

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº , DE 2008
(Do Sr. Homero Pereira)

Susta o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica susgado o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

De acordo com o art. 84, IV, da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República *“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”*. Amparado por essa norma constitucional, o Poder Executivo editou em 8 de janeiro de 1996, o Decreto nº 1.775, com o objetivo de regulamentar o processo de demarcação das terras indígenas.

No entanto, em que pese se revestir de aparente legalidade, o Decreto presidencial exorbita do poder regulamentar, e, por isso, se insere nas hipóteses do art. 49, V, da Constituição Federal, que outorga competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustá-lo, por meio de decreto legislativo.

De fato, o Decreto nº 1.775, de 1996, tem vícios insanáveis, e, como se demonstrará nesta Justificação, exorbita do poder regulamentar.

A Constituição de 1988 estabelece no art. nº 231 a política indigenista a ser adotada no País. Até a presente data, tal matéria não foi regulamentada por norma legal infraconstitucional. A Lei 6.001 – Estatuto do Índio - foi promulgada em 1973, sob a vigência da Constituição de 1969. Ela foi recepcionada pela Constituição de 1988 apenas nas matérias que não colidem com a nova Carta, o que significa que há uma lacuna normativa que deverá ser preenchida por lei, com o fim de regulamentar ou adaptar o antigo regime jurídico às inovações introduzidas pela nova Carta.

Com o objetivo de regulamentar a demarcação das terras indígenas, foi editado o Decreto nº 1.775, de 1996. Segundo a doutrina jurídica, o regulamento tem por objetivo dispor sobre matéria meramente administrativa com vistas à execução de uma lei, não lhe sendo própria a função de inovar, isto é, criar normas novas que não estejam previstas em lei.

No entanto, o Decreto nº 1.775, de 1996, não se restringe a regulamentar a lei. Pelo contrário, invade a competência legislativa, inovando, criando e extinguindo direitos, em flagrante violação do art. 84, IV, da Constituição, e, por conseguinte, exorbitando do poder regulamentar.

Inicialmente, devemos considerar que os fundamentos legais mencionados no decreto não tratam da matéria que se propõe a regulamentar. Vejamos:

- 1) **Art. 2º, IX, da Lei nº 6.001**, de 19 de dezembro, de 1973, que dispõe o seguinte:

“Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

.....
IX – garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes”.

Verifica-se que a norma mencionada não trata da matéria a ser regulamentada, qual seja a demarcação das terras indígenas

- 2) **O art. 17, I, da Lei nº 6.001**, de 1973, que dispõe o seguinte:

“ Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I – as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição”.

O dispositivo mencionado, além de se referir aos *silvícolas* (art. 17, I) não foi recepcionado pela Constituição de 1988, porque não se coaduna ao novo ordenamento constitucional, art. 231, § 1º que define as terras indígenas passíveis de demarcação.

- 3) **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:**

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública. O Decreto 1775, de 1996, é anterior à lei, e com ela não se harmoniza.

- 4) **Art. 231, da Constituição Federal**, que dispõe o seguinte:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

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

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional,

ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

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

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

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

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

Os parágrafos 3º e 6º são sujeitos a regulamentação e já existem proposições em tramitação no Congresso Nacional destinadas a regulamentá-los. Os demais artigos são auto-aplicáveis, não dependem de regulamentação. No entanto, não podem ser interpretados, nem mesmo por lei, quanto mais por decreto. Devem ser, apenas, cumpridos.

O Decreto é silente quanto aos parâmetros estabelecidos, no art. 231, § 1º, pelos quais a Constituição distingue as terras indígenas das demais.

No entanto, ao dispor sobre o rito processual da demarcação das terras indígenas, o Decreto 1.775, de 1996, limita-se a estabelecer como **fundamento** das demarcações das terras indígenas “os trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida”, (art. 2º), e nada mais do que isto, desconsiderando os critérios impostos pela Constituição Federal para o reconhecimento de uma terra indígena.

O passo seguinte do processo é a constituição de “*grupo técnico especializado*”...” com a finalidade de realizar estudos complementares” (art. 2º, § 1º), que apresentará relatório circunstanciado à FUNAI, que o publicará (art. 2º, § 6º e § 7º), cabendo ao órgão indigenista encaminhá-lo ao Ministro da Justiça, que **editará Portaria**, declarando os limites das terras indígenas e *prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias*.

No art. 2º, § 8º e 9º, estabelece que “*poderão*” os Estados, municípios e demais interessados manifestar-se para o fim de pleitear indenização ou demonstrar vícios do relatório, cabendo à FUNAI encaminhar ao Ministro da Justiça os *pareceres relativos às razões e provas apresentadas*.

Destacamos a exorbitância do poder regulamentar do decreto presidencial em, pelo menos, três situações especiais, assim caracterizadas: a) quanto à **fundamentação** da demarcação; b) quanto ao **contraditório e à ampla defesa**; c) quanto à **natureza jurídica da Portaria** do Ministério da Justiça.

a) Quanto à **fundamentação** do processo de demarcação:

De acordo com o que estabelece o decreto, a demarcação se fundamentará em trabalhos antropológicos, cabendo ao antropólogo coordenar o grupo técnico especializado que realizará o relatório circunstanciado, pelo qual determinada terra indígena será delimitada, para todos os fins de direito.

Ao outorgar competência a antropólogo para definir o perímetro de determinada terra indígena, sem estabelecer os critérios de avaliação e os procedimentos que ele e seu grupo de trabalho devem adotar para proceder à discriminação das terras indígenas, em atendimento ao art. 231, § 1º, da Constituição, além de desconsiderar a norma constitucional como diretriz do processo demarcatório, dá ensejo ao abuso de poder do agente público, que não está obrigado pautar o Laudo antropológico e os trabalhos complementares por parâmetros previamente fixados.

Não compete à Administração Pública interpretar o art. 231, § 1º, mas, apenas, cumpri-lo. A norma constitucional define as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que são, portanto, passíveis de

reconhecimento e de demarcação. São “as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. À Administração Pública não é dada a competência para, como já dissemos, interpretar extensivamente o texto constitucional. Cabe-lhe apenas cumprir o que ali está escrito, sem tergiversar.

b) Quanto ao direito ao **contraditório e à ampla defesa**:

O decreto exorbita de seu poder regulamentar, quando reduz o direito de defesa dos cidadãos a uma simples manifestação, que será submetida à apreciação da FUNAI. Ora, a FUNAI é, ao mesmo tempo, a autoridade que pratica e julga seus próprios atos. Assim, o art. 2º, § 8º do Decreto não passa de um formalismo burocrático, que não assegura o direito da ampla defesa, muito menos prevê qualquer possibilidade de se estabelecer o contraditório, na forma garantida pelo art. 5º da Constituição.

O Decreto 1.775, de 1996, ao restringir o direito ao contraditório e à ampla defesa, impede que os questionamentos relacionados aos direitos e garantias fundamentais sejam considerados e analisados por autoridade imparcial ou hierarquicamente superior, entre os quais enumeramos os seguintes:

“Art. 5º.....

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, **por determinação judicial**; (nosso grifo)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

LIV – ninguém será privado de liberdade ou de seus bens **sem o devido processo legal**; (nosso grifo)

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”.

Destarte, configura-se o caráter arbitrário do Poder Executivo, que, por ato unilateral, em flagrante restrição do direito do contraditório e da ampla defesa, extingue direitos individuais, sem o justo julgamento e o devido processo legal.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV, dispõe que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*. No entanto, num *piscar-de-olhos*, os antropólogos e burocratas da FUNAI conseguem extinguir centenas de propriedades rurais, moradias, e concentrações urbanas, por ato discricionário, à revelia dos direitos constitucionais do cidadão, que lhes são negados pelo mencionado Decreto nº 1.775, de 1996.

c) Quanto à natureza jurídica da Portaria do Ministério da Justiça:

Realçamos, desde já, que os órgãos da Administração Pública poderão expedir **PORTARIAS** para execução de ordens emanadas pelos chefes ou superiores hierárquicos, não lhes sendo próprios os atos normativos, mas apenas os ordinatórios.

No entanto, a edição de Portaria pelo Ministério da Justiça, nos termos estabelecidos pelo art. 2º, § 10 do Decreto 1.775, de 1996, constitui exorbitância do poder regulamentar, visto que o regulamento, sem fundamento legal ou apoio na Constituição, outorga ao Ministério da Justiça o poder de constituir e extinguir direitos. Sabemos que os atos de natureza jurídica normativa não se confundem com as portarias, que, por sua vez, têm natureza jurídica ordinatória. No caso em questão, o Decreto determina a edição de Portaria, cuja natureza jurídica é de decreto, que é ato normativo. Não por acaso, De Plácido e Silva (*in: Vocabulário Jurídico*), alerta para o abuso comum no âmbito da Administração Pública de *“atribuir-se à portaria, que sempre deveria ter o caráter de ordem de serviço ou de determinação de providência de caráter administrativo, valor superior à lei ou aos regulamentos instituídos, para alterá-los, modificá-los e, por vezes, substituir suas regras. Dessa maneira, atribui-se à portaria poder que não lhe é assegurado nem instituído legalmente.”*

Diante do exposto, apresentamos nossa proposição, com o objetivo de sustar o Decreto nº 1.775, de 1996, na forma estabelecida pelo art. 49, V, da Constituição Federal.

Sala das Sessões, em de de 2008.

Deputado HOMERO PEREIRA