estabelece as competências *exclusivas* do Congresso Nacional. As competências, exclusivas ou privativas, são aquelas que não podem ser delegadas.

Argumenta-se, contra o Decreto 22/91, que a *delegação* para que o Executivo dispusesse sobre Terras Indígenas fora revogada pela Constituição de 1988 e, portanto, o referido Decreto é juridicamente nulo. Tal nulidade resultaria da revogação do art. 19 da Lei 6.001/73.

### 2.2.1 — Art. 19 da Lei 6.001/73. Delegação Legislativa?

O art. 19 da Lei 6.001/73 determina que: *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.* Existiria nesta norma legal qualquer delegação feita pelo Legislativo ao Executivo? Evidentemente que não. Aqui não existe uma delegação legislativa mas, apenas e tão-somente, a determinação para que o Executivo, no uso de seu Poder Regulamentar, disponha sobre o procedimento administrativo a ser adotado para a *identificação e demarcação de terras que já integram o seu domínio.*

A delegação legislativa é, evidentemente, no regime jurídico-constitucional brasileiro, uma excepcionalidade. Na condição de excepcionalidade não pode ser presumida. No regime constitucional de 1969, no qual foi promulgada a Lei 6.001/73, existiam condições bastante claras para que o Congresso Nacional delegasse poderes de sua atribuição tanto para o Poder Executivo, como para uma Comissão do próprio Congresso Nacional. A matéria estava regulada pelos arts. 52 e seguintes daquela Carta. No caso que nos diz respeito interessa examinar a delegação ao Poder Executivo. O artigo de regência é o 54 da Carta de 69, cujo teor é o seguinte: *A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará o seu conteúdo e os termos do seu exercício.* Temos, desta forma, que a delegação legislativa ao Executivo deve ter uma forma determinada que é a Resolução Congressual e, igualmente, deve ter um conteúdo determinado que é constituído pelos limites do exercício do poder delegado. O art. 19 da Lei 6.001/73, sem nenhuma dúvida, não preenche nenhum dos requisitos estabelecidos na Carta de 1969 para que pudesse ser interpretado com o *delegação legislativa.*

Examinemos, porém, a Constituição de 1988 para saber que é possível que, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil vigente,

se compreenda o art. 19 como se delegação legislativa fora. Também não é possível, à luz da atual Constituição Federal identificar delegação no art. 19 do Estatuto do Índio. Com efeito, determina o art. 68, § 2.º, da Lei Fundamental da República: *art. 68 — As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional (...)* § 2.º — *A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.* Como se vê, inexistiram mudanças. Ora, em assim sendo, seja no regime de 1969, seja no regime de 1988 o art. 19 da Lei 6.001/73 nunca foi expressão de delegação legislativa. Ele é, isto sim, a expressão do Poder Regulamentar próprio ao Poder Executivo.

A Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, em seu art. 43, VI, determinava: *art. 43 — Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União: VI — limites do território nacional; espaço aéreo e marítimo; bens de domínio da União.* Pontes de Miranda,<sup>20</sup> ao comentar o dispositivo Constitucional, assim se pronunciou: *Só o Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República, pode legislar sobre bens da União. Mas, com isso, que se estabelece no art. 43, VI, 3.ª parte, da Constituição de 1967, não se pre-excluem as leis-delegadas(...).* À toda evidência que o conteúdo da norma contida no art. 25 do ADCT é o de fazer cessar qualquer efeito de delegação legislativa que tenha sido feita em favor do Executivo pelo Legislativo pré-Constituinte. É necessário ser mais explícito: o que foi declarado extinto pelo art. 25 do ADCT foram as delegações feitas com base nos arts. 52/54 da Constituição de 1967.<sup>21</sup>

Observe-se que, no momento em que o Constituinte pretendeu estabelecer uma competência *exclusiva*<sup>22</sup> do Congresso Nacional em matéria de terras indígenas, isto foi feito. Assim é que o art. 49 da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inc. XVI, determina: *art. 49 — É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XVI — autorizar, em*

(20) Pontes de Miranda — *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*, Rio, Forense, Tomo III, 1987, p. 102.

(21) Constituição de 1967 (EC 1/69) — “art. 52 — As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, comissão do Congresso Nacional ou de qualquer das suas Casas. Parágrafo único — Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, nem os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, nem a legislação sobre: I — a organização dos juizes e tribunais e garantias da magistratura; II — a nacionalidade, a cidadania, os direitos políticos e o direito eleitoral; e III — o sistema monetário. art. 53 — No caso de delegação a comissão especial, sobre a qual disporá o regimento do Congresso Nacional, o projeto aprovado será remetido à sanção, salvo se, no prazo de dez dias de sua publicação, a maioria dos membros da Comissão em um quinto da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal requerer a sua votação pelo plenário. art. 54 — A delegação ao Presidente da República terá forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos do seu exercício. Parágrafo único — Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional.

(22) Portanto idelegável.

*terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.*

Como se sabe, o verbo *dispor* possui inúmeros significados<sup>23</sup> e, evidentemente, o Constituinte não pretendeu proibir o Executivo de arrecadar e demarcar as terras da União. O objetivo é muito outro. O que se proibiu foi a disposição de terras públicas no sentido de sua alienação, de sua transferência. Assim é que o art. 49, XVII da Lei Fundamental da República é bastante explícito no sentido de que a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares depende de prévia autorização congressual.

O Poder Regulamentar não é uma delegação do Legislativo ao Executivo, ao contrário, é uma atribuição inerente à natureza do próprio Poder Executivo e decorre do art. 2.º da Lei Fundamental da República. Delegação legislativa é um conceito jurídico que não pode ser confundido com o conceito de Poder Regulamentar. Examinando o tema referente às leis delegadas, Cretella Jr.<sup>24</sup> assim se pronunciou: *Para que compreenda de modo preciso a delegação legislativa, instituto que diz respeito em concreto, à lei delegada, é preciso ter, como pressupostos, a existência de um poder delegante, de um poder delegado e o objeto da delegação — a lei delegada.* O Poder Regulamentar é inteiramente diverso. Analisando-o sob o ponto de vista constitucional, mais adequado para o nosso estudo, José Afonso da Silva<sup>25</sup> nos lembra que: *O princípio é o que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício da função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto.* A função administrativa, no caso presente, é diretamente subordinada ao art. 231 da Lei Fundamental da República e ao art. 19 do Estatuto do Índio. Como será visto adiante, o Decreto 22/91, apenas e tão-somente, aplicou conceitos legais já existentes em nosso ordenamento jurídico.

### 2.3 *Contraditório e ampla defesa*

Quanto à violação dos princípios do *contraditório* e da *ampla defesa*, estabelecidos no art. 5.º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, igualmente não procede a imputação de inconstitucionalidade. À primeira vista, o argumento impressiona, mas, em realidade, o que pretendem os arautos da tese é criar uma confusão conceitual entre os princípios fundamentais da defesa na esfera do Direito Penal I e do Direito Administrativo disciplinar com os princípios vigentes no âmbito do processo civil e do procedimento administrativo não disciplinar.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o princípio da ampla revisão judicial dos atos administrativos e o da inafastabilidade da apreciação judicial de qualquer violação de direito ou de simples ameaça de

(23) O Dicionário Aurélio Eletrônico registra 32 significados

(24) José Cretella Jr — *Comentários à Constituição de 1988 (arts. 38 a 91)*, Rio, Forense Universitária, Tomo V, 1991, p. 2.714.

(25) José Afonso Silva — *Curso de Direito Constitucional positivo*, S. Paulo, Malheiros, 9.ª ed., p. 372

violação de direitos.<sup>26</sup> Em assim sendo, mesmo que o Executivo pretendesse violar direitos constitucionais, especialmente os do contraditório e da ampla defesa, a Lei Fundamental da República não o admitiria. Vale ressaltar que o Poder Judiciário Brasileiro tem sido bastante firme na defesa dos mencionados princípios quando se trata de matéria penal ou administrativo disciplinar. Ocorre que demarcação de terras indígenas não é processo administrativo disciplinar, nem processo penal. É um mero procedimento administrativo.

Na hipótese em tela não poderia haver *processo* administrativo para a demarcação de terras indígenas, pois, em última análise, quem examinaria a procedência ou não das reclamações feitas pelo interessado seria o próprio Estado-Administração e não o Estado-Juiz. Evidentemente que, no regime constitucional brasileiro não é possível que uma mesma entidade seja parte e julgador em um mesmo processo. Em realidade, não existe lide no interior da Administração Pública. A propósito, vale relembrar as sempre válidas palavras do Min. Moacyr Amaral Santos:<sup>27</sup> *A lide se estabelece entre dois sujeitos, titulares de interesses contrários, um a pretender subordinar o interesse do outro ao próprio e outro a opor resistência a essa pretensão. Ambos interessados. A função de dirimir a lide com justiça, ou seja, conforme a vontade da lei que regula o conflito, terá que ser atribuída a um terceiro sujeito, desinteressado e imparcial, e esse é o Estado. (...) A essa função do Estado se dá o nome de função jurisdicional, ou, simplesmente jurisdição (...).*

Merece ser ressaltado que a própria Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 1/69, ao prever a possibilidade da existência do *sistema de contencioso administrativo* para examinar causas tributárias e previdenciárias jamais admitiu que os tribunais administrativos pudessem examinar causas relacionadas com o direito de propriedade pública ou privada. Aqueles que admitem a existência de *processo administrativo não disciplinar* no Direito Brasileiro, em realidade, admitem que direitos individuais basilares possam ser decididos, definitivamente, no interior da Administração Pública, em concepção evidentemente autoritária. Como se sabe, *o direito de ser ouvido pelos tribunais é assegurado a todos indistintamente, tanto aos que tenham quanto aos que não tenham sofrido qualquer violação ou ameaça de violação a seus direitos, e até mesmo àqueles que, sabendo que não têm direito algum, exijam que o Estado lhes preste cautela jurisdicional, ainda que seja para que o juiz o declare sem direito.*<sup>28</sup>

As regras constitucionais da ampla defesa e do contraditório têm origem na luta pelo estabelecimento de critérios jurídicos capazes de impedir a arbitrariedade e a violência contra os cidadãos. Tais regras, portanto, estão intimamente vinculadas à aplicação de normas penais ou de sanções e punições administrativas. Vale observar que os incs. XXVII/LXVIII do art. 5.º da Lei Fundamental da República são todos voltados para a proteção

<sup>(26)</sup> CF "art. 5.º, XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

<sup>(27)</sup> Moacyr Amaral Santos — *Primeiras linhas de direito processual civil*, S. Paulo, Saraiva, 1.º vol., 5.ª ed., 1977, p. 12.

<sup>(28)</sup> Ovídio Baptista da Silva — *Curso de processo civil*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, vol. 1, 1987, p. 71.

da liberdade individual contra prisões ou apenamentos arbitrários. Já a proteção aos direitos de propriedade e do proprietário está contemplada nos incs. XXII/XXXI do mesmo art. 5.º.

A própria localização topográfica do inc. LV do art. 5.º nos demonstra que o mesmo não está voltado para a proteção da propriedade. O inc. LV do art. 5.º é uma explicitação de princípios que já se encontravam implícitos nas Constituições anteriores.<sup>29</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal historicamente, sempre tem compreendido que a norma tem o nítido conteúdo de defesa da liberdade individual e da apuração isenta de falta disciplinar. A propósito, vale trazer à colação a lição do Professor Cretella Jr.:<sup>30</sup> *Em 22 de julho de 1936, o Supremo Tribunal Federal, então denominado Corte Suprema, julgando arguição de inconstitucionalidade de dispositivo de processo civil, diante da Constituição de 1934, vigente, art. 113, § 23, que assegurava aos acusados ampla defesa, manifestou-se pelo voto do Relator, e firmou, para sempre, o princípio de que a Carta consagra garantias a réus, em processos criminais, ou acusados de crime, propriamente ditos, e não cogita de estabelecer nenhuma norma fundamental para o direito civil. Assim em 1934, art. 113, § 24, como já, antes, em 1891, art. 72, § 15 e, como depois, em 1937, art. 122, § 11; em 1946, art. 141, § 25; em 1967, art. 150, § 15; em 1969, art. 153, § 15; em 1988, art. 5.º, inc. LV "Ampla defesa" é regra peculiar a processo em que o Estado acusa e não existe em processo no qual o Estado, por meio de magistrado, é estranho à lide, procurando dar razão a quem a tem. No processo administrativo, que alguns denominam de inquérito administrativo, "é necessária a ampla defesa para demissão de funcionário admitido por concurso" (Súmula 20 do STF), sendo "nula a demissão de funcionário com base em processo administrativo no qual não lhe foi assegurada ampla defesa" (STF, em RDA, 73: 136); porque em inquérito administrativo, destinado a apurar a falta de funcionário e aplicação da pena de demissão, a ampla defesa deve ser-lhe assegurada (STF, em RDA 47: 108)."*

O Min. Celso Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o art. 153, § 15, da Constituição de 1969 assim se pronunciou: *O STF, ao interpretar a regra em análise, decidiu que: "a defesa a que alude o § 15 do art. 153, da EC 1/1969, é a defesa em que há acusado; portanto, em processo penal ou processo fiscal-penal..." (RTJ 83: 385). Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender. A preterição do direito de defesa torna irritó e nulo o ato punitivo (RT, 239, 255). Contra: RT 296, 555 (entendeu-se, nesse acórdão, que a garantia constitucional de ampla defesa refere-se, apenas, ao processo penal, sendo inaplicável ao procedimento administrativo). Essa decisão, que é bastante restritiva, limita indevidamente o alcance da tutela constitucional.*<sup>31</sup>

<sup>(29)</sup> CF de 1967 (EC 1/69) — art. 153, § 15 — *A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado, nem tribunais de exceção.*

<sup>(30)</sup> José Cretella Jr. — *Comentários à Constituição de 1988 (arts. 1.º a 5.º LXVII)*, Rio, Forense Universitária, 1989, p. 534.

<sup>(31)</sup> José Celso Mello Filho — *Constituição Federal Anotada*, S. Paulo, Saraiva, 1986, 2.ª ed., p. 449.

O maior dos comentadores das Constituições Brasileiras, Pontes de Miranda,<sup>32</sup> cujas concepções democráticas são de todos conhecidas, assim lecionou: *A defesa a que alude o § 15 é a defesa onde há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial.* De resto, há uma unanimidade doutrinária quanto à extensão do conceito de ampla defesa e do contraditório existentes no texto constitucional de 1969.<sup>33</sup>

Poder-se-ia argumentar que o texto da Constituição de 1988 trouxe uma inovação significativa, pois menciona expressamente o *processo administrativo* e se utiliza do vocábulo litigantes. Tais acréscimos, contudo, nada mais foram do que a explicitação de princípios implicitamente contidos nas Constituições anteriores, como já ficou demonstrado acima. A propósito, vale o comentário da profa. Ada Pellegrini Grinover:<sup>34</sup> *Numa visão não estritamente jurisdicional, mas processual, abrangente, portanto, não apenas nos processos que são instrumento de ação jurisdicional, mas, também, de outros processos ("procedimentos") em que se garanta o direito de defesa, não se pode deixar de lado o processo administrativo disciplinar a que, muito embora não haja o exercício de função jurisdicional, se aplica a garantia constitucional expressa de direito de defesa.*

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva,<sup>35</sup> atentos que estavam às ampliações terminológicas do princípio do contraditório estabelecidas pela Carta de 1988, anotaram: *Em princípio, pois, não há senão que se tecer encômios a este alargamento. Por mais que, em certos casos, ele possa se afigurar desnecessário, ou mesmo desprezível, o certo é que calha muito bem em um Estado de Direito que ninguém seja apenado senão de uma defesa contraditória.* Em igual sentido é o pensamento de José Afonso da Silva.<sup>36</sup>

Portanto, *contraditório e ampla defesa são princípios constitucionais destinados à defesa de acusados em matéria penal ou administrativo-disciplinar. Tais princípios não se aplicam a outros tipos de procedimento, como é tradicional no Direito Brasileiro.*

### 3. A demarcação administrativa de terras indígenas

A demarcação das terras indígenas, repita-se, é uma imposição constitucional, dirigida ao Poder Executivo e cujo cumprimento é de obrigatoriedade inafastável. A demarcação administrativa das terras indígenas tem sido regida, ao longo do tempo, por diversos diplomas legais. Todas

<sup>(32)</sup> Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda n. 1 de 1969)*, tomo V, Rio, Forense, 1987, pp. 236-237.

<sup>(33)</sup> Said Maluf — *Direito Constitucional*, SP, Sugestões literárias, 16.ª ed., 1984, pp. 429 e ss., Barbosa Moreira, J. C. — *Temas de Direito Processual*, SP, Saraiva, 1984, pp. 66/7.

<sup>(34)</sup> Ada Pellegrini Grinover — *O Processo em Sua Unidade II*, Rio, Forense, 1984, p. 64.

<sup>(35)</sup> Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Silva — *Comentários à Constituição do Brasil*, S. Paulo, Saraiva, 2.º vol., 1989, p. 266.

<sup>(36)</sup> José Afonso Silva — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. Paulo, Malheiros, 9.ª ed., 3.ª tiragem, 1993, p. 378.

ostentando a forma de *decreto*. Doravante, passaremos a examinar como tem sido o “processo” administrativo de demarcação das terras indígenas. É possível adiantar-se o fato de que todos os decretos em questão tiveram o seu período de vigência nos regimes constitucionais anteriores e, como já foi exaustivamente examinado, a Constituição de 1988 não trouxe qualquer inovação de fundo quanto à tramitação, direitos e garantias a serem observados nos procedimentos administrativos. O que foi feito, repita-se, foi a explicitação dos direitos *implicitamente* contidos nas Constituições anteriores quanto à apuração de infrações disciplinares cometidas por servidores públicos.

O Decreto 76.999, de 8 de janeiro de 1976 que *dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências* estabelecia o seguinte procedimento para a demarcação das terras indígenas: a) reconhecimento prévio da área a ser demarcada, b) nomeação de grupo de trabalho formado por um antropólogo e um engenheiro ou agrimensor que apresentará relatório; c) o relatório é apresentado ao presidente da Fundação Nacional do Índio — FUNAI para a provação; d) demarcação administrativa e homologação. Para a atuação do grupo de trabalho foram fixados os seguintes critérios a serem observados: atendimento da situação atual e o consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação dos índios. O Decreto determinava, ainda, fossem publicados e afixados editais para conhecimento do início dos trabalhos de demarcação por parte dos confinantes.

O Decreto 88.118, de 23 de fevereiro de 1983 que *dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências*, estabeleceu o seguinte procedimento a ser observado pela Administração Pública: a) reconhecimento e delimitação das áreas; b) exame da proposta de demarcação por grupo de trabalho composto por representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio — FUNAI e outros órgãos que forem julgados convenientes que emitirá parecer conclusivo; c) decisão conjunta dos Ministros do Interior e dos Assuntos Fundiários; d) remessa da proposta aprovada ao Presidente da República; e) decreto presidencial delimitando a área que será demarcada. O decreto estabelece, ainda, por seu art. 2.º, § 2.º que os levantamentos deverão levar em consideração para que seja definida a área indígena *o consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação e a situação atual, indicando, quando for o caso, a presença de não índios na área proposta, bem como a existência de benfeitorias, povoados ou projetos oficiais*.

A legislação anterior foi revogada pelo Decreto 94.945, de 23 de setembro de 1987, que *dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências*. O decreto, ora examinado, estabelecia os seguintes procedimentos a serem cumpridos para que uma área indígena fosse demarcada: a) reconhecimento e delimitação a serem realizados por equipe técnica; b) após o exame do trabalho da equipe técnica a Fundação Nacional do Índio — FUNAI propõe a demarcação; c) A proposta de demarcação é examinada por grupo de trabalho interministerial que emitirá parecer; d) o parecer é submetido à consideração dos Ministros do Interior, da Reforma e do Desenvolvimento Agrário e quando se tratar de Faixa de Fronteira, também, ao Secretário-Geral do Conselho de Segurança

Nacional; e) Aprovada a proposta é baixada Portaria Interministerial declarando a área de ocupação indígena e estabelecendo seus limites; f) demarcação administrativa pela Fundação Nacional do Índio — FUNAI; g) homologação da demarcação pelo Presidente da República. O art. 3.º, em seu § 3.º estabelecia que: *em função do exame procedido e levado em consideração o interesse público, os interesses indígenas, os problemas sociais e outros, o Grupo de trabalho Interministerial poderá sugerir o reestudo da área proposta.*

O polêmico Decreto 22/91, que *dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências*, estabelece o seguinte procedimento a ser adotado: a) estudos e levantamentos para fins de identificação por grupo técnico; b) o grupo técnico é coordenado por antropólogo e deverá realizar estudos etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários, o grupo indígena envolvido deve participar do processo; c) o grupo técnico apresenta relatório à Fundação Nacional do Índio — FUNAI; d) aprovado o relatório, a Fundação Nacional do Índio — FUNAI determina a sua publicação no *Diário Oficial da União*, incluindo as informações recebidas; e) após a publicação o *processo (rectius: o relatório encaminhado pelo grupo)* de demarcação é encaminhado ao Ministro da Justiça, que poderá solicitar informações adicionais a serem prestadas em 30 dias; e) aprovado o processo (*rectius: o relatório encaminhado pelo grupo*), o Ministro da Justiça, por Portaria, declara os limites da área indígena a ser administrativamente demarcada; f) a demarcação é submetida à homologação do Presidente da República. Dentre as diversas disposições do Decreto 22/91 destacam-se, ainda, aquelas que determinam o reassentamento prioritário de todos os ocupantes não índios das terras indígenas (art. 4.º), a possibilidade de utilização de estudos e levantamentos anteriormente realizados, desde que coerentes com o novo decreto e que isto tenha sido permitido pelo grupo indígena envolvido (art. 3.º) e, a possibilidade de interdição provisória de áreas nas quais se encontrem grupos de índios isolados (art. 8.º) ou de outras em que a interdição se faça necessária, para a preservação da integridade dos índios e dos respectivos territórios.

Vale ressaltar que o Decreto 22/91 admite que os interessados não indígenas possam intervir no processo de demarcação. Visando a assegurar-lhes a defesa de eventuais direitos de terceiros, o § 7.º do Decreto determina a publicação do relatório que caracteriza a terra indígena a ser demarcada. As impugnações ao relatório podem ser feitas no prazo de 30 dias (§ 8.º). Somente após o prazo do § 8.º é que o Ministro da Justiça determinará a demarcação da Terra Indígena. Relewa notar que, mesmo após terem sido demarcadas, as terras indígenas, ainda, dependem da homologação do Presidente da República. Existem, portanto, três momentos nos quais os eventuais interessados podem opor sua irrisignação ao processo de demarcação. A homologação presidencial, como se sabe, tem a função de realizar um último controle de legalidade no âmbito do Poder Executivo.

O que se pode verificar, tranqüilamente, é que, embora sem exigência constitucional, o Decreto 22/91 assegurou um amplo espectro de participação para todos os interessados na eventual declaração de uma área como de ocupação tradicional indígena. Vale ressaltar, ademais, que quando da ocasião do registro da área demarcada será dada publicidade ao título.

Inexistindo diferenças ontológicas entre os conceitos de *processo* administrativo que tradicionalmente têm sido reconhecidos pelas Constituições Brasileiras, pela legislação e pela doutrina especializada e, reconhecendo-se que há uma evidente similitude entre os quatro decretos presidenciais que, sucessivamente, disciplinaram o tema, não se pode admitir qualquer vestígio de inconstitucionalidade no Decreto 22/91. O que se observa, claramente, é que o Decreto 22/91 é aquele que admite a maior participação de *todos* os interessados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. Por outro lado, é o Decreto que estabelece um sistema menos burocrático e mais ágil, portanto.

#### Quadro comparativo entre os Decretos

	Dec. 76.999/76	Dec. 88.118/83	Dec. 94.945/87	22/91
1 — Participação dos indígenas	Não	Não	Não	Sim
2 — Publicação do relatório do grupo de trabalho técnico	Não	Não	Não	Sim
3 — Determinação de reassentamento de ocupantes não indígenas	Não	Não	Não	Sim
Homologação Presidencial	Sim	Sim	Sim	Sim
4 — Critérios a serem utilizados na demarcação	Consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação indígena e a situação atual	Consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação e a situação atual, bem como a existência de não índios, povoados e projetos oficiais na área	A antiguidade da ocupação indígena e a existência de benfeitorias povoados e projetos oficiais	Estudos etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários
5 — Registro no Cartório Imobiliário local	Sim	Sim	Sim	Sim
6 — Publicação de Edital para ciência dos confrontantes	Sim	Não	Não	Não

Por fim, é importante verificar uma lição do Direito Comparado, em matéria de tutela dos direitos indígenas: *To compensate for the disadvantage at which the treaty-making process placed the tribes, and to help carry out the federal trust responsibility, the Supreme Court has fashioned rules of construction sympathetic to Indian interests. Treaties are to be construed as they were understood by the tribal representatives who participated in their negotiation*<sup>37</sup> (Para compensar as desvantagens sofridas pelos índios no processo de realização dos tratados e para preservar as responsabilidades federais sobre as terras indígenas, a Suprema Corte desenvolveu regras de interpretação favoráveis aos interesses indígenas. Os tratados devem ser interpretados tal como era compreendidos pelos representantes tribais que participaram de sua negociação).

#### 4. Conclusão

O Decreto 22/91 é plenamente constitucional, pois:

a) como ficou demonstrado, em sua edição o Poder Executivo não invadiu qualquer área de atribuição exclusiva do Congresso Nacional;

b) o art. 19 do Estatuto do Índio não é delegação legislativa, nos termos da Constituição de 67/69 ou nos termos da Constituição de 1988;

c) não foi violado o princípio do contraditório e da ampla defesa estabelecidos pelo art. 5.º, LV, da Lei Fundamental da República, pois tais princípios são válidos para o processo penal, processo administrativo disciplinar e para o processo fiscal tributário, como é antiga tradição no Direito Brasileiro;

d) ante a inexistência de direitos adquiridos sobre terras indígenas, inexistente qualquer direito de propriedade privada violado;

e) as novas medidas introduzidas no procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas são plenamente compatíveis com as leis vigentes no País e com a Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>(37)</sup> William Canby Jr. — *American Indian Law*, St. Paul, West, 1994, p. 88.