



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre nº 1575
Livro A nº 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço
address
dirección

Caixa Postal 2857
90.000 – Porto Alegre – RS
Brasil

TERRAS INDÍGENAS: TERRAS OCUPADAS E ÁREAS RESERVADAS

Recentes propostas governamentais, pretendendo iniciar a prática de designação de colônia agrícola indígena ou território federal indígena, na Amazônia, em eventual substituição à de marcação das terras indígenas, ensejam a avaliação jurídica das peculiaridades das diversas figuras legais envolvidas, bem assim de suas decorrências.

Das terras dos Índios trata o Título III da Lei nº ... 6.001, de 19 DEZ 1973 (Estatuto do Índio), nos arts. 17 a 38. A lei distingue claramente três naturezas que podem revestir as terras indígenas: terras ocupadas (por referência ao art. 198 da Constituição Federal), de que trata o Capítulo II daquele título (artigos 22 a 25); áreas reservadas (Capítulo III, arts. 26 a 31); e terras de domínio indígena (Capítulo IV, arts. 32 a 33). Nos capítulos restantes, trata-se das disposições gerais (Capítulo I, arts. 17 a 21) e da defesa das terras indígenas (Capítulo V, artigos 34 a 38). Estas últimas, com as primeiras, são prescrições que se aplicam às terras indígenas em geral, independentemente da natureza que assumam.

Para este estudo, importa verificar a conceituação e alcance daquilo que a lei entende por terras ocupadas e áreas reservadas.

Na definição legal (art. 23 da Lei nº 6.001/73), a posse indígena sobre as terras ocupadas é

... a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições, detem e onde habita ou exerce atividade

Indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

Nestas terras garante-se aos índios, independentemente de demarcação (art. 25 da Lei nº 6.001/73), sua posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes, sendo elas bens inalienáveis da União (artigos 4º, IV, e 198, da Constituição Federal; art. 22 da Lei nº 6.001/73).

Sobre elas, leciona Raymundo Laranjeira (Direito Agrário: perspectivas críticas. São Paulo, LTr, 1984, pág. 187):

Terras de posse indígena

São aquelas que os nossos autóctones detêm, lícitamente assenhoreados pelos mesmos, em face do justo título manifestado no fato da ocupação, reconhecido, formalmente, por expressas disposições de lei. Efetivamente, a legislação brasileira, quer atentando para as terras de habitação e detenção atual ou de ocupação imemorial das tribos (...) lega aos nativos o direito de permanecerem nesses terrenos.

Sobre estas mesmas terras ocupadas, já se pronunciaram os tribunais. No julgamento da apelação cível nº 31.078-MT, apreciada pela 3ª. Turma do TFR, afirmou o Relator, Ministro Adhemar Raymundo (voto):

O patrimônio indígena existe, independentemente da prática de atos de posse, no sentido civilístico do vocábulo, mas na exata significação da extensão territorial, reservada para a vida de uma gente,

ANAÍ



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre nº 1575
Livro A nº 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço
address
dirección

Caixa Postal 2857
90.000 – Porto Alegre – RS
Brasil

cuja sobrevivência interessa aos estudiosos.

(...)

Os silvícolas, ocupantes de extensos tratos de terra, sempre viveram, no seu habitat, dada a anciandade de sua fixação no território brasileiro. (...) As Constituições republicanas lhes asseguraram o direito de ocupá-las, como patrimônio da União, que lhes outorgou, em caráter definitivo, o usufruto das mesmas. Daí o caráter de inalienabilidade destas terras, para que se respeitasse o patrimônio de uma gente, direi melhor de um povo, ocupante de verdadeiros territórios, antes mesmo da descoberta do nosso rincão. As leis maiores, no Brasil, consagravam aos Índios o respeito aos seus direitos de primitivos ocupantes do território brasileiro...

No recurso extraordinário nº 44.585-MT, sobre esta mesma natureza de terras - as ocupadas - asseverou o Ministro Victor Nunes Leal, em seu voto (STF, Tribunal Pleno):

Aqui não se trata do direito de propriedade de comum; o que se reservou (no texto constitucional) foi o território dos Índios.

(...)

O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, mas para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual. Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem

de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo (parenteses nossos).

Observe-se que os votos citados foram vencedores. Portanto, o entendimento que se tem sobre as terras ocupadas, a que se refere o art. 198 da Constituição Federal, é o de que elas são o habitat, o território dos índios que as ocupam, e que sobre elas têm direitos de há muito reconhecidos. E, embora a garantia a tais direitos independa de demarcação, estabeleceu-se o dever do Poder Executivo de as demarcar (arts. 19 e 65 da Lei nº 6.001/73).

Outras, em princípio, são as áreas reservadas. Nas definições da lei (art. 26 da Lei nº 6.001/73),

A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo NÃO SE CONFUNDEM COM AS DE POSSE IMEMORIAL DAS TRIBOS INDÍGENAS, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades:

- a) reserva indígena;
 - b) parque indígena;
 - c) colônia agrícola indígena;
 - d) território federal indígena.
- (grifos nossos).

Prossegue a lei, definindo cada uma das modalidades elen-

ANAI



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre n.º 1575
Livro A n.º 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço
address
dirección

Caixa Postal 2857
90.000 – Porto Alegre – RS
Brasil

casas (respectivamente, arts. 27, 28, "caput", 29 e 30 da Lei nº 6.001/73):

Reserva Indígena é uma área destinada a servir de "habitat" a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.

Parque Indígena é a área contida em terra na posse de Índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e belezas naturais da região.

Colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao Índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.

Território federal indígena é a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por Índios.

Como se vê, é a própria lei que distingue, expressamente, as terras de posse imemorial das áreas preservadas. Há todo um rol de disposições acerca daquelas, incluída a obrigação de as demarcar, que não se ofusca com o eventual estabelecimento de áreas reservadas.

Não há, pois, na lei, critério para o dimensionamento

das áreas reservadas; admite-se que uma de suas possíveis configurações - parque indígena - seja área CONTIDA em terra na posse dos Índios. Esta particularidade assume importância, porque implica, necessariamente, afirmar que, quanto à sua dimensão e localização, nem sempre as áreas reservadas coincidem com as terras ocupadas. Implica, também, dizer que estas não se confundem com aquelas, ou seja, não pode a União, ao invés de garantir e demarcar a terra ocupada por determinado grupo indígena, simplesmente estabelecer em prol deste uma área reservada qualquer - a menos que, de fato, a área reservada se sobreponha à terra ocupada, considerada esta à luz dos critérios do art. 23 da Lei nº 6.001/73, com os suprimen-
tos dos votos dos ministros supra transcritos.

A distinção vem de longe, e é tranqüila na legislação que, antes do Estatuto do Índio, cuidou dos direitos indígenas.

Se nos valermos de João Mendes Júnior, emérito jurista cujo saber e clarividência ligaram o século presente ao anterior, a especialização de cada figura inicia em 1680, com o Alvará Régio de 19 de abril.

Naquele Alvará, o Rei, que detinha o poder de modo absoluto, mandou respeitar a terra dos Índios quando se fizessem concessões de sesmarias a terceiros porque, em relação às terras onde viviam, reconheceu que eles eram os naturais e primários senhores delas.

A mesma determinação foi repetida na Lei de 06 JUN 1755, promulgada por Dom José I. Foi, portanto, reconhecido o DOMÍNIO em favor dos Índios, sobre as terras que habitavam. Aí está, sem dúvida, a gênese do art. 198 da atual Constituição, que à sua vez foi precedido por letra similar nas Constituições anteriores, desde a de 1934. Houve, apenas, que agora, por expressa determinação constitucional, os Índios já não têm o domínio destas terras - que se atribuiu à União - tendo, delas, a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas e-

ANAÍ



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre n.º 1575
Livro A n.º 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço
address
dirección

90.000 -- Caixa Postal 2857
Porto Alegre -- RS
Brasil

xistentes.

Com o advento da Lei nº 601, de 18 SET 1850 (Lei de Terras), criou-se a figura da área reservada, como se lê no seu art. 12, 1º:

O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias:

1º Para a colonização dos indígenas.

Ora, evidentemente não há que confundir as terras dos índios - que, na época, eram titulares de domínio pleno (confira-se, sobre a validade do Alvará de 1680 e da Lei de 06 JUN 1755, mesmo com a edição da Lei de Terras, em J.P.M. Vasconcellos, in "Livro das Terras ou Collecção da Lei, Regulamentos e Ordens", 4a. edição, Rio de Janeiro, H. Laemmert & C., 1885, pág. 11, nota 11 no rodapé), com estas outras terras, que das devolutas seriam reservadas à colonização dos indígenas, justamente porque as terras indígenas NÃO ERAM DEVOLUTAS.

Nas magistrais lições de João Mendes Júnior (Os Indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos. São Paulo, Typ. Hennies Irmãos, 1912, págs. 56 a 62),

A Lei reservou das terras devolutas as necessarias não só para fundação de povoações e abertura de estradas e mais fundações publicas, como para a colonisação dos indígenas.

O Regulamento n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, bem interpretando a intenção da Lei, declarou que essas terras são reservadas para colonisação e "aldeamento dos indígenas nos districtos que existirem hordas selvagens" (art. 72 a 75). Bem se compreende que o legislador não julgou necessa

rio subordinar os índios aldeados, mesmo nos districtos onde existem hordas selvagens, às formalidades da legitimação de sua posse; pois, o fim da lei era mesmo o de reservar terras para os índios que se aldeassem. Mas, nas demandas entre posseiros e indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exhibam os registros de suas posses. Parece-nos, entretanto, que outra é a solução jurídica: - Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por elles occupadas, si já não fossem delles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hypothese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1 de Abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro.

(...)

Não quero chegar até o ponto de affirmar, como P.J. PROUDHON, nos *Essais d'une philos. populaire*, que - "o indigenato é a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial"; mas, sem desconhecer as outras fontes, já os philosophos gregos affirmavam que o indigenato é um título congenito, ao passo que a occupação é um título adquirido. Comquanto o indigenato não seja o única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1º de Abril de 1680, "a primaria, naturalmente

ANAÍ



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre n.º 1575
Livro A n.º 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço
address
dirección

Caixa Postal 2857
90.000 – Porto Alegre – RS
Brasil

e virtualmente reservada", ou, na phrase de ARISTOTELES (Polit., I, n. 8), - "um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento". Por conseguinte, o *indigenato* não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem.

O Indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitue o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto PAULO (Dig., tit. de acq. vel. amitt. possess., L. 1), a que se referem SAVIGNY, MOLITOR, MAINZ e outros romanistas; mas, o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 19 de Abril de 1680, como *direito congénito*. Ao *indigenato*, é que melhor se applica o texto do jurisconsulto PAULO: - *quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*.

São estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de occupante (art. 3º da Lei de 18 de Setembro de 1850); ora, a *ocupação*, como titulo de aquisição, só pôde ter por objecto a cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A *ocupação* é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictae* (confirmam-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de acq. rerum domin., L. 3, e tit. de acq. vel. amitt. poss., L. 1); ora, as terras de indios, *congenitamente* apropriadas,

não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquillo que lhes é congenito e primario, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um titulo *immediato* de dominio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado.

O art. 24 do Decr. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, explicando o pensamento da Lei, claramente define, no § 1º, que, em relação "às posses que se acharem em poder de *primeiro occupante*", estão sujeitas a legitimação aquellas "que não têm outro titulo senão a sua occupação". Esse § 1º do art. 24 do cit. Decr. de 1854 reconhece, portanto, a existencia de *primeiro occupante que tem titulo distincto da sua occupação*. E qual pôde ser esse *primeiro occupante, com titulo distincto da sua occupação*, senão o indigena, aquelle que tem por titulo o *indigenato*, isto é, a *posse aborigene*? O Decr. de 1854 repetiu desse modo o pensamento do Alv. de 1º de Abril de 1680: "quero se entenda ser reservado o prejuizo e direito dos índios, *primarios e naturaes senhores das terras*".

Ha, pois, outras reservas que não supõem posses originarias ou congenitas: essas são as das terras devolutas, que destinam-se, na fôrma da Lei n. 601, de

ANAI



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre n.º 1575
Livro A n.º 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço
address
dirección

Caixa Postal 2857
90.000 – Porto Alegre – RS
Brasil

18 de Setembro de 1850, art. 12, à *colonização*, assim como à fundação de povoações, abertura de estradas e quaesquer outras servidões publicas, assim como à construção naval. A *colonização de indígenas*, como já ficou explicado, supõe, como qualquer outra *colonização*, uma *emigração para imigração*; e o próprio regulamento n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, no art. 72, declara reservadas das terras devolutas, não sô as terras destinadas à *colonização dos indígenas*, como as terras dos *aldeamentos onde existem hordas selvagens*. Em summa, quer da letra, quer do espirito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras *possuidas por hordas selvagens estaveis*: essas terras são tão particulares como as possuidas por *ocupação legitimavel*, isto é, são *originariamente reservadas da devolução*, nos *expressos termos do Alvarã de 1º de Abril de 1680*, que as reserva até na concessão das *sesmarias*.

(...)

Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora, as terras do *índigenato*, sendo terras congenitamente possuidas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na fôrma do Alvarã de 1º de Abril de 1680 e por deducção da propria Lei de 1850 e do art. 24 § 1º do Decr. de 1854; as terras reservadas para o *colonoato de indígenas* passaram a ser sujeitas às mesmas regras que as *concedidas para o*

colonato de immigrants, salvo as cautelas de orphanato em que se acham os indios; as leis estadoaes não tiveram, pois, necessidade de reproduzir as regras dos arts. 72 a 75 do Decr. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854 (grifos e parênteses do original).

A agudeza e precisão da inteligência de João Mendes Júnior iriam ter respaldo na legislação indigenista posterior.

De todo modo, toma-se a oportunidade para lembrar que, passando as terras devolutas aos Estados, a esses cumpriria estabelecer as reservas para a colonização dos Índios. Paramente, contudo, cumpriram tal obrigação, a ponto de justificar a lamentação de José Maria de Paula (Terras do Índios, Boletim nº 1 do SII, Rio de Janeiro, Serviço de Informação Agrícola do Ministério da Agricultura, 1944, pág. 56):

Por essa fôrma, ficaram os estados com inteira liberdade para conceder ou não, as terras necessarias à localização dos numerosos agrupamentos indigenas espalhados por todo o territorio nacional; passando, então, as reservas de terras a indios a constituirem atos de graça desses governos...

A distinção entre terras ocupadas e áreas reservadas es-
tampou-se no primeiro regulamento do então recém-criado Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, conforme aprovado pelo Decreto nº 9.214, de 15 DEZ 1911. Assim, depois de incluir, entre as finalidades da assistência aos indios (art. 2º, 2º), o

garantir a effectividade da posse dos

ANAÍ



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre nº 1575
Livro A nº 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço
address
dirección

Caixa Postal 2857
90.000 – Porto Alegre – RS
Brasil

territórios ocupados por índios e, conjuntamente, do que nelles se contiver

dito Regulamento, tratando das terras ocupadas por índios (Capítulo II), dispõe que o governo federal, quando necessário, entraria em acordo com os governos dos estados ou municípios (art. 3º)

- a) para que se legalizem convenientemente as posses das terras actualmente ocupadas por índios;
- b) para que sejam confirmadas as concessões de terras, feitas de acordo com a lei de 18 de setembro de 1850;
- c) para que sejam cedidas ao Ministerio da Agricultura as terras devolutas que forem julgadas necessarias às povoações indígenas ou à instalação de centros agrícolas.

Além disso, estatua, no art. 9º, que

O Governo providenciará para que nos territórios federaes os índios sejam mantidos na plenitude da posse dos terrenos pelos mesmos actualmente ocupados.

Vê-se, portanto, que das terras ocupadas trataram este art. 9º e a alínea a do art. 3º, enquanto que das áreas já reservadas ou a reservar cogitaram as alíneas b e c do mesmo art. 3º.

Interessante notar que é neste Regulamento que surge a figura do centro agrícola, eventual origem da colônia ou colonização (no direito agrário) e, quiçá, da colônia agrícola indígena. Porém, tenha-se em mente que o centro agrícola, em 1911, destinava-se somente à localização dos trabalhadores nacionais, atribui-

ção cometida ao mesmo Serviço, e não à colocação de indígenas.

Em relação a estes, o Regulamento cuidava dos que viviam nos territórios tradicionais (art. 3º, a e art. 9º), ou áreas reservadas (art. 3º, b e c); e dos que já estavam aldeados (o aldeamento era figura pré-republicana, utilizada principalmente nas missões, contudo compatível com o domínio congênito), em terrenos que também lhes seriam demarcados (arts. 10 a 13), aldeamentos estes que passavam a chamar-se povoações indígenas à medida em que fossem reconstituídos e, sendo o caso, passassem à administração federal (justamente porque havia muitos sob administração de missões religiosas) (arts. 15 a 22).

Naquela época, não se discutia, como hoje tentam alguns discutir, se a assistência era devida a todos os índios ou apenas aos que hoje são ditos não-integrados. O art. 14 do Regulamento era lapidar:

A directoria, por intermedio dos inspectores (...) prestará aos que se mantiverem em promiscuidade com civilizados a mesma assistencia que lhes cabe dispensar aos mais indios.

De resto, ao tratar dos centros agrícolas, no Capítulo II do Título II - que, por sua vez, cuidava da localização dos trabalhadores nacionais - não se cogita, em nenhum momento, que os centros pudessem servir aos índios; para estes, havia as povoações, figura correlata ao centro agrícola mas que, como visto acima, não substituíria o direito dos índios às terras ocupadas.

Eram, as povoações - assim como as demais áreas reservadas - um plus que se punha à disposição dos indígenas que o preferissem.

ANAÍ



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre n.º 1575
Livro A n.º 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço
address
dirección

Caixa Postal 2857
90.000 – Porto Alegre – RS
Brasil

Esta concepção era retomada no art. 57, a, que atribuía à segunda seção do Serviço

zelar pela rigorosa execução das medidas adoptadas para tornar efectiva a protecção aos Índios e evitar a invasão de seus territórios...

Em 27 JUN 1928 editou-se o Decreto nº 5.484, que regulava a situação dos Índios nascidos em território nacional. O escopo básico deste Decreto foi substituir a tutela orfanológica a que os Índios estavam submetidos desde 1831, pela tutela especial, já prevista no Código Civil, Lei nº 3.071, de 01 JAN 1916. Não se debruçou, com os detalhes do Regulamento de 1911, sobre as terras dos Índios, até porque, expressamente, mantinha em vigor o Decreto nº 9.214, nos arts. 47 e 48.

Em 1934, o Serviço de Proteção aos Índios - agora exclusivamente dedicado à assistência aos indígenas - que já pertencerá ao Ministério da Agricultura e ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, passou ao Ministério da Guerra (Decreto nº 24.700, de 12 JUL 1934). E em 1936 o Decreto nº 736, de 06 de abril, aprovou novo regulamento para o Serviço, bem mais detalhado que o anterior.

O art. 19, a, diz que é finalidade do Serviço

prestar aos Índios do Brasil, protecção e assistência, amparando a vida, a liberdade e a propriedade dos aborígenes: defendendo-os do extermínio, resguardando-os da opressão e da exploração, bem como abrigando-os da miséria; quer vivam aldeados, reunidos em tribus ou promiscuamente com civilizados;

O art. 2º estatua que a proteçãõ, assistẽncia, defesa ou amparo deveriam ser dados na prõpria terra habitada pelos índios, ajuntando, na alínea b, que tais ações, entre outros, teriam o objetivo de

garantir a effectividade da posse das terras habitadas pelos índios, como condiçãõ indispensavel e basica de sua tranquillidade e de seu desenvolvimento futuro.

Na alínea g, itens 1º, 2º e 3º, definia as terras dos índios:

aquellas em que presentemente vivem e que já primariamente habitavam;
aquellas em que habitam e são necessarias ao meio de vida compativel com o seu estado social: caça e pesca, industria extractiva, lavoura ou criaçãõ;
as que já lhes tenham sido ou venham a ser reservadas para seu uso, ou reconhecidas como de sua propriedade a título qualquer.

Novamente, por conseguinte, mantem-se nítida a distincãõ entre as terras ocupadas e as reservadas. Já antes destas definições, dissera-se, no art. 2º, c, ser dever do Serviço

põr em pratica os meios mais promptos e efficazes para que os civilizados respeitem as terras dos índios...

No art. 3º, precreviam-se ao Serviço iniciativas

a) para impedir que as terras habitadas

ANAI



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre nº 1575
Livro A nº 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço
address
dirección

90.000 – Caixa Postal 2857
Porto Alegre – RS
Brasil

pelos selvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem, demarcando-as, fazendo respeitar, garantir, reconhecer e legalizar a posse dos índios, já pelos Governos Estaduais ou Municipais, já pelos particulares;

b) para que na falta de acordo sejam requeridos ao Juiz Federal correspondente os remédios legais competentes, para garantir aos selvícolas as suas posses, na forma do Decreto n. 5.484, de 27 de Junho de 1928;

c) para que, igualmente, sejam respeitadas as posses dos índios já reconhecidas em virtude da lei de 18 de setembro de 1850 e outras posteriores, ainda mesmo nos casos de extinção dos aldeamentos, provando que o facto dos Governos terem deixado de administrar esses aldeamentos, ou de superintendê-los, não justifica que os índios, ou seus descendentes, sejam expoliados de suas terras.

Estas inequívocas e sãs disposições dispensam comentários. Mais uma vez, declara-se em alto e bom tom que terras ocupadas por índios NÃO SÃO DEVOLUTAS e que tampouco se confundem com as áreas reservadas ou a reservar. E não se achou demasiado reiterar a distinção, no art. 41:

Nas terras reservadas para os índios, ou por elles habitadas, nas de sua propriedade ou nas terras a que se refere o art. 129 da Constituição da República (a de 1934) ninguém poderá construir ou fazer bemfeitorias...

O regimento que ao recém-examinado se seguiu, aprovado pelo Decreto nº 10.652, de 16 OUT 1942, não trouxe inovações significativas.

Após a criação da FUNAI, com a autorização da Lei nº 5.371, de 05 DEZ 1967, os sucessivos estatutos do órgão, aprovados por decretos presidenciais (nºs 62.196, de 31 JAN 1968; ... 64.447, de 02 FEV 1969; 68.377, de 19 MAR 1971; 84.638, de 16 ABR 1980; 89.420, de 08 MAR 1984; e 92.470, de 18 MAR 1986), sempre incluíram, entre os princípios norteadores da ação da Fundação (transcrevendo a letra constitucional de 1967 e a da Emenda nº 1, de 1969), a

garantia à inalienabilidade e à posse das terras habitadas pelos Índios...

Porém, limitaram-se a isto. Contudo, desde o advento da Lei nº 6.001, de 19 DEZ 1973, mantendo a distinção que nos ocupa, não seria, de fato, necessário, que disso cuidassem os estatutos da FUNAI.

Houve, todavia, em 1980, a edição da Exposição de Motivos Interministerial nº 062, de 16 JUN, onde se tornou a reconhecer, cabalmente, a diferença entre as três configurações possíveis para as terras indígenas: terras ocupadas, terras reservadas e terras do domínio das comunidades indígenas.

Vem a pelo esclarecer que a demarcação das terras ocupadas não as transforma em reservas.

Demonstrada, com a continuidade destas definições no direito indigenista brasileiro, retomem-se as ponderações que abriram este estudo.

Constatada a ocupação, por grupo tribal, de porção de terras, nos termos do art. 198 da Constituição Federal, cumpre

ANAI



ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
APOIO AO ÍNDIO

NATIONAL
INDIAN SUPPORT
ASSOCIATION

ASOCIACIÓN
NACIONAL DE
APOYO AL INDIO

NATIONALE VEREINIGUNG
ZUR UNTERSTÜTZUNG
DES INDIANERS

CGC/MF 89.327.902/0001-49

Cartório do Registro Especial
de Porto Alegre nº 1575
Livro A nº 2, fl. 247

Registro STAS/RS 9322
Livro A-8, fl. 19

endereço }
address }
dirección }
Caixa Postal 2857
90.000 – Porto Alegre – RS
Brasil

ao Poder Executivo demarcá-las (art. 65 da Lei nº 6.001/73), mensurando-as e localizando-as conforme os critérios do art. 23 da Lei nº 6.001/73. Este dever do Estado é indeclinável, inobstante o aberrante descaso com que se o tem considerado, e atinge a responsabilidade do próprio Presidente da República, chefe do mesmo Poder Executivo.

A não-ação do Presidente da República, prolongando a existência de terras indígenas em situação de não-demarcação, põe-no em débito para com a lei, dívida esta, sem dúvida, passível de cobrança judicial. Esta é a conclusão de Dalmo de Abreu Dallari (Demarcação de Terras Indígenas, parecer inédito).

E de modo algum se admite, em sã consciência jurídica, que a demarcação das terras indígenas possa ser substituída pelo estabelecimento de áreas reservadas, salvo se - e somente nesta hipótese - a área coincidir, exatamente, com a terra ocupada, observados os critérios legais.

Pretender, ao talante de quem quer que seja, que determinado grupo tribal - cujas terras não tenham sido demarcadas - já está suficientemente integrado, a ponto de merecer apenas a designação de área reservada, é agredir frontalmente o espírito e a letra da lei; é sofismar na sua execução, no dizer de João Mendes Júnior; é cavilar por interesses outros, as disposições legais vigentes.

Agindo desta forma, a autoridade estará praticando desvio de poder, espécie de abuso de poder, na precisa lição de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 9a. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, pág. 74).

Demarque-se, antes, o território indígena, naquela aceção dos ministros Adhemar Raymundo e Victor Nunes Leal; posteriormente, mas estando resguardada a posse indígena que a Constitui-

ção manda observar, se for o caso estude-se o estabelecimento de área reservada.

Lembrem-se, por fim, as admoestações do Patriarca da Independência, José Bonifácio, na sua representação à Assembléia Constituinte de 1823, onde incluía, como princípio fundamental das ações indigenistas, a

JUSTIÇA, não esbulhando mais os índios, pela fôrça, das terras que ainda lhes restam, e de que são legítimos senhores, pois Deus lh'as deu...

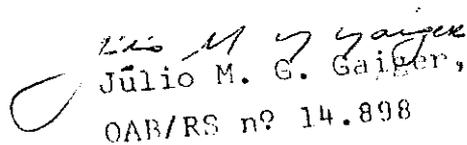
Constrange o sentimento cívico e a consciência jurídica verificar que, 163 anos depois, o apelo permanece atual e urgente!

Nas palavras do ex-juiz de Chapecó/SC, Dr. Antonio Sellistre de Campos, no início da década de 50, referindo-se aos esbulhos lá cometidos contra os Índios,

O que se quer, e se pretende, é simplesmente justiça. Aplicação do direito e de lei. Princípios de humanidade neste caso são simples corolários.

É o parecer.

Porto Alegre, 17 de junho de 1986.


Júlio M. G. Gaiger,
OAB/RS nº 14.898