



Cimi – Secretariado Nacional  
Assessoria Jurídica

**A QUESTÃO GUARANI-M'BYÁ  
NO RIO GRANDE DO SUL.**

*Considerações jurídico-legais quanto às possibilidades de proteção  
aos direitos territoriais.*

Brasília – DF, abril de 2000.

A Questão Guarani-M'byá no Rio Grande do Sul. Considerações jurídico-legais quanto às possibilidades de proteção aos direitos territoriais indígenas.

*Rosane Lacerda<sup>1</sup>*

**I – Apresentação.**

---

<sup>1</sup> Advogada, Assessora Jurídica do Secretariado Nacional do Conselho Indigenista Missionário – Cimi, organismo anexo à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.



II – Colocação do Problema.

III – Considerações sobre os direitos territoriais indígenas.

III.1) A proteção constitucional das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – significado e implicações jurídico-legais:

III.2) A Demarcação das Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

III.3) Outras Modalidades Territoriais:

IV – O Caso Guarani-M'byá.

V – Conclusões e Sugestões.

## I – Apresentação.

O presente parecer foi elaborado a pedido da Presidência do Conselho Indigenista Missionário - Cimi, a partir de solicitação feita pelo Regional Sul da entidade, mais especificamente a equipe missionária que atua junto aos povos indígenas no estado do Rio Grande do Sul.

Tem por objetivo oferecer contribuições de ordem jurídico-política ao debate em torno do caso Guarani-M'byá, debate este ora travado entre o atual Governo Democrático - Popular do Estado do Rio Grande do Sul, o Governo Federal, o Ministério Público Federal, organizações indigenistas não-governamentais e as próprias comunidades indígenas, na perspectiva de solução para os problemas territoriais que sobre estes últimos se abatem há tantos anos.

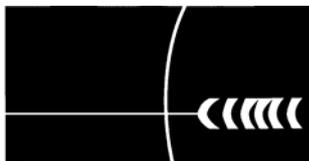
Em linhas gerais, este trabalho reflete a compreensão da Assessoria Jurídica da entidade quanto a situações semelhantes verificadas em outras partes do país, abordando inicialmente os fundamentos dos direitos territoriais indígenas no tocante à responsabilidade Constitucional da União quanto à sua demarcação e posteriormente as condições e possibilidades de encaminhamento da problemática da terra de maneira alternativa.

De modo particular, pela complexidade do tema, não pretendemos vir aqui a esgotar o assunto, mas levantar os aspectos que nos parecem relevantes a serem considerados no sentido de se levar a bom termo o caso concreto em tela.

## II – Colocação do problema.

A maioria das Comunidades Indígenas Guarani-M'byá, no Estado do Rio Grande do Sul, encontra-se atualmente com muito pouca ou nenhuma terra, algumas sobrevivendo inclusive à beira de estradas, o que se configura numa situação extremamente grave e preocupante, a exigir providências urgentes e eficazes do poder público.

Como forma de solução do problema, diante sobretudo de uma suposta impossibilidade de comprovação da ocupação tradicional Guarani-M'byá, levantam alguns as propostas ora de compra ora de desapropriação de terras particulares, as quais seriam revertidas em nome das próprias Comunidades em tela.



A respeito da forma como o problema vem sendo discutido recentemente no estado do Rio Grande do Sul, vale transcrever trecho da Ata n.º 06/CEPI/STCAS, da reunião realizada em 15 de fevereiro de 2000:

“Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho, não há procedimento dentro da FUNAI para fazer desapropriação e nem dinheiro. A FUNAI não desapropria, pode-se tentar repasse das áreas do estado para a União. (...) o esforço é de conseguir fazer coisas fora do orçamento da FUNAI, principalmente quando se defronta com obstáculos jurídicos. (...) De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho, no RS qualquer área é Guarani, entretanto a sobreposição do sistema jurídico tirou o direito de propriedade dos Guarani. Áreas como Itapuã, onde não se colocou propriedade privada sobre as áreas, pode-se demarcar. Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho, em virtude da legislação, depois de 1934 há necessidade de utilizar-se de argumentos jurídicos para a desapropriação, antes de 1934 não há problema.”

Dado que a Constituição Federal de 1988 determina o dever da União Federal em proceder à demarcação administrativa das terras indígenas, submete-se à análise as seguintes questões:

São as terras Guarani-M'byá passíveis de demarcação administrativa ou pesa contra esta possibilidade algum obstáculo jurídico-legal intransponível ?

Em caso de impossibilidade de demarcação administrativa, o problema poderia ser resolvido mediante a compra a desapropriação de terras particulares ?

Quais as alternativas possíveis para o tratamento da questão ?

III – Considerações sobre os direitos territoriais indígenas.

### **III.1 - A proteção constitucional das terras indígenas – significado e implicações jurídico-legais.**

Sem sombra de dúvida o Constituinte de 1988 resgatou parte da dívida histórica de 500 anos para com os povos indígenas, o que se deu, primeiramente, no reconhecimento da diversidade étnico-cultural formada pela organização social, costumes, línguas, crenças e tradições daqueles povos, responsabilizando-se a União Federal pela sua proteção especial (CF/88, art. 231, *caput*):

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, (...) competindo à União (...) proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

Com o intuito de assegurar as condições necessárias à efetivação desta perspectiva de continuidade da diversidade étno-cultural indígena, dispôs também o Constituinte de 1988



quanto aos fundamentos da proteção das suas terras, consideradas estas como base indispensável à realização e reprodução desta diversidade.

### *III.1.1 - Conceito de terras tradicionalmente ocupadas.*

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem no referencial básico do tratamento normativo do Estado quanto aos direitos territoriais indígenas. Encontramos sua definição no próprio texto constitucional:

“Art. 231. (...)

“§ 1.º 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.”

A definição chama atenção em primeiro lugar para a preocupação do Constituinte em afastar quaisquer dúvidas quanto ao que seriam de fato tais terras constitucionalmente protegidas, prevenindo contra a eventual possibilidade de manipulações interpretativas.

Em segundo lugar, revela que na definição dos elementos constitutivos da ocupação tradicional, o fio condutor a ser utilizado é o próprio ponto-de-vista indígena, expresso de acordo com seus usos, costumes e tradições, e não de acordo com a lógica civil ou economicista reinante em nossa sociedade.

Como diz o Constitucionalista José Afonso da Silva<sup>2</sup>,

"O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, **mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra**, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam, etc.. Daí dizer-se que tudo se realize **segundo seus usos, costumes e tradições.**" (Grifamos.)

### *III.1.2 - Direitos originários e imprescritíveis.*

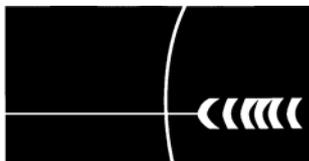
Sobre as terras tradicionalmente ocupadas a constituição Federal de 1988 manteve – em certa medida tal qual em Cartas Políticas anteriores, os direitos de posse permanente e usufruto exclusivo de riquezas naturais:

“Art. 231. (...)

§ 2.º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo : RT, 1990, 6º ed., p. 720.



exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Na maneira como esses dois direitos são assegurados pelo Constituinte, reside um segundo aspecto inovador que caracteriza aquele resgate da dívida histórica para com os povos indígenas, qual seja, o reconhecimento daqueles direitos como sendo originários:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios (...) os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ...”

Analisando o significado do direito originário que detém os indígenas relativamente à posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas, o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos<sup>3</sup> observa:

“...a posse indígena decorre de uma realidade que **preexiste a qualquer ato civilizatório**. É um direito originário, congênito, **independente de legitimação**. É o indigenato.”  
(Grifamos.)

E tal instituto do INDIGENATO, conforme salienta Afonso da Silva<sup>4</sup>, não consistiria em nenhuma novidade, mas em

“... velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1.º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, as terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.”

Ou seja, fez justiça o Constituinte de 88 ao resgatar o indigenato para dizer que os direitos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, por serem congênitos, têm concretude, mesmo não tendo sido produzidos pelo Estado Brasileiro.

Trata-se, esta questão do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas como originários, de algo que traz profundas repercussões jurídicas e que, por fugir aos padrões doutrinários tradicionais, ainda não foi suficientemente digerida.

Outrossim, manteve ainda a Carta Política de 1988 a declaração de imprescritibilidade dos direitos territoriais indígenas, conforme se vê no § 4.º do art. 231 do texto constitucional, impedindo assim qualquer condicionamento a prazos para o exercício de tais direitos.

### *III.1. 3 - A nua-propriedade da União Federal.*

Com o intuito de proteger as comunidades e povos indígenas da possibilidade de perdimento de suas terras mediante as constantes investidas de terceiros sobre a sua

<sup>3</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Estudos e Pareceres. São Paulo : RT, 1993, p. 13.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 718.



propriedade, decidiu também o Constituinte em 1988, manter tais terras na órbita dos bens do patrimônio público federal, conforme se vê no dispositivo abaixo:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.”

Para Afonso da Silva<sup>5</sup>,

“A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente reservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma (...), ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela.”

Já o advogado Paulo M. Guimarães<sup>6</sup> chama a atenção quanto ao aspecto de serem tais bens de interesse público federal, como um dos aspectos importantes para a sua proteção:

“Ao relacionar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um dos bens da instância administrativa do País a nível federal, o Estado as considera bens de interesse da coletividade do País.

É também por esta razão que qualquer cidadão tem legítimo interesse jurídico na proteção das terras indígenas. Além do aspecto humanitário da obrigação de todos respeitarem a diversidade étnica, o tratamento das terras indígenas como bens da União remete à circunstância de tratar-se de objeto cuja segurança atinge a todos no País.”

Ao mesmo tempo, contudo, gravou-as o Constituinte com as cláusulas da inalienabilidade e indisponibilidade, colocando a União Federal sob a condição de sua nua-proprietária:

“Art. 231. (...)

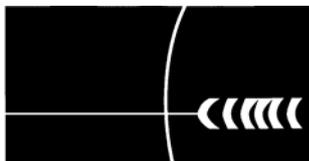
§ 4.º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, ... .”

Ou seja, a União Federal, apesar de titular do domínio, não pode dispor nem alienar tais terras, que devem permanecer destinadas unicamente à posse permanente e usufruto exclusivo indígena.

#### *III.1.4 - Nulidades dos atos.*

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 717.

<sup>6</sup> GUIMARÃES, Paulo M. Proteção Legal das Terras Indígenas. *In*: LARANJEIRA, Raymundo (Coord.). *Direito Agrário Brasileiro*. São Paulo : LTR, 1999, p. 546.



De modo a garantir eficácia às vedações constitucionalmente colocadas sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, e de acordo com o princípio da inexistência de direitos adquiridos contra a própria Constituição, decretou esta, no tocante às terras indígenas, a nulidade de todos os atos anteriores ou contemporâneos que interfiram naqueles direitos anteriormente mencionados.

“Art. 231. (...)

§ 6.º - 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 da ocupação de boa-fé.”

Observe-se aliás que a legislação infraconstitucional, através da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), já dispunha sobre o regime de nulidades dos atos sobre as terras indígenas, em dispositivo que manteve a sua atualidade diante da nova Carta Política de 1988:

“Art. 62. Ficam declaradas a **nulidade e extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação** das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º. Aplica-se o disposto neste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.” (Grifamos.)

### **III.2 - A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.**

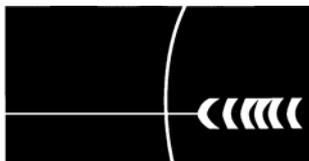
Sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios fez incidir a Constituição Federal de 1988, mais uma medida de proteção, consubstanciada na obrigação da União Federal em proporcionar a sua demarcação:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios (...) os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ...competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

Trata-se, evidentemente, de um dever<sup>7</sup>, uma imperatividade, que visa, em última instância, garantir a proteção fundamental à continuidade da existência daqueles grupos étnicos.

---

<sup>7</sup> E não de uma faculdade.



Segundo os termos do Estatuto do Índio, de 1973, a forma pela qual deve ser processada deve estar prevista em decreto do Executivo federal:

“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.”

Como é amplamente sabido, a garantia de espaços territoriais próprios constitui em requisito vital para a continuidade da existência dos povos e comunidades indígenas. Tanto que a Constituição Federal reconheceu como originários os direitos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas, as quais devem ser obrigatoriamente – e não facultativamente, demarcadas pela União Federal.

É de se observar também a grande importância de o Constituinte de 88 (art. 231, *caput* e § 1.º) haver assegurado as terras indígenas não a partir da ótica das antigas “reservas” (verdadeiros “campos de concentração” estabelecidos e delimitados segundo critérios de oportunidade econômica e conveniência política dos representantes da sociedade nacional envolvente), mas de acordo com a concepção da terra enquanto habitat, enquanto território, delimitado segundo os usos, costumes e tradições indígenas.

### *III.2.1 - Natureza jurídica da demarcação.*

Importante se ter em conta que tal ato imposto à União – a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – não constitui em hipótese alguma em ato de natureza constitutiva, ou seja, capaz de criar direitos ou obrigações. Embora muitos ainda façam confusão a respeito, a demarcação de uma terra tradicionalmente ocupada não é ato de “criação de reserva indígena”. Também não é ato de “desapropriação”, pois se assim o fosse, estaria a União desapropriando algo que já é seu.

A demarcação não gera direitos. Como bem diz o Prof. Afonso da Silva<sup>8</sup>:

“... não é da demarcação que decorre qualquer dos direitos indígenas . A demarcação não é título de posse nem de ocupação das terras.”

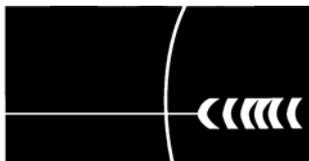
Isto porque, consoante o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, são estes direitos preexistentes, anteriores, portanto independentes ao ato demarcatório.

Discorrendo sobre o assunto, observa o advogado Paulo M. Guimarães<sup>9</sup> que:

“A constituição não estabelece qualquer vínculo de dependência entre a demarcação das terras indígenas e o direito à posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam. Ao

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 722.

<sup>9</sup> GUIMARÃES, Paulo M. *Op. Cit.*, p. 553.



contrário, constatado que uma terra esteja tradicionalmente ocupada por uma ou algumas comunidades indígenas este fato acarreta inexoravelmente a aplicação do disposto no § 6º do mesmo art. 231 da CF, de forma que quaisquer atos que visem a posse, o domínio ou a ocupação destas terras serão nulos de pleno direito, pouco importando estarem as terras demarcadas ou não, como inclusive já fora decidido por unanimidade pela 4ª Turma do TRF da 1ª Região, em processo relatado pela mesma Exma Sra Juíza Eliana Calmon:

‘Constitucional – Área Indígena – Título de Domínio – Indenização.

Comprovada ser a área de posse imemorial dos índios, torna-se de pleno direito nulo o título dominial, sem necessidade de declaração judicial (art. 231, parag. 6, da CF/88).

Não tem direito a indenização por benfeitorias o possuidor de má-fé.

Apelo improvido’

(Apelação Cível nº 90.01.02520-0/MT, 4ª Turma do TRF 1ª Região, acórdão publicado no DJU de 6/9/93).”

A demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é pois ato declaratório, o qual, segundo Ely Lopes Meirelles<sup>10</sup>,

“... é o que visa a preservar direitos, reconhecer situações preexistentes (...)”, tais como “a expedição de certidões e demais atos fundados em situações jurídicas anteriores.”

Ou seja, apenas declara uma situação de fato preexistente – a ocupação tradicional indígena – situação fática esta da qual decorrem, por expresse reconhecimento constitucional, os direitos originários e imprescritíveis de posse permanente e usufruto exclusivo de riquezas naturais.

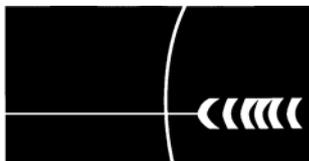
Aliás, antes mesmo do Diploma Constitucional de 1988 vir a consagrar o Indigenato, já determinava o Estatuto do Índio que a proteção das terras indígenas independia de estarem estas demarcadas:

“Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do art. 231 da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, ...” (redação de acordo com a CF/88, art. 231, *caput*)

### *III.2.3 - Obrigatoriedade dos estudos prévios de identificação e delimitação.*

---

<sup>10</sup> MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 2000, 25ª ed., p. 162.



As terras tradicionalmente ocupadas são o espaço indígena por excelência, devendo a sua demarcação administrativa respeitar os elementos descritos pelo § 1.º do artigo 231 da Constituição Federal: habitação em caráter permanente; utilização para atividades produtivas e para preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar do povo ou comunidade indígena, tudo numa dimensão suficiente para comportar a sua reprodução física e cultural, e segundo seus usos, costumes e tradições.

Isto significa que à administração pública impõe-se, para a realização do ato demarcatório, a verificação da ocorrência - ou não, em determinada superfície, daqueles elementos caracterizadores da ocupação tradicional.

Tal verificação, atualmente prevista no Decreto n.º 1.775/1996 – tal qual nos decretos que o precederam, é colocada como o ponto de partida do procedimento demarcatório, tendo por objetivo a identificação da natureza jurídico-antropológica da superfície apontada, bem como o levantamento dos imóveis porventura incidentes na mesma. Diz o Decreto:

“Art. 2.º (...)

§ 1.º. O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.”

Trata-se, como diz Paulo M. Guimarães<sup>11</sup>, da

“... produção ou a reunião dos elementos de prova da ocupação da terra por uma ou algumas comunidades indígenas”.

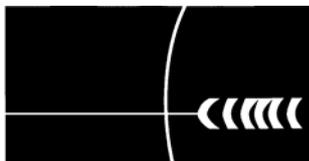
A importância de tal estudo tem a ver com a satisfação do princípio da motivação do ato administrativo. Segundo o administrativista Cretella Jr.<sup>12</sup>,

**“O exame dos fatos é fundamental na determinação do procedimento administrativo, porque o motivo do ato administrativo, a matéria de fato, vai fornecer elementos para a análise ulterior da decisão tomada.”** (Grifamos.)

É necessário portanto que sejam levantados, identificados, analisados, os elementos fáticos relativos à ocupação da terra para que se possa concluir deva ser esta demarcada ou não nos termos determinados pela Constituição Federal.

<sup>11</sup> GUIMARÃES, Paulo M. *Op. Cit.*, p. 571.

<sup>12</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Forense, 1991, p. 275.



Pode se dizer, mesmo correndo-se o risco de se cair em alguma impropriedade antropológica, mas não tão grave assim, que via de regra a cada povo ou comunidade indígena supõe-se deva corresponder um espaço territorial próprio.

Assim sendo, não seria nenhum absurdo considerar até mesmo as reivindicações territoriais de comunidades que buscam soluções por vias alternativas – ou seja, fora da via da demarcação, afirmativa de direitos originários – como indícios de uma possível ocorrência de relação tradicional com o local pretendido.

Como se sabe, a complexidade das relações interétnicas entre índios e não-índios e os longos anos de perseguição, esbulho territorial e pressões de toda ordem produziram efeitos dramáticos sobre as comunidades indígenas a exemplo dos casos de negação da própria identidade, não sendo de surpreender a possibilidade de alguma comunidade vir a utilizar da negativa de direitos territoriais tradicionais como forma de alcançar mais rápida e menos conflituosamente a posse de determinada superfície territorial.

Entendemos portanto que quaisquer reivindicações provenientes de comunidades indígenas devam ser sempre encaminhadas a estudos preliminares de identificação, de modo a considerar a possibilidade de ocorrência dos elementos contidos no § 1.º do art. 231 da Constituição Federal.

Se tais elementos são comprovados, caracteriza-se a ocupação tradicional indígena, e leva-se conseqüentemente à necessidade de implementação do imperativo previsto no *caput* do mesmo dispositivo - demarcação pela União Federal.

Se não o são, a reivindicação territorial indígena pode ser contemplada mediante outras formas de tratamento (ou seja, constituição de reserva ou aquisição dominial coletiva).

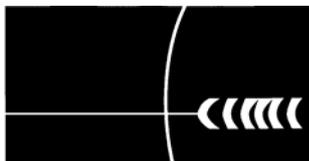
Determinar, *prima facie*, o encaminhamento de uma reivindicação territorial indígena sem os estudos prévios de identificação, é desconsiderar as necessárias cautelas e arriscar incorrer na prática de ato nulo, pois o local pode consistir em terra de ocupação tradicional e conseqüentemente bem da própria União, sujeito às formas de proteção dos bens do patrimônio público federal, a exemplo da Ação Popular.

Portanto só estando descartada - mediante estudos de identificação e delimitação, a caracterização tradicional da ocupação indígena, é que se pode dar a uma área reivindicada encaminhamento diverso, ou seja, conforme os demais tipos previstos no Estatuto do Índio.

#### *III.2.4 - Indenização apenas de benfeitorias.*

Declarando nulos os atos praticados em detrimento da ocupação, domínio e posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e o usufruto das riquezas naturais incidentes no seu solo, rios e lagos, assegurou contudo a Constituição Federal de 1988, mas unicamente aos ocupantes de boa-fé, o direito à indenização administrativa ou a possibilidade de cobrança judicial de indenizações quanto a benfeitorias realizadas:

“Art. 231. (...)



**CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO**  
Órgão anexo à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil  
**Secretariado Nacional**

§ 6.º - (...) , não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.”

E não poderia ser diferente. Se a nulidade é declarada pelo fato de o ato incidir em terra tradicionalmente ocupada, em razão das garantias e vedações constitucionais pelas quais estas são afetadas, não se poderia admitir a possibilidade de indenização quanto ao valor da própria terra.

Se as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios encontram-se no rol de bens da União Federal, seria inimaginável viesse esta a indenizar a qualquer um pelo valor daquelas. Significaria pagar para ter de volta aquilo que já é seu.

Cabe entretanto a indenização de benfeitorias, mas apenas aquelas decorrentes da ocupação de boa-fé.

Nos termos da Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 (Código Civil Brasileiro), caracteriza a *boa-fé* a ignorância do possuidor quanto ao vício ou obstáculo impeditivo da aquisição da coisa ou do direito possuído (art. 490), e as indenizações devem ser feitas quanto às “benfeitorias necessárias e úteis” (art. 516).

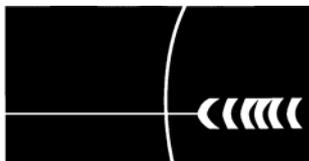
Este tratamento delineado no Código Civil serviu como referencial para a Portaria n.º 69, de 24 de janeiro de 1989, na qual o Presidente da Funai dispõe quanto às indenizações de benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé em terras indígenas.

De acordo com a Portaria, os pedidos de indenização de benfeitorias são processados em Comissão de Sindicância a quem cabe apurar se foram as mesmas implantadas de boa-fé, quando então são as benfeitorias avaliadas e o processo enviado sucessivamente à Superintendência de Assuntos Fundiários, à procuradoria Jurídica e à Presidência do órgão indigenista oficial.

Vale observar que a Portaria constata a má-fé quando ocorrente, entre outras, as seguintes situações (item V): posse violenta; posse clandestina; posse precária; quando o possuidor sabia ou podia saber que se tratava de terra indígena e, ainda assim, apossou-se dela; quando o possuidor agiu com negligência, imprudência ou desatenção no exame dos documentos da terra; quando se tratar de terra indígena notoriamente conhecida; nos casos de áreas superpostas; quando ciente de qualquer modo da irregularidade de sua ocupação, o possuidor prosseguiu na turbação ou no esbulho da terra indígena; quando aquele que se intitular dono de benfeitorias de grande porte, supostamente indenizáveis, não apresentar comprovantes relativos à sua construção, implantação ou mesmo aquisição, juntamente com as quitações fiscais, bem como as dos encargos sociais.

Nos termos do Decreto n.º 1.775/96, como em sistemáticas anteriores, é durante os trabalhos de identificação que são colhidas as informações acerca da situação jurídica dos possíveis imóveis incidentes, e eventuais benfeitorias ali implantadas, o que se procede nos trabalhos de levantamento fundiário:

“Art. 2.º (...)



§ 1.º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2.º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.”

### *III.2.5 - Reassentamento de ocupantes não-indígenas.*

Além de colher dados acerca da situação jurídica dos imóveis ocasionalmente incidentes e quanto à forma de ocupação não-indígena, com informações relativas às benfeitorias implantadas, o levantamento fundiário objetiva também oferecer os dados quanto aos ocupantes em condições de reassentamento:

“Art. 4.º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, **o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento**, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.” (Dec. 1.775/96) (Grifamos.)

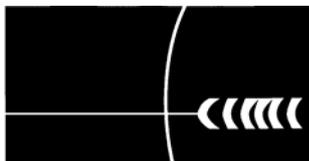
Observe-se que este dispositivo remete ao órgão fundiário federal – INCRA, a responsabilidade quanto ao reassentamento dos eventuais ocupantes não-indígenas, e que deve o mesmo ocorrer em caráter prioritário, observada a legislação pertinente.

Ou seja, o INCRA deve incluir, e em nível de prioridade, em seus programas de assentamento, os eventuais ocupantes não-indígenas, mas apenas aqueles que estiverem dentro dos critérios legais que norteiam as ações redistributivas de terra executadas pelo órgão, e dentro dos parâmetros relacionados ao módulo rural regional, ou seja, segundo a legislação pertinente, a fim de cumprir com um dos requisitos do ato administrativo válido, qual seja, o requisito da finalidade.

A **finalidade** do ato administrativo, como ensinava Hely Lopes Meirelles<sup>13</sup>,

“... é aquela que a lei indica, explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste particular, nada resta para escolha do

<sup>13</sup> MEIRELLES, Ely Lopes. *Op. Cit.*, p. 142.



administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa.” (Grifamos.)

A prática do ato de modo diverso, ou seja, com *desvio de finalidade* ocorreria, ainda segundo Meirelles<sup>14</sup>,

“... quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.”

O ato praticado com desvio de finalidade implicaria na sua invalidação.

### **III.3 - Outras Modalidades Territoriais.**

Apesar de sua importância as terras tradicionalmente ocupadas não consistem em tipo único disposto pelo ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere aos povos indígenas. A Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, prevê ainda outros dois tipos de terras indígenas:

- “Art. 17. Reputam-se terras indígenas:
- I – (...) <sup>15</sup>
  - II – as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;
  - III – as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.”

A definição e o tratamento das áreas reservadas encontram-se dispostos no artigo 26 do mesmo diploma legal, como se vê:

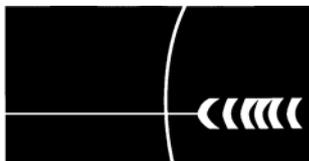
“Art. 26 – **A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional**, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste **artigo não se confundem com as de posse imemorial** das tribos indígenas, ...”  
(Grifamos.)

Ou seja, trata-se de áreas sobre as quais as comunidades indígenas não possuem nenhuma relação de ocupação tradicional, mas são destinadas à posse e ocupação indígena através de ato constitutivo do poder público federal.

<sup>14</sup> \_\_\_\_\_ . *Op. Cit.*, p. 104.

<sup>15</sup> A redação o original que dizia “terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas” deve ser substituída (conforme o texto Constitucional Federal de 1988) por “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios a que se refere o *caput* do art. 231 da Constituição”).



Diferem portanto das de ocupação tradicional em razão de que, enquanto naquelas os direitos de posse e usufruto são originários e portanto objeto de simples reconhecimento, nestas dependem de criação por ato formal da autoridade competente.

A Lei n.º 6.001/73 estabelece ainda a divisão das áreas reservadas em quatro modalidades distintas: reservas, parques, colônias agrícolas, e territórios federais indígenas:

“Art. 27 – **Reserva indígena** é uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.

Art. 28 – **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 as belezas naturais da região.

Art. 29 – **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.

Art. 30 – **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.”  
(Grifamos.)

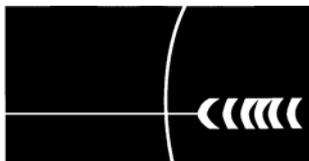
Dessas quatro modalidades só se tem registro, até o momento, de casos de constituição de Reservas e de Parques Indígenas, mais comumente utilizados no período anterior ao advento da Constituição Federal de 1988.

Após a sua promulgação, consagrando o reconhecimento aos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, a criação dos Parques foi abolida, encaminhando-se a demarcação das áreas enquanto aquele tipo constitucionalmente definido. As Reservas, no entanto, continuam ainda passíveis de constituição, mas em casos restritos.

Prevê ainda o Estatuto do Índio que tanto os indivíduos indígenas quanto as próprias Comunidades podem também adquirir a propriedade da terra. São as terras chamadas dominiais indígenas, as quais comentaremos especificamente mais adiante.

Importante observar que mesmo as áreas reservadas e as terras de domínio das comunidades (e não as dos indivíduos), ambas “terras indígenas” (Lei 6001/73, art. 17), ficam sujeitas a algumas vedações prescritas pelo Estatuto do Índio, tais como a proibição do arrendamento e da prática do usufruto por não-indígenas, a incidência de Usucapião e de atos que visem a sua desapropriação:

“Art. 18 – As terras indígenas **não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que**



**restringa o pleno exercício da posse direta** pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

§ 1.º - Nessas áreas, é **vedada a qualquer pessoa estranha** a prática da caça, da pesca ou coleta de frutos assim como de atividade agropecuária ou extrativa” ; (...)

“Art. 38. – As terras indígenas são **inusucapíveis e sobre elas não poderá recair desapropriação ...**”  
(Grifamos.)

Portanto, também as áreas reservadas e as terras de domínio das comunidades indígenas encontram-se sujeitas à proteção do poder público, através de algumas vedações legais.

### *III.3.1 – Reservas Indígenas.*

Consistindo em modalidade de área reservada, a Reserva Indígena depende, para sua existência, de ato do Executivo Federal que disponha formalmente sobre sua criação, “em qualquer parte do território nacional” (Lei 6001/73, art. 26, *caput*).

Sua característica específica, e que a difere dos demais tipos de áreas reservadas, é a de “servir de *habitat*” onde estejam presentes os “meios suficientes” à “subsistência” de determinado grupo populacional indígena (comunidade ou povo):

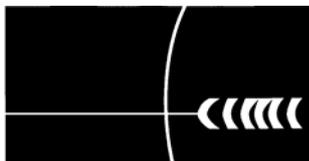
“Art. 27 – Reserva indígena é uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.”

#### *III.3.1.1. Distinção em relação às terras tradicionalmente ocupadas.*

Embora possam ser as Reservas constituídas em qualquer parte do território nacional, não o podem contudo, sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, dado as vedações constitucionais que sobre estas recaem. Além disso, possuem ambas naturezas jurídicas distintas.

Enquanto nas terras tradicionalmente ocupadas os direitos indígenas são originários e os seus limites geográficos definidos segundo os usos, costumes e tradições indígenas, nas reservadas eles são adquiridos e sua extensão territorial definida segundo critério do poder público. Enquanto que a primeira é reconhecida pelo próprio Estado como preexistente, a segunda depende da vontade deste para existir de forma legal, podendo a qualquer momento ser objeto de revogação. Sendo assim, o ato de constituição de Reserva Indígena sobre terra tradicionalmente ocupada infringiria a cláusula constitucional da indisponibilidade inserta no art. 231, § 4.º, incorrendo assim na declarada nulidade de que trata o § 6.º do mesmo dispositivo.

Creemos que esta distinção quanto às duas figuras jurídicas territoriais e quanto à impossibilidade de sobreposição de uma sobre a outra, sob pena de nulidade por disposição constitucional, torna mais compreensível a importância da obrigatoriedade dos estudos prévios de identificação e delimitação.



Pois se acaso tais estudos venham a comprovar, em determinado local, a sua caracterização como de ocupação tradicional indígena, conclui-se terem sido ilegais tanto o procedimento de criação da Reserva quanto as restrições e vedações que lhes são específicas. É que ocorreria neste caso uma incompatibilidade com a amplitude e profundidade jurídica que a norma constitucional reconhece no caso das terras tradicionalmente ocupadas, hierarquicamente superior em relação àquela com base na qual foi instituída a Reserva indígena.

É necessário também que se atente para o fato de que o conceito legal de Reserva indígena remete a uma certa preocupação com a dimensão espacial e com o conjunto de recursos naturais postos à disposição dos índios na área a eles reservada. Esta preocupação emerge primeiramente através da expressão *habitat*, que no dicionário Aurélio<sup>16</sup> possui as seguintes definições:

“**hábitat**. [Do lat. *habitat*.] 1. Lugar de vida de um organismo 2. Total de características ecológicas do lugar específico habitado por um organismo ou população.”

Emerge posteriormente, com a indicação de que o local deve conter “os meios suficientes à sua subsistência.” Novamente nos traz o Aurélio, na mesma edição antes mencionada:

“**subsistência** (...) 3. Conjunto do que é necessário para sustentar a vida; sustento: meios de subsistência.”

Em vista disso, nas hipóteses de encaminhamento mediante a constituição de Reserva Indígena, entendemos que a área a ser reservada deva possuir uma dimensão espacial e uma configuração ambiental que garantam adequadas condições de vida à comunidade indígena beneficiária.

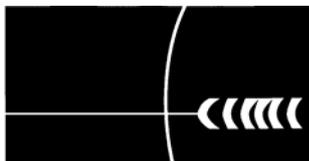
E também que estas condições de vida não devam ser contempladas sob o ponto de vista meramente econômico, devendo consistir, também e necessariamente, em condições viáveis para a livre manifestação das tradições sócio-culturais da Comunidade Indígena.

Trata-se, em outras palavras, de observar o princípio constitucional do respeito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas (CF/88, art. 231, *caput*), princípio este que deve reger as relações entre o poder estatal brasileiro e estes povos, inclusive por ocasião do estabelecimento de uma área reservada.

Afinal, mesmo na hipótese de não se vir a reunir os elementos comprobatórios da ocupação tradicional Guarani-M’byá sobre as terras que pretendam, os mesmos também possuem, como os demais povos e comunidades indígenas, o direito de terem sua cultura e tradições respeitados e protegidos, e as terras que eventualmente venham a ser providenciadas

---

<sup>16</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro : Nova Fronteira. 2.<sup>a</sup> Edição Revista e Aumentada.



na modalidade reserva indígena tem que contemplar um mínimo de condições que lhes garantam viver com dignidade .

### *III.3.1.2. Procedimento de constituição.*

Uma vez que o art. 17, inc. II da Lei 6001/73, relaciona as áreas reservadas como terras indígenas, ficam também estas sujeitas à demarcação administrativa determinada pelo art. 19, *caput* e § 1.º do mesmo diploma legal.

Até o Decreto n.º 22, de 04 de fevereiro de 1991 (revogado pelo Dec. 1.775/96), a demarcação das áreas reservadas era especificamente mencionada, conforme se vê no dispositivo abaixo:

“Art. 5.º A demarcação das áreas reservadas, de que trata o art. 26 da Lei n.º 6.001, de 1973, será feita com base na descrição dos limites contidos no ato do Poder Executivo que as houver estabelecido.”

O Decreto 1.775/96, entretanto, silenciou a respeito, não tendo o Executivo Federal, até o momento, demonstrado preocupação em suprir tal lacuna. Apesar disso as hipóteses de criação de Reservas Indígenas continuam se verificando, em várias partes do território brasileiro.

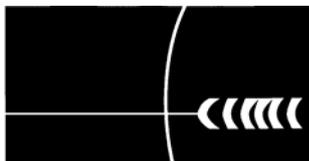
Tratando-se de modalidade cuja existência se inicia mediante ato de criação emanado da Administração Pública, a Reserva indígena é objeto, necessariamente, de certas formalidades procedimentais e mesmo processuais para constituir-se como ato jurídico perfeito e acabado, quando só então passam a ser produzidos os direitos de posse e usufruto indígena.

Uma vez que pode ser criada, a critério da União, “em qualquer parte do território nacional”, pode incidir a Reserva tanto sobre terrenos particulares quanto sobre terrenos públicos.

Vindo a incidir em terrenos particulares, a criação de Reserva Indígena pode ocorrer mediante ato de desapropriação, em atenção ao requisito constitucional do *interesse social*. Este, na conceituação de Lopes Meirelles<sup>17</sup>,

“... ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade, ou de **categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público**. (...) os bens desapropriados por interesse social não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou mesmo a **certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los e utilizá-los convenientemente**.” (Grifamos.)

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 555.



Nos termos da Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, que dispõe sobre a desapropriação por interesse social, visa esta promover a justa distribuição da propriedade ou o condicionamento de seu uso ao bem estar social (art. 1.º). A possibilidade alcança as comunidades indígenas no sentido expresso acima por Lopes Meireles, enquanto estas configuram, como vimos inicialmente em coletividades especialmente protegidas pela União Federal, a quem a lei (Estatuto do Índio) credencia o recebimento e utilização de uma superfície imóvel desapropriada, com o fito de servir a seu *habitat*.

Cabe então ao Executivo Federal, a fim de estabelecer uma área como Reserva Indígena, a edição do competente ato administrativo, declarando a superfície imóvel pretendida como de interesse social para fins de desapropriação e constituição da Reserva destinada ao *habitat* da comunidade ou povo beneficiário.

Veja-se, a título de exemplo, o procedimento referente à área Karapotó, no Estado de Alagoas. Não tendo o GT de identificação obtido êxito na comprovação de tratar-se de ocupação tradicional indígena, veio a ser então objeto de declaração de interesse social para fins de desapropriação, e constituição de reserva indígena, como se vê no Decreto abaixo transcrito:

#### **DECRETO DE 11 DE AGOSTO DE 1992**

Declara de interesse social, para fins de desapropriação, propriedades particulares situadas na área que especifica, situada no Município de São Sebastião, Estado de Alagoas.

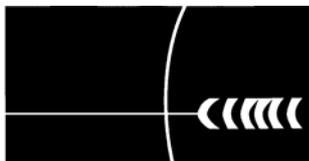
**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos **artigos 26 e 27, da Lei n.º 6.001**, de 19 de dezembro de 1973, e de acordo com os arts. 1.º e 5.º da Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, combinados com o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941,

#### **DECRETA:**

Art. 1.º Fica declarada de interesse social, para fins de desapropriação, as propriedades particulares existentes na área, localizada no Município de São Sebastião, Estado de Alagoas, com a superfície aproximada de 1.810ha (um mil e oitocentos e dez hectares) e perímetro aproximado de 22 km (vinte e dois quilômetros).

Art. 2.º A área de que trata este decreto tem a seguinte delimitação: (...).

Parágrafo único. As coordenadas indicadas neste artigo foram extraídas das Cartas Topográficas SC 24-X-D-V/MI-1598,



## CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO

Órgão anexo à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

Secretariado Nacional

confeccionada pela Sudene - 1971/72 e SC 24-Z-B-II/MI-1667, confeccionada pela DSG/Exército - 1971.

Art. 3.º A área descrita no artigo anterior é destinada a servir de habitat ao grupo indígena Karapotó, passando a integrar a **reserva indígena Karapotó**.

Art. 4.º O Ministério Público Federal promoverá as medidas amigáveis e judiciais necessárias à desapropriação das propriedades particulares, legitimamente tituladas, existentes na área descrita no art. 2º deste decreto, podendo alegar urgência para os efeitos do artigo 15 do decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, com as alterações da Lei nº 2.786, de 21 de maio de 1956.

Art. 5.º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de agosto de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

FERNANDO COLLOR

Célio Borja

(Grifamos)

Declarado o interesse social, cabe então se proceder à Expropriação propriamente dita, o que o art. 5.º da Lei n.º 4.132 / 62 determina possa ser feito conforme as normas legais que regulam a desapropriação por utilidade pública (Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho 1941<sup>18</sup>).

No caso de Reserva Indígena, cuja instalação é atribuída à União pela Lei 6.001/73, a iniciativa da Expropriação cabe à Advocacia da União, sua representante judicial e extrajudicial nos termos do art. 1.º, *caput* da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993<sup>19</sup>.

Conforme a Lei das Desapropriações, a expropriação pode ser feita *mediante acordo* (art. 10), devendo este ser objeto de escritura pública<sup>20</sup> que o comprove, e para a subsequente transcrição no registro imobiliário competente<sup>21</sup>.

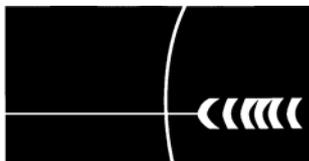
Pode também ser efetuada *judicialmente*, perante a Seção Judiciária Federal correspondente (CF/88, art. 109, inc. I). A Ação Expropriatória deverá conter um pedido de imissão de posse em favor da comunidade indígena, mas deverá demonstrar, igualmente, já terem sido alocados os recursos necessários ao pagamento das indenizações pelo(s) imóvel(is) objeto do Decreto Presidencial.

<sup>18</sup> Lei das Desapropriações.

<sup>19</sup> Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

<sup>20</sup> “Não vale o simples acordo administrativo, não seguido de escritura pública...” (RJTJESP 103/96 109/246). In: NEGRÃO, THEOTÔNIO. Código de Processo Civil. São Paulo, Malheiros Editores, 24.ª Ed., 1993. Nota 1 ao Art. 10 do Decreto-lei n.º 3.365/41.

<sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 513.



Uma vez concluído o procedimento, a demarcação da reserva fica sujeita à homologação do Presidente da República, nos termos do § 1.º do art. 19 da Lei 6001/73.

Desde o advento da Lei, já foram objeto de homologação as seguintes demarcações efetuadas com base no art. 27:

- **Dec. nº 247 de 29/10/1991** - Homologa a demarcação administrativa da Terra Indígena Vargem Alegre, no estado da Bahia. (Povo: Pankaru)
- **Dec. nº 270 de 29/10/1991** - Homologa a demarcação administrativa da Reserva Indígena Guarani, no estado de Minas Gerais. (Povo: Pataxó)
- **Dec. s/n 03/07/1995** - Homologa a demarcação administrativa da Reserva Indígena Ilha do Camaleão, localizada no estado do Amazonas. (Povo: Tikuna)
- **Dec. s/n 11/12/1998** - Homologa a demarcação administrativa da Reserva Indígena Fazenda Baiana, localizada no município de Camamu, estado da Bahia. (Povo: Pataxó)

Também à guisa de exemplo, o Decreto de homologação da demarcação administrativa da reserva indígena Vargem Alegre, do povo Tuxá:

**DECRETO N.º 247, DE 29 DE OUTUBRO DE 1991**

Homologa a demarcação administrativa da terra indígena Vargem Alegre, no Estado da Bahia.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do artigo 84, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos **arts. 19, § 1.º e 26, parágrafo único, alínea a, da Lei n.º 6.001**, de 19 de dezembro de 1973,

**DECRETA:**

Art. 1.º Fica homologada, para os efeitos do artigo 231 da Constituição Federal, a demarcação administrativa promovida pela Fundação Nacional do Índio (Funai), da **reserva indígena Vargem Alegre**, localizada no Município de Serra do Ramalho no Estado da Bahia, com superfície de 981,0815ha (novecentos e oitenta e um hectares, oito ares e quinze centiares) e perímetro de 13.810,00 metros (treze mil, oitocentos e dez metros).

Art. 2.º A terra indígena de que trata este decreto tem a seguinte delimitação: (...).

Art. 3.º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.



Brasília, 29 de outubro de 1991; 170.º da Independência e 103.º da República.

FERNANDO COLLOR  
Jarbas Passarinho

(Grifamos.)

### *III.3.2 – Terras dominiais indígenas.*

Como anteriormente mencionado, prevê o Estatuto do Índio a modalidade das terras dominiais indígenas, que consistem naquelas cuja propriedade pertence à Comunidade, ou ao indígena individualmente considerado, diferentemente das demais (tradicionalmente ocupadas e reservadas) cuja propriedade pertence à União Federal:

“Art. 32 - São de **propriedade plena do índio ou da comunidade** indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.” (Grifamos.)

Ou seja, são aquelas terras adquiridas (individual ou coletivamente) conforme as formas previstas na Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, o Código Civil Brasileiro:

“Art. 530: adquire-se a propriedade imóvel:

- I – Pela transcrição do título de transferência no registro de imóvel.
- II – Pela acessão.
- III – Pelo usucapião.
- IV – Pelo direito hereditário”.

No primeiro caso, o da aquisição do domínio imobiliário *pela transcrição do título de transferência no Registro Notarial de imóveis*, encontramos aquela realizada através de ato inter vivos (CCB, art. 531, *caput*), a exemplo dos contratos de troca ou permuta, compra e venda, e doação.

A primeira forma (*troca ou permuta* - CCB art. 1.164) envolve a disponibilidade de algum outro bem patrimonial a ser oferecido como contrapartida, na realização da transação, hipótese bastante improvável no caso das Comunidades Indígenas, sobretudo aquelas que se encontram desprovidas de suas próprias terras de ocupação tradicional e portanto em estado de absoluta carência.

A segunda (*compra e venda* - CCB arts. 1.122 a 1.163) ocorre quando um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro (CCB, art. 1.122). Nesse caso, além da necessária disponibilidade de recursos necessários ao pagamento, há que se encontrar proprietários dispostos a realizar a venda. Observe-se que através deste tipo de encaminhamento, não se tem a garantia de efetivação daquelas condições aludidas na hipótese de constituição de reserva indígena, ou seja, tamanho e



configuração ecológica compatíveis não só com uma subsistência econômica digna, mas também com a livre manutenção dos usos, costumes e tradições da Comunidade Indígena.

A terceira forma mencionada de transferência da propriedade por ato inter vivos (*doação* – CCB, arts. 1.165 a 1.187) ocorre quando uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita (CCB, art. 1.165). Importante observar que pode este contrato ser praticado tanto por particular, quanto pela própria Administração Pública, Federal, Estadual ou Municipal. Dado ser extremamente improvável venha a ser praticado por um particular, fica evidenciada a importância de vir a ocorrer por iniciativa da Administração Pública. Teríamos aí a doação de terreno público (municipal, estadual ou federal), a qual dependeria, como requisitos, de lei autorizadora que estabeleça as condições para a sua efetivação e da prévia avaliação do bem a ser doado.

É preciso no entanto observar que, mesmo ocorrendo a doação, nada garante que venha a se enquadrar nas condições necessárias à Comunidade Indígena, nem quantitativa, nem qualitativamente.

No segundo caso (aquisição mediante *acessão*), tem-se um acréscimo de imóvel, seja devido a fenômenos naturais ( formação de ilhas; aluvião – depósitos por aterros naturais, ou pelo desvio das águas de um rio; avulsão – deslocamento de terras por força natural violenta; e álveo – leito de rio – abandonado) seja devido ao aumento de seu valor patrimonial em decorrência de construção de obras, ou plantações.

No terceiro caso (aquisição mediante *usucapião* – CCB, arts. 550 a 553), tem-se a “*aquisição do domínio pela posse continuada durante certo lapso de tempo com os requisitos estabelecidos em lei*”<sup>22</sup>.

Importante observar que já no Estatuto do Índio encontramos a Usucapião como uma das formas de aquisição de domínio:

“Art. 33. O índio que ocupe como próprio por cinco anos  
<sup>23</sup> consecutivos, trecho de terra de até cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.”

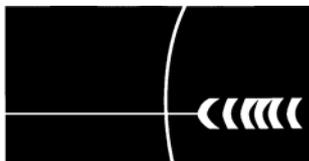
Entretanto, logo adiante, o mesmo dispositivo veda esta possibilidade quando incidente, a ocupação, em terras de ocupação tradicional indígena, em áreas reservadas e em terras de domínio de Comunidade indígena:

“Parágrafo Único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, tradicionalmente ocupadas pelos

---

<sup>22</sup> OLIVEIRA, José Lopes de. Curso de Direito Civil - Direito das Coisas. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 104.

<sup>23</sup> Redação de acordo com o art. 191 da Constituição Federal de 1988. O prazo anterior, dado pelo Estatuto do Índio era de 10 anos.



**CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO**  
Órgão anexo à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil  
**Secretariado Nacional**

índios<sup>24</sup>, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de Comunidade indígena<sup>25</sup>.

No quarto caso (aquisição mediante *direito hereditário*), tem-se como uma das formas a sucessão testamentária, ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte” (CCB, art. 1.626.).

Seja qual a forma aquisitiva empregada, a possibilidade consagrada no Estatuto do Índio, de titularidade do domínio da terra pelos indivíduos indígenas, traz consigo um importante reconhecimento, qual seja, o de caber também aos mesmos o exercício direto de direitos patrimoniais. Trata-se de algo que muitos tendem a desconhecer em razão da má compreensão da situação jurídica dos índios em decorrência da declaração da relativa capacidade presente desde o Código Civil, de 1916 (art. 6.º, inc. III).

Outrossim, nos parece ainda muito mais importante o precedente contido na previsão da titulação dominial da terra pelas Comunidades Indígenas. Durante muito tempo, tratou-se de caso único no País em que o Estado admitia a propriedade da terra por uma coletividade<sup>26</sup>.

Tratando-se de terras indígenas (Lei 6001/73, art. 17, inc. III), as dominiais devem também ser objeto de demarcação, conforme o art. 19, § 1.º do Estatuto do Índio. Durante a vigência do Decreto n.º 22/91, a demarcação era prevista conforme disposto em seu art. 6.º:

“Art. 6.º A demarcação das terras de domínio indígena, referidas no art. 32 da Lei nº 6.001, de 1973, será procedida com base nos respectivos títulos dominiais.”

O atualmente vigente Decreto n.º 1.775/96, da mesma forma que em relação à demarcação das áreas reservadas, também não cuidou de considerar a demarcação das terras dominiais indígenas.

Como terras indígenas que são, as dominiais também ficam sujeitas à homologação do Presidente da República, conforme o § 1.º do art. 19 da Lei 6001/73, tal qual ocorreu com o caso da terra indígena Ibotirama, dos índios Tuxá, no Estado da Bahia:

**DECRETO Nº 379, DE 24 DE DEZEMBRO DE 1991**

Homologa a demarcação administrativa da terra indígena Ibotirama, no Estado da Bahia

<sup>24</sup> Redação de acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 20, inc. XI. A redação original dada pelo Estatuto do índio era “ocupadas por grupos tribais”.

<sup>25</sup> Redação de acordo com a Constituição Federal de 1988, que fala em “Comunidades Indígenas”. A redação original do Estatuto do Índio era “grupo tribal”.

<sup>26</sup> A partir da do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da CF/88, c/c os arts. 215 e 216 da mesma Carta, tornou-se possível a concessão de títulos de propriedade coletiva às Comunidades Remanescentes de Quilombos, já tendo o INCRA emitido títulos desta natureza a 19 Comunidades no estado do Pará, como informam ANDRADI, Lúcia & TRECCANI, Girolamo, em “Terras de Quilombo”. In: LARANJEIRA, Raymundo (Coord.), *Op. Cit.*, p. 594.



**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos **artigos 19, § 1º, e 32, da Lei n.º 6.001**, de 19 de dezembro de 1973,

**DECRETA:**

Art. 1.º Fica homologada, para os efeitos do artigo 231 da Constituição Federal, a demarcação administrativa promovida pela Fundação Nacional do Índio (Funai), da área indígena Ibotirama, localizada no Município de Ibotirama, Estado da Bahia, caracterizada como de **domínio indígena**, com superfície de 2.019,7079ha (dois mil, dezenove hectares, setenta ares e setenta e nove centiares) e perímetro de 20.011,75m (vinte mil, onze metros e setenta e cinco centímetros).

Art. 2.º A área indígena de que trata este decreto tem a seguinte delimitação: (...)

Art. 3.º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de dezembro de 1991; 170º da Independência e 103º da República.

FERNANDO COLLOR  
Jarbas Passarinho

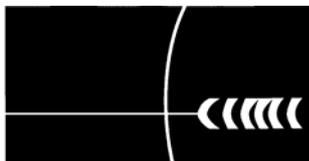
(Grifamos.)

#### IV – O Caso Guarani-M'byá.

Passemos agora especificamente ao caso Guarani-M'byá.

A partir da citada ata n.º 06/CEPI/STCAS, da reunião realizada em 15 de fevereiro de 2000, conseguimos elencar alguns aspectos que estariam em discussão, os quais seriam:

- a) a possibilidade de **comprovação ou não da ocupação tradicional** indígena Guarani-M'byá;
- b) a possibilidade jurídica de **reconhecimento dos direitos territoriais Guarani-M'byá** diante dos atos de ocupação e titulação do local por não-índios;
- c) a adoção da **via da desapropriação** como forma de acesso à terra pelos índios;



d) a adoção da **via da compra** de terras para as comunidades Guarani-M'byá;

e) as **responsabilidades da União**.

f) **possibilidades de contribuição pelo Governo do Estado** do Rio Grande do Sul.

Vejamos o que podemos considerar relativamente a cada um destes aspectos, tendo em vista o anteriormente exposto a respeito dos direitos territoriais indígenas.

**a) A possibilidade de comprovação ou não da ocupação tradicional Guarani-M'byá.**

Há alguns anos o Executivo Federal, diante de reivindicações de Comunidades Guarani-M'byá pela demarcação administrativa de suas terras pela Funai, vem manifestando o entendimento de que tal demarcação estaria inviabilizada em razão da já conhecida mobilidade espacial daquele grupo, sobretudo em decorrência da tradicional busca da "Terra Sem Males".

Assim, graças ao contínuo e histórico deslocamento Guarani-M'byá, ficaria impossibilitada a comprovação da ocupação tradicional indígena quanto às áreas reivindicadas por algumas (ou muitas) de suas comunidades.

Neste sentido nos parece o trecho da mencionada Ata n.º 06/CEPI/STCAS, quando se vê:

"Em resposta aos Guarani de Nonoai, que segundo pesquisa, são originários de terras localizadas em Santa Catarina, Irani Cunha disse que a terra de Santa Catarina deverá ser desapropriada, ..." <sup>27</sup> (!?)

Assim, ao que parece, ao menos em relação aos Guarani de Nonoai, o problema estaria em serem "originários" do vizinho Estado de Santa Catarina, e não "originários" da própria Nonoai.

Aqui uma primeira observação, embora não nos cabendo apreciar o mérito deste caso concreto e específico, tanto por falta de elementos quanto em razão de não ser este o local de fazê-lo. É que este uso que se faz da expressão "originários", no sentido de "proveniente" ou "oriundo" de local determinado, nos parece extremamente perigoso e inadequado quando tomado como medida de averiguação da ocupação tradicional da terra por alguma comunidade indígena.

É que, em primeiro lugar, a expressão "originários" é empregada pela Constituição Federal de 1988 unicamente ao se referir à qualificação dos direitos de posse permanente e

---

<sup>27</sup> Ata n.º 06/CEPI/STCAS, da reunião realizada em 15 de fevereiro de 2000.



usufruto exclusivo de riquezas naturais. Refere-se, como vimos anteriormente, ao reconhecimento destes direitos como sendo congênitos. Assim, os direitos indígenas é que são originários (por existirem antes mesmo do ordenamento jurídico brasileiro), e não os índios (em relação às suas terras).

Aliás, a Constituição não vincula, sob hipótese alguma, a comprovação de os índios serem oriundos, provenientes do local pretendido como elemento caracterizador da ocupação tradicional indígena, muito embora considere como relevante a sua vinculação histórica com o local.

É que, sabiamente, o Constituinte de 1988 considerou que, diante dos séculos de ocupação dos espaços territoriais indígenas pelas diversas frentes colonizadoras, e o conseqüente deslocamento compulsório de povos e comunidades inteiros para outros locais, seria injusto e irreal se restringir o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas apenas em relação ao local de onde fossem originários, oriundos, provenientes. Inclusive em muitos casos, devido inclusive à falta de referências históricas ou à destruição de provas materiais - como por exemplo as arqueológicas, seria quase que impossível comprovar de onde o seriam.

Na verdade o que a Constituição Federal exige, é que se comprove que as terras sejam, segundo os usos, costumes e tradições de determinado povo ou comunidade, habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e na proporção necessária a sua reprodução física e cultural (CF/1988 art. 231, § 1.º).

Como ensina magistralmente Afonso da Silva<sup>28</sup>, a expressão *terras tradicionalmente ocupadas*,

“... não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1.º de abril de 1680, que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão *ocupadas tradicionalmente* **não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles.** Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual é que emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas.” (Grifamos.)

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 718.



**CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO**  
Órgão anexo à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil  
**Secretariado Nacional**

Evidentemente que na comprovação de tais elementos sempre há a presença de elementos históricos a relacionar os índios e o local, mas não necessariamente no sentido de serem do mesmo procedentes, oriundos, originários.

Por isso a Constituição Federal de 88 não fez uso da expressão “imemorial” presente no Estatuto do Índio (art. 26, parágrafo único), e que viria a deturpar o sentido emprestado à ocupação tradicional indígena.

Entretanto, voltando à questão das discussões em torno do caso em tela, se por um lado se faz alusão a um relatório segundo o qual os Guarani de Nonoai seriam provenientes de Santa Catarina e portanto não teriam terras de ocupação tradicional a se demarcar no Rio Grande do Sul, por outro lado, no mesmo documento há uma passagem onde se diz que

“De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho, no RS qualquer área é Guarani...”<sup>29</sup>

A expressão de que em determinada Unidade da Federação qualquer área é indígena nos faz lembrar, de imediato, o antigo e falacioso discurso de que reconhecer as terras tradicionais indígenas significaria a devolução de todo o território brasileiro aos índios, discurso este bastante utilizado pelo *lobby* antiindígena durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Evidentemente não é esta a intenção do Presidente da Funai, mas a expressão preocupa, pois parece constituir-se dos mesmos fundamentos.

Diga-se de passagem que já há 20 anos atrás o Prof. Dalmo de Abreu Dallari<sup>30</sup> comentava a respeito de argumento semelhante:

“É evidente que já não existe a possibilidade prática de devolver aos índios todas as terras que lhes foram tiradas, entre outras coisas porque a maioria das tribos foi dizimada (...) Mas é perfeitamente possível e juridicamente obrigatório respeitar os direitos das tribos remanescentes.”

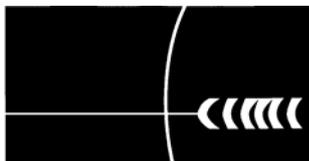
Evidentemente que a citada expressão do Presidente da Funai deve ser interpretada como uma certa alegoria. Afinal de contas, os Guarani-M’byá, como os demais povos indígenas, foram submetidos a uma política genocida, muitas de suas comunidades simplesmente desapareceram e portanto não mais podem reivindicar seus espaços próprios. Além do mais, a terra, para as comunidades indígenas, não é qualquer terra, mas aquele local determinado, com o qual guarda íntimas relações com base no seu modo de vida tradicional.

No entanto, a afirmação do ilustre presidente do órgão indigenista nos parece indicar que se está a reconhecer a existência de fortes elementos quanto à ocupação tradicional Guarani-M’byá no Rio Grande do Sul. Sendo assim, onde estaria a tão propalada dificuldade ou a impossibilidade em se demarcar as terras de ocupação tradicional Guarani-M’byá ?

---

<sup>29</sup> Ata n.º 06/CEPI/STCAS.

<sup>30</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos sobre terras indígenas. *In*. Comissão Pró-Índio de São Paulo. Cadernos n.º 2 - A Questão da Terra. São Paulo : Global, 1981, p. 45.



Impropriedades ou exageros à parte, nos parece que, se “no RS qualquer área é Guarani”, haveria então uma certa facilidade em se reunir os elementos probatórios da ocupação tradicional indígena, e não o contrário.

Ao que parece, o problema não estaria então na dificuldade de comprovação da ocupação tradicional Guarani-M'byá. A dificuldade estaria localizada em outro aspecto, como se vê em seguida.

**b) A possibilidade jurídica de reconhecimento dos direitos territoriais Guarani-M'byá diante dos atos de ocupação e titulação por não-índios.**

Logo após afirmar que “no RS qualquer área é Guarani”, o Presidente da Funai completa:

**“... entretanto a sobreposição do sistema jurídico tirou o direito de propriedade dos Guarani. Áreas como Itapuã, onde não se colocou propriedade privada sobre as áreas, pode-se demarcar. (...) em virtude da legislação, depois de 1934 há necessidade de utilizar-se de argumentos jurídicos para a desapropriação, antes de 1934 não há problema.” (Grifamos.)**

Aqui é que nos parece estaria localizado o problema.

E o problema não seria outro senão a difusão e a opção por uma dada interpretação jurídico-doutrinária segundo a qual só estariam protegidos os direitos indígenas relativamente às terras que estivessem concretamente ocupando quando do advento da Constituição Federal de 1934.

Primeira a tratar dos direitos territoriais indígenas, a CF/1934 dispunha:

**“Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”**

Ao interpretar o dispositivo, o jurista Pontes de Miranda formulou à época um entendimento restritivo no sentido de que a localização permanente não seria um direito projetado para o futuro, mas uma condição prévia que deveria ser comprovada de fato para que a posse indígena fosse então objeto da proteção constitucional.

Esta interpretação, que vem ganhando força nos Tribunais, passou a ser mais difundida em meados dos anos 1990 através do Ministro Nelson Jobim (então Ministro de Estado da Justiça do Governo Fernando Henrique Cardoso, e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal), estendendo-se também ao então Presidente da Funai, o advogado Julio M. G. Gaiger.

Ao que tudo indica, o atual Presidente do órgão indigenista oficial também teria optado pelo mesmo entendimento. Daí dizer que “em virtude da legislação, depois de 1934 há necessidade de utilizar-se de argumentos jurídicos para a desapropriação, antes de 1934 não há problema.” Ou seja, havendo comprovação de os índios estarem ocupando a terra até 1934, e



mesmo depois desta data, não haveria problema, pois estariam “permanentemente localizados”. No entanto, não havendo comprovação desta “localização permanente”, haveria a “necessidade de utilizar-se de argumentos jurídicos para a demarcação”.

Supomos que no caso Guarani-M’byá deveriam as mesmas terras estar ocupadas por não-índios quando do advento da Constituição Federal de 1934, não havendo portanto elementos comprovadores de estarem “permanentemente localizados” nas mesmas. Este parece ser o obstáculo apontado pela Funai a impedir a demarcação daquelas terras nos termos do art. 231 da Constituição Federal de 1988, levando então ao estímulo para a solução da questão através de encaminhamentos alternativos.

Cumprimenta observar que, em que pese ser problemática a corrente doutrinária à qual parecem ir se filiando os sucessivos Presidentes do órgão indigenista oficial (inclusive o atual), o mencionado obstáculo não deve ser visto como intransponível ou de caráter absoluto.

Afinal, os problemas aqui colocados em relação aos Guarani-M’byá, não são exclusivos deste povo, nem dos povos indígenas no estado do Rio Grande do Sul, nem de todos os situados na região sul do País. Em todo o restante do território brasileiro, sobretudo nas regiões Nordeste, Sudeste e Mato Grosso do Sul, além da própria região Sul, encontramos terras indígenas sobre as quais o processo de esbulho consumou-se de forma mais intensa ainda no final do século XIX, com a titulação a particulares e expulsão dos índios do local. No Nordeste e Sudeste, por exemplo, quase todos os povos foram dados como extintos, sumindo inclusive dos mapas de publicações antropológicas especializadas, como em Alcida Rita Ramos<sup>31</sup> (mesmo numa época em que tais povos “desaparecidos” retomavam a posse de seus territórios tradicionais e trocavam idéias em torno de Assembléias Indígenas).

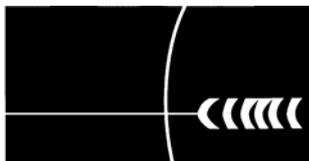
Pois bem. A despeito da antigüidade da ocupação não-indígena, a despeito de em muitos casos os índios não se encontrarem mais nas suas terras à época da promulgação da Constituição Federal de 1934, a despeito do fato de estarem quase todas estas terras tituladas em nome de particulares, a despeito de tudo isso vêm as mesmas sendo demarcadas como terras de ocupação tradicional indígena e bens da União Federal. Algumas chegaram até mesmo a obter o reconhecimento judicial da ocupação tradicional indígena, apesar de nem terem ainda sido objeto de tal demarcação administrativa.

Se o problema com relação às áreas Guarani-M’byá decorre dos títulos de propriedade pertencentes aos colonos, então cabe a pergunta: será que os títulos concedidos a particulares no Nordeste e Sudeste valeriam menos? Acreditamos que não, e, incidindo em terras indígenas, seriam igualmente nulos.

Portanto, discordamos frontalmente do entendimento de que a demarcação das terras Guarani-M’byá estaria prejudicada ou impossibilitada pela ausência de comprovação da localização permanente indígena em 1934, e que diante de tal fato os títulos de propriedade de não-índios ali incidentes estariam legitimados desde a Constituição Federal naquele ano promulgada.

---

<sup>31</sup> RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades Indígenas*. São Paulo : Ática, 1986.



A Constituição Federal de 1988 é bastante clara ao reconhecer os direitos originários dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas, e ao declarar a nulidade de todos os atos de ocupação, domínio, posse e usufruto incidentes sobre as mesmas.

Aliás, os direitos originários já haviam sido objeto de reconhecimento formal desde 1680, através de Alvará Régio. Este reconhecimento, segundo João Mendes Júnior, nunca fora abolido, tendo permanecido no ordenamento jurídico desde tempos coloniais.

Conforme explica o advogado indigenista Paulo M. Guimarães<sup>32</sup>:

**“A correta compreensão da natureza jurídica da posse da terra pelos índios, enquanto direito congênito, conforme exposto por João Mendes Junior conforma significativa importância, na medida em que rompe com o balisamento doutrinário representado pelo entendimento de Pontes de Miranda, no sentido de que somente as terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1934, seriam reconhecidas como de posse indígena e consequentemente de domínio da União.**

Este entendimento ainda hoje é adotado por vários Juízes e Tribunais no país e por agentes administrativos, como o ex-ministro de Estado da Justiça e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim.

Embora a orientação predominante da jurisprudência nacional confirme os direitos possessórios dos índios, esta garantia ainda é limitada, neste tema, pela aplicação do entendimento firmado por Pontes de Miranda, sendo extremamente importante o avanço de estudos e pesquisas jurídicas no sentido de difundir e melhor compreender a precisa natureza jurídica da relação dos índios com suas terras, como o demonstram João Mendes Junior, José Afonso da Silva, Dalmo Dallari, Raymundo Laranjeira e Roberto Santos.” (Grifamos.)

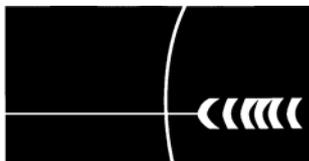
É necessário no entanto se considerar que em alguns casos a determinação constitucional de a União proceder à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios fica inviabilizada.

Isto ocorre geralmente em duas situações bastante específicas: ou quando não mais existem terras tradicionalmente ocupadas a demarcar, ou quando a administração pública não consegue reunir os elementos comprobatórios da posse indígena.

O primeiro caso via de regra decorre de circunstâncias nas quais as terras tradicionalmente ocupadas ficam inviáveis à ocupação da respectiva comunidade indígena ou à ocupação humana em geral. Como exemplos, temos as terras submersas, no todo ou em parte, pelos lagos de Usinas Hidrelétricas.

---

<sup>32</sup> GUIMARÃES, Paulo M. *Op. Cit.*, p. 552.



O segundo caso ocorre quando sobre a área que se pretende demarcar, a Administração Pública não consegue reunir os elementos comprobatórios da ocupação tradicional indígena, malgrado esforços empreendidos nos estudos de identificação e delimitação.

A ocorrência de tais situações não pode contudo significar que as comunidades indígenas sejam condenadas à privação das condições territoriais mínimas necessárias à continuidade de sua existência.

Deve a Administração Pública, diante de tais circunstâncias, providenciar a adoção de medidas alternativas, tendo em vista o cumprimento do princípio constitucional de respeito e proteção à organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e todos os bens indígenas.

**c) A adoção da via da desapropriação como forma de acesso à terra pelos índios.**

A via da desapropriação pode consistir numa das medidas alternativas de que dispõe a Administração Pública no sentido de garantir a sobrevivência física e cultural de determinadas Comunidades Indígenas que se vejam diante de circunstâncias especiais, tais como o “desaparecimento” de suas terras de ocupação tradicional ou a absoluta falta de comprovação da caracterização de uma terra pleiteada enquanto tal.

Como é sabido, a *desapropriação* consiste em meio de intervenção do Estado na propriedade privada.

Como dizia Lopes Meirelles<sup>33</sup>,

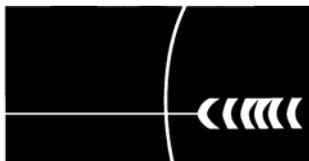
“... é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para o superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social mediante prévia e justa indenização em dinheiro.”

Como vimos anteriormente, dispõe a Carta Magna de 1988 que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, gravados com as cláusulas da indisponibilidade e inalienabilidade. Assim sendo, não são passíveis de atos de transferência de propriedade de que falava Lopes Meirelles. Assinale-se aliás que a proibição de alienação das terras indígenas sempre foi uma constante nos diversos textos constitucionais durante o século XX. A própria Lei n.º 6.001/73 mencionava, como ainda menciona, que sobre elas não poderá recair a desapropriação (art. 38).

Portanto, a adoção da via da desapropriação de terras com o intuito de servirem à posse e ocupação de Comunidades Indígenas, é providência que não pode recair de forma alguma sobre as próprias terras de ocupação tradicional, uma vez que já são patrimônio da União, e unicamente àquele fim destinadas.

---

<sup>33</sup> MEIRELLES, Ely Lopes. *Op. Cit.*, p. 548.



A desapropriação só pode ser empregada em relação às terras de domínio particular ou sobre terras públicas disponíveis.

Mas para que isto aconteça é necessário que se tenha absoluta certeza de não tratar-se, o local pretendido, de terra de ocupação tradicional, de restar comprovado, em procedimento administrativo específico, a não incidência dos elementos contidos no § 1.º do art. 231 da Constituição Federal. Ou seja, deve-se primeiramente realizar os estudos necessários para a verificação de uma eventual ocorrência de ocupação tradicional indígena. Na eventualidade de estar esta descartada, possibilita-se então à administração pública o procedimento necessário à desapropriação da área pretendida.

No caso Guarani-M'byá, tem se levantado a possibilidade de uso da desapropriação como mecanismo de acesso à terra pelas Comunidades Indígenas.

Entendemos tratar-se de uma possibilidade a ser considerada, mas só depois de esgotada qualquer possibilidade de demarcação administrativa da área apontada pelos índios, por absoluta falta de comprovação da ocupação tradicional indígena.

Isto quer dizer que a área deve ser, necessária e inicialmente, objeto de estudos por um Grupo de Trabalho (GT) de identificação e delimitação, conforme disposto no art. 2.º, § 1.º do Decreto n. 1.775/96.

Tal GT deverá, ainda de conformidade com o mencionado Decreto, apresentar as conclusões do seu trabalho em relatório circunstanciado (art. 2.º, § 6.º), no qual informará tratar-se ou não o local estudado, de terra tradicionalmente ocupada pelos índios.

Apenas no caso de as conclusões do referido relatório virem a demonstrar a não caracterização desta forma de ocupação, é que se poderá então adotar concretamente a via da desapropriação.

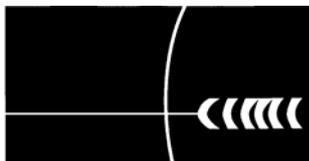
Através deste ato poderá então a Administração Pública resguardar os direitos territoriais da Comunidade Indígena respectiva através da constituição do local como Reserva Indígena, nos termos do art. 27 da Lei Federal n.º 6.001/73.

#### **d) A adoção da via da compra de terras para as Comunidades Guarani-M'byá.**

Outra possibilidade aventada em relação ao caso Guarani-M'byá é a da compra de terras e sua transcrição para o domínio da (ou das) Comunidade Indígena respectiva.

Como vimos anteriormente, uma Comunidade Indígena, mesmo constituindo-se em ente coletivo, também pode ser detentora da propriedade da terra, tal como estabelecido no art. 32 da Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Portanto, em princípio nada obsta a que uma Comunidade Guarani-M'byá venha a tornar-se proprietária de determinada superfície territorial, o que, ainda segundo o mesmo art. 32 da Lei n.º 6.001/73, deve ocorrer segundo as formas de aquisição do domínio, nos termos da



legislação civil: *troca ou permuta, compra e venda, doação, acessão, usucapião e sucessão hereditária.*

Esta possibilidade que se levanta, de compra de determinado local para os índios, viria no sentido de se solucionar a situação em que atualmente se encontram, desprovidos de uma base territorial própria e por conseguinte das condições mínimas de sobrevivência. Seria vista, a compra de terras, como outra alternativa de solução para o problema, ante uma suposta inviabilidade da demarcação da terra tradicionalmente ocupada (idéia essa da qual discordamos, sem a apresentação de laudo circunstanciado que o comprove).

Então, uma possibilidade discutida é a da *compra*. Entretanto, daí decorre outra, a da *doação*, uma vez que a idéia da compra é associada com o repasse da área adquirida, para o patrimônio da Comunidade Indígena.

A idéia seria portanto de a Administração Pública vir a adquirir, mediante *compra*, determinada área, providenciando em seguida a sua *doação* para a Comunidade ou as Comunidades Indígenas em questão.

Vejamos inicialmente quanto à possibilidade de *compra*.

Para a realização das suas finalidades, pode a Administração Pública proceder à aquisição de bens, móveis ou imóveis – como seria o caso. Quando o faz, segue também aquelas formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil, às quais nos reportamos anteriormente.

Contudo, há que se observar que os atos neste sentido praticados pela Administração Pública não possuem o mesmo grau de facilidade, de liberalidade, que os praticados por particular. A **aquisição de bens imóveis**, pela Administração Pública só é possível mediante a satisfação de requisitos e regras impostos pela legislação. Lopes Meirelles<sup>34</sup> já observava que:

“De um modo geral, a aquisição onerosa de imóvel depende de **autorização legal e de avaliação prévia**, podendo dispensar concorrência se o bem escolhido for o único que convenha à administração.

Toda aquisição de bens pela Administração deverá constar de **processo regular** no qual se especifiquem as coisas a serem adquiridas e sua destinação, a **forma e as condições de aquisição**, e as **dotações próprias** para a despesa a ser feita com **prévio empenho** (Lei federal 4.320/64<sup>35</sup>, art. 60) nos termos do contrato aquisitivo, precedido de licitação, quando for o caso (Lei 4.320/64, art. 70 e legislação estadual e municipal pertinentes).” (Grifamos.)

E logo em seguida avisa:

<sup>34</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 494.

<sup>35</sup> Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.



“O desatendimento das exigências legais na aquisição de bens para o patrimônio público poderá dar causa à invalidação do contrato, até mesmo por ação popular (Lei 4.717/65, arts. 1.º e 4.º), e à responsabilização do infrator por emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Código Penal, art. 315; no caso de Prefeito Municipal, Decreto-Lei 201/67<sup>36</sup>, art. 1.º, I e III), além do ressarcimento do dano, se houver lesão aos cofres públicos.”

Como se vê, não pode a Administração Pública simplesmente sair adquirindo bens imóveis como se fora um particular efetuando transação com base apenas em sua vontade e poder aquisitivo. O ato deve ser efetivado de acordo com as prescrições legais específicas sob pena de nulidade.

Há ainda que se considerar, no que tange à questão indígena, a necessidade de a Administração Pública se acautelar quanto à eventual possibilidade de os imóveis que se pretenda adquirir virem a incidir em terras de ocupação tradicional indígena, caso em que seriam bens patrimoniais da União.

Ou seja, o fato de uma comunidade indígena vir a manifestar o desejo de ser assentada em determinada superfície territorial, deve servir como indício da possibilidade de a mesma se tratar na verdade de terra tradicionalmente ocupada por aquela comunidade. Se assim o for, não pode ser objeto de aquisição nem pela União, dado que já se inclui no rol de seus bens patrimoniais, muito menos pelo Poder Público Estadual ou Municipal uma vez que, como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, seriam indisponíveis e inalienáveis.

Temos esta cautela como indispensável, ainda mais no caso em tela, pois, como vimos anteriormente<sup>37</sup>,

“De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho, no RS qualquer área é Guarani...”

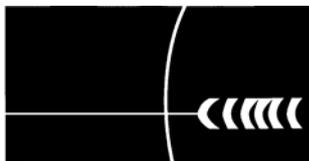
Entendemos assim que as áreas eventualmente indicadas pelas Comunidades Guarani-M'byá para efeito de aquisição pela Administração Pública devam ser previamente submetidas a estudos de identificação e delimitação, conforme a regra do Decreto n.º 1.775/96, só vindo a serem adotadas as formalidades necessárias à sua aquisição pelo Poder Público caso comprovado no respectivo relatório circunstanciado a não ocupação tradicional indígena.

Vejamos agora relativamente à possibilidade de *doação* do bem adquirido para as Comunidades Indígenas.

Como vimos anteriormente, doação é outro contrato de natureza civil (Código Civil, art. 1.165), através do qual se efetua a aquisição de bem imóvel.

<sup>36</sup> Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências.

<sup>37</sup> Ata n.º 06/CEPI/STCAS.



Mas apesar de ser contrato de natureza civil, também a Administração Pública pode dele fazer uso, como forma de transferência para o patrimônio de outrem, mas desde que o bem esteja desafetado do uso público, consistindo então em bem patrimonial disponível.

Conforme Lopes Meirelles<sup>38</sup>,

“Essas doações podem ser com ou sem encargos e em qualquer caso dependem de **lei autorizadora**, que estabeleça as condições para a sua efetivação, e de **prévia avaliação** do bem a ser doado e de **licitação**.” (Grifamos.)

Satisfeitos tais requisitos, e desde que a área que se pretenda objeto da doação comprovadamente *não se caracterize como terra tradicionalmente ocupada pelos índios*, pode então a Administração Pública vir a efetuar a transferência de seu domínio para determinada(s) Comunidade(s) Indígena(s), no caso, Guarani-M'byá.

No entanto, cumpre observar ainda que Lopes Meireles<sup>39</sup> já chamava atenção ao fato de que modernamente a doação vem sendo substituída pelo contrato de “concessão de direito real de uso”:

“A concessão (...) substitui vantajosamente a maioria das alienações de terrenos públicos, razão pela qual deverá ser sempre preferida, principalmente nos casos de venda ou doação.”

Trata-se de instituto estabelecido no art. 7.º do Decreto Lei n.º 271<sup>40</sup>, de 28.02.1967, pelo qual

“Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.”

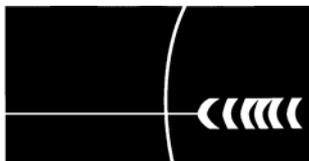
A *concessão de direito real de uso* consiste então em contrato administrativo, onde a propriedade continua sendo do Poder Público, tendo o concessionário o direito apenas ao seu uso, o qual deve ser estipulado no contrato respectivo. Cabe à Administração Pública certificar-se de que a utilização do imóvel ocorra de acordo com a finalidade contratual. Caso não esteja, reverte o imóvel à Administração concedente.

Para a sua realização é necessário no entanto que haja *autorização legal e concorrência prévia*, dispensada esta quando o beneficiário for outro órgão ou entidade da Administração Pública (Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>41</sup>).

<sup>38</sup> MEIRELLES, Ely Lopes. *Op. cit.* p. 486.

<sup>39</sup> \_\_\_\_\_ . *Op. cit.* p. 438.

<sup>40</sup> Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências.



Um último e importante aspecto acerca da possibilidade de doação ao patrimônio da Comunidade indígena é trazido pela realidade atual, não devendo ser desconsiderado no caso em tela. Como se sabe, por força da Lei n.º 6.001/73, às terras de domínio das comunidades indígenas são estendidas as mesmas medidas de caráter protetivo incidentes sobre as terras ocupadas (tradicionalmente) e sobre as áreas reservadas, como se vê abaixo:

**“Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.**

**§ 1.º - Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos assim como de atividade agropecuária.”**

Assim, a Lei 6.001/73 protege as terras pertencentes ao domínio das comunidades indígenas contra atos de arrendamento ou qualquer ato ou negócio jurídico que venha restringir o pleno exercício da posse indígena, e do usufruto exclusivo das suas riquezas naturais.

Ocorre que o Executivo Federal acaba de enviar ao Congresso Nacional uma emenda alternativa ao Substitutivo do Deputado Luciano Pizzatto, substitutivo este que trata do Projeto de Lei n.º 2.057/91, que dispõe sobre o “Estatuto das Sociedades Indígenas”.

Em seu texto alternativo, o Executivo propõe fazer constar no rol das terras indígenas, apenas as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e as áreas reservadas, *deixando de fora as de domínio das comunidades indígenas*:

“Art. 46. São terras indígenas:

I – as terras **tradicionalmente ocupadas** pelos índios;

II as terras **reservadas pela União**, destinadas à posse e à ocupação pelos índios.

Art. 47. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e as que lhes forem reservadas são bens da União, **inalienáveis e indisponíveis, e destinam-se à sua posse permanente, não podendo ser objeto de quaisquer atos que restrinjam o pleno exercício da posse pelos próprios índios.**

Parágrafo único. Aplica-se às terras indígenas destinadas à posse permanente e usufruto exclusivo das comunidades indígenas **o disposto neste artigo e, no que couber, as ações do órgão federal indigenista definidas nesta lei para a proteção e regularização fundiária** das terras tradicionalmente ocupadas ou reservadas.” (Grifamos)

---

<sup>41</sup> Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.



Pela mesma proposta, os bens *imóveis das comunidades indígenas, que vierem a adquirir na forma da legislação civil* (art. 16, inc. III da Emenda do Executivo), integram apenas o Patrimônio Indígena (art. 16), cabendo à comunidade detentora do título a sua administração (art. 18).

Ou seja, propõe agora o Executivo Federal que as terras dominiais indígenas *sejam despidas daquelas formas de proteção* que recaem sobre as terras tradicionalmente ocupadas e as reservadas, passando então a ser livremente administradas pela comunidade proprietária.

Isso significa que, se aprovada neste aspecto a Emenda do Executivo, nada obstará a que as terras pertencentes ao domínio das comunidades indígenas venham a ser arrendadas, exploradas economicamente por terceiros, ou até mesmo alienadas, isto tudo por decisão própria das comunidades e de seus representantes.

Creemos não ser necessário dizer aqui dos enormes riscos que tal possibilidade poderá trazer para a manutenção do patrimônio indígena e a própria sobrevivência das comunidades colocadas diante de tal situação, dadas as enormes pressões sobre a propriedade da terra e o histórico desrespeito aos direitos indígenas. Entre os povos indígenas do Nordeste, por exemplo, não são poucos os relatos de casos ocorridos na primeira metade do século XX, nos quais várias lideranças foram forçadas à venda de partes de terras indígenas, sob a mira de armas de fogo.

Assim sendo só podemos concluir, diante desta nova perspectiva apontada pelo Executivo Federal, que a disponibilização de terras para uma comunidade indígena através da via da *doação* passaria a ser algo temerário e imprudente, pois as terras dominiais indígenas ficariam enormemente vulneradas, não se podendo mais lançar mão dos mesmos instrumentos protetivos dos quais hoje se pode dispor com base na Lei n.º 6001/73.

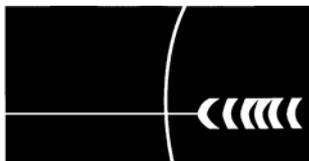
Tendo-se em vista o famoso “rolo compressor” do governo no Congresso Nacional, os riscos de tal proposta vir a ser aprovada são consideráveis.

#### **e) As responsabilidades da União.**

Consagrou o ordenamento jurídico-constitucional pátrio o princípio da proteção especial da União Federal às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios bem como a todos os bens indígenas, determinando inclusive a proteção de sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e processos próprios de aprendizado.

De acordo ainda com a sistemática constitucionalmente adotada, a responsabilidade e o interesse Federal sobre a questão indígena são caracterizados também: na propriedade das terras tradicionalmente ocupadas; na incumbência à União em demarcá-las; na competência da Justiça Federal em julgar as disputas sobre direitos e interesses indígenas e, via de consequência, na competência do Ministério Público Federal em defender aqueles mesmos direitos e interesses; e na competência exclusiva do Congresso Nacional em legislar sobre populações indígenas.

É portanto patente a responsabilidade do Poder Público Federal sobre a questão indígena.



No caso Guarani-M'byá, entendemos que a responsabilidade do ente Público Federal ocorra do seguinte modo:

➔ ***demarcação administrativa.***

Consiste na primeira possibilidade a ser tentada, não de modo facultativo, mas obrigatório, tendo em vista a determinação constitucional contida no *caput* do art. 231 da Carta Política de 1988:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios (...) os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las...”

Dado ser de conhecimento histórico, e atualmente público e notório, a presença Guarani-M'byá no Estado do Rio Grande do Sul, deve o Executivo Federal, através da Fundação Nacional do Índio – Funai, proceder à exata localização das terras tradicionalmente ocupadas pelas atuais comunidades daquele povo, que atualmente se encontrem total ou parcialmente desprovidas de suas terras.

Para tanto, deve o Presidente do órgão baixar portaria constitutiva de Grupo Técnico de Identificação e delimitação, conforme disposto no Decreto n.º 1.775/96, que diz:

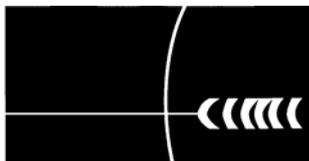
“Art. 2.º (...)

§ 1.º. O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.”

Entendemos, inclusive, não se sustentar o argumento corrente através de alguns segmentos, de que a comprovação da ocupação tradicional Guarani-M'byá seria impossibilitada pela sua mobilidade espacial. Afinal, não diz a Constituição que a ocupação tradicional é aquela que se dá de acordo com os usos, costumes e tradições indígenas ?

Impõe-se ao Presidente do órgão indigenista oficial a adoção imediata da medida acima mencionada, não lhe cabendo, de modo algum, proceder ao pre-julgamento da questão, conforme se evidencia a partir da Ata n.º 06/CEPI/STCAS:

“De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho, no RS qualquer área é Guarani, entretanto a **sobreposição do sistema jurídico tirou o direito de propriedade dos Guarani**. Áreas como Itapuã, onde não se colocou **propriedade privada sobre as áreas**, pode-se demarcar. Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho, **em virtude da legislação, depois de 1934**



**há necessidade de utilizar-se de argumentos jurídicos para a desapropriação, antes de 1934 não há problema.” (Grifamos)**

Vindo o relatório circunstanciado do GT de identificação a comprovar a ocupação tradicional Guarani-M'byá, deve o representante do órgão indigenista oficial:

- diligenciar no sentido de serem efetuadas as indenizações de ocasionais benfeitorias derivadas de ocupação não-indígena de boa-fé acaso incidentes, conforme preceitua o § 6.º do art. 231 da Constituição Federal de 1988 e de conformidade com os elementos acostados aos autos administrativos pelo respectivo levantamento fundiário ( Dec. 1.775/96, art.2.º, § 1.º e 2.º );
- exigir do órgão fundiário federal – INCRA, o cumprimento com o disposto no art. 4.º do Dec. 1.775/96, no sentido de que dê prioridade ao reassentamento daqueles ocupantes, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.

Só em não havendo comprovação da ocupação tradicional indígena, hipótese a ser demonstrada pelo relatório circunstanciado do GT de identificação e delimitação, deve o representante do órgão indigenista diligenciar no sentido de serem adotadas formas alternativas de acesso à terra pelos Guarani-M'byá.

### **➔ criação de Reserva Indígena.**

A responsabilidade da União Federal para com as populações indígenas não se extingue com a inexistência ou a impossibilidade de comprovação da ocupação tradicional indígena.

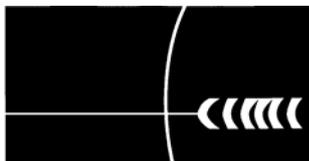
Portanto, a primeira alternativa a ser considerada, na eventualidade desta forma de ocupação não vir a ser comprovada pelo GT de identificação e delimitação no caso Guarani-M'byá, deve ser a criação de *Reserva Indígena*.

Como dispõe a Lei 6001/73, o ato de criação das Reservas Indígenas, como espécies de Áreas Reservadas que são, é de responsabilidade da União Federal:

**“Art. 26. 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 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;**  
(...)



Art. 27. Reserva indígena é **uma área destinada a servir de *habitat*** a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.”

(Grifamos.)

Tratando-se de modalidade de terra indígena (Lei 6001/73, art. 17, inc. III), *as reservas gozam de mecanismos especiais de proteção*, não podendo ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta ou do usufruto das riquezas naturais pela comunidade indígena, daí ser a *alternativa mais segura* diante dos casos excepcionais de inexistência da terra tradicionalmente ocupada ou de impossibilidade de sua comprovação.

Dado caber à União o estabelecimento de reserva indígena em qualquer parte do território nacional, e dado caber também à mesma União a proteção e respeito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas, a reserva deverá portanto ser estabelecida em local condizente com esta proteção da sobrevivência física e cultural da comunidade indígena determinada. Ou seja, deve a União estabelecê-la em local apropriado ao exercício dos usos, costumes e tradições desta comunidade, o que, necessariamente, deve significar o respeito à manifestação de vontade da Comunidade sobre o local a ser escolhido.

Deve então o Executivo Federal providenciar a criação da reserva indígena, o que pode ser efetuado mediante desapropriação por interesse social, conforme disposto na Lei n.º 4.132, de 10 de Setembro de 1962.

Ocorre lamentavelmente, que, segundo teria dito o atual presidente do órgão indigenista oficial<sup>42</sup>,

“... não há procedimento dentro da FUNAI para fazer desapropriação e nem dinheiro(...) , pode-se tentar repasse das áreas do estado para a União. (...) o esforço é de conseguir fazer coisas fora do orçamento da FUNAI ...”

Ou seja, ao que parece, o Governo Federal estaria tentando de todos os modos se eximir de sua responsabilidade para com os Guarani-M'byá.

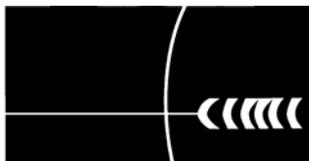
Primeiro, fazendo um prejulgamento quanto à impossibilidade da ocupação tradicional indígena, e filiando-se e reforçando uma corrente jurídico-doutrinária diametralmente oposta ao reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras, o que leva necessariamente à inviabilização da demarcação administrativa.

Agora, alegando falta de procedimento e de recursos para a desapropriação, ato este que viria a possibilitar a constituição das áreas como reservas indígenas.

Assim, sugere que se tente o “repasse de áreas do Estado para a União”, pois “o esforço é conseguir fazer coisas fora do orçamento da Funai”.

---

<sup>42</sup> Ata n.º 06/CEPI/STCAS.



Então, segundo se depreende, quer o Governo Federal no caso em tela, repassar para o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, tanto a responsabilidade que a Carta Política de 1988 conferiu de forma peremptória à União Federal (a demarcação das terras indígenas tradicionalmente ocupadas e sua proteção), quanto a à mesma foi atribuída pela Lei n.º 6.001/73 (o estabelecimento de reserva indígena).

Obviamente se deve argumentar que tudo se trata apenas do estabelecimento de uma política de parceria com a atual Administração Pública estadual, aproveitando a sua reconhecida sensibilidade para com a questão indígena em particular e as questões sociais de um modo geral.

Contudo, a legislação em torno do assunto é muito clara, não deixando margens de dúvidas. A questão da proteção aos direitos territoriais indígenas é terminantemente de responsabilidade da União Federal.

**f) possibilidades de contribuição pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul.**

Isto tudo não quer dizer, porém, que a administração pública estadual ou municipal estejam eximidas de quaisquer responsabilidades para com os índios. Muito pelo contrário.

O art. 2.º da Lei n.º 6.001/73, prevê que:

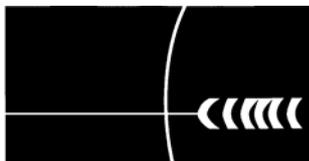
**“Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:**

**I – estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação; (...)”**  
(Grifamos.)

A questão no caso em tela seria verificar como poderia o Estado do Rio Grande do Sul, *nos limites de sua competência*, prestar a sua contribuição às comunidades Guarani-M’byá, a elas estendendo, no que fosse necessário e possível, os benefícios da legislação comum.

Nosso entendimento é de que o ente estadual pode assim prestar uma inestimável colaboração no caso Guarani-M’byá. E pode fazê-lo *não substituindo as responsabilidades que são da União*, mas adotando medidas suplementares e concomitantes às de competência do ente público federal.

Ou seja. Parece-nos bastante razoável, neste sentido, a possibilidade de a administração estadual vir a providenciar a *disponibilização em caráter provisório de terras de seu domínio*, onde as comunidades pudessem se acomodar pelo decurso de tempo que fosse necessário à tramitação dos atos da União, tendentes à demarcação administrativa ou à criação de reserva indígena – se for o caso. Desta forma os índios poderiam deixar seus acampamentos à beira da estrada e passar a viver provisoriamente, mas em segurança, em local a este fim destinado pela administração pública estadual, enquanto a União procede aos estudos de identificação e



delimitação, demarca o espaço territorial próprio da comunidade ou lhe estabelece, seja este o caso, um local para *habitat* através da criação de reserva.

Para tanto, entendemos que poderia o representante da Administração pública estadual estudar a possibilidade de valer-se de uma das modalidades administrativas de *uso especial de bem público por particulares*.

Segundo Lopes Meirelles<sup>43</sup>,

“*Uso especial* é todo aquele que, por um título individual, a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas.”

Pode ser estabelecido

“... mediante contrato ou ato unilateral da Administração, na forma autorizada por lei ou regulamento ou simplesmente consentida pela autoridade competente.”<sup>44</sup>

O *uso especial de bem público* pode ocorrer conforme as seguintes modalidades:

◆ *Por ato unilateral, discricionário e precário da Administração Pública:*

▪ **Autorização de Uso** ( Uso sem forma nem requisitos especiais; atividades transitórias e irrelevantes para o Poder Público; ato escrito e revogável sumariamente; dispensa lei autorizativa e licitação)<sup>45</sup>;

▪ **Permissão de Uso** (Ato negocial; uso com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado; modificável e revogável unilateralmente pela Administração por exigência do interesse público; no interesse da coletividade; independente de lei autorizativa mas exige licitação, podendo a legislação da entidade competente impor requisitos e condições para sua formalização e revogação.<sup>46</sup> );

◆ *Através de Contrato Administrativo:*

▪ **Concessão de Uso** (Condições convencionadas com a Administração: remunerado ou gratuito, por tempo certo ou indeterminado; precedido de autorização legal e licitação.<sup>47</sup> )

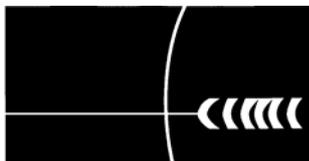
<sup>43</sup> MEIRELLES, Ely Lopes. *Op. cit.* p. 474.

<sup>44</sup> \_\_\_\_\_ . *Op. cit.* p. 475.

<sup>45</sup> \_\_\_\_\_ . *Op. cit.* p. 475.

<sup>46</sup> \_\_\_\_\_ . *Op. cit.* p. 476.

<sup>47</sup> \_\_\_\_\_ . *Op. cit.* p. 478.



▪ **Concessão de Direito Real de Uso** (Uso remunerado ou gratuito; como direito real resolúvel<sup>48</sup>; fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social.<sup>49</sup>).

Poderia então vir o Estado a estudar a modalidade mais adequada ao caso em tela, considerando as necessidades mais prementes da Comunidade Indígena e as possibilidades conferidas pela legislação estadual relativa ao assunto.

Entendemos haver ainda outra importante forma de contribuição do ente estadual para com os Guarani-M'byá, qual seja, a *colaboração no reassentamento de eventuais ocupantes não-indígenas* das terras que se identifique como de ocupação tradicional.

Dado que a demarcação de terras indígenas consiste em obrigação da União Federal, dispõe o Decreto n.º 1775/96 que tal reassentamento seja efetuado pelo órgão fundiário federal:

“Art. 4.º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o **órgão fundiário federal** dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.”

No entanto, nada obsta a que o órgão fundiário *estadual* venha a colaborar com a tarefa, utilizando-se para isto do instituto da *desapropriação por interesse social* (Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962):

“Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso **ao bem estar social**, na forma do art. 147 da Constituição Federal.” (Grifamos.)

No caso, obviamente, não se objetivaria a “justa distribuição da propriedade”, o que consistiria em desapropriação para a Reforma Agrária – de competência exclusiva da União - , mas com a finalidade de *promoção do bem estar social*, permitido a cada entidade estatal (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios) nos limites de sua competência.

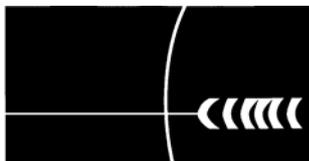
Por último, vislumbramos ainda uma outra possibilidade de contribuição do Estado do Rio Grande do Sul no caso, o que se relaciona ao âmbito das providências da União para a demarcação administrativa por ocupação tradicional indígena.

Vindo a ser comprovado no laudo do respectivo GT de identificação e delimitação (Dec. 1775/96, art. 2.º, §§ 1.º e 6.º) a responsabilidade da administração pública estadual na sua titulação a particulares<sup>50</sup>, a hipótese poderia configurar a ocorrência de *dano passível de reparação pelo ente estadual*.

<sup>48</sup> A concessão pode ser revogada a qualquer tempo pela autoridade concedente, se o cessionário desviar o uso de sua finalidade específica.

<sup>49</sup> MEIRELLES, Ely Lopes. *Op. cit.* p. 480.

<sup>50</sup> Titulação esta que se configura nula nos termos do art. 231, § 6.º da Constituição Federal de 1988.



Ou seja, ao conferir a ocupantes não-indígenas, títulos de propriedade sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, a Administração Estadual poderia reconhecer ou ser considerada causadora de danos àqueles ocupantes, os quais poderiam pleitear indenização extra-judicial (amigavelmente) ou judicialmente (sendo o estado acionado pela parte considerada lesada) quanto aos seguintes itens:

“o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, **o dano emergente e os lucros cessantes**, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento.<sup>51</sup>” (Grifamos)

São estas, enfim, as formas pelas quais entendemos possa o Estado do Rio Grande do Sul vir a contribuir para com a solução da problemática Guarani-M'byá.

#### V - Conclusões e Sugestões

Pelo exposto, à guisa de conclusão entendemos, s.m.j, que:

**1 - A mobilidade espacial das Comunidades Guarani-M'byá não deve ser tomada a priori, como impedimento a uma possível demarcação de suas terras**, pois a Constituição Federal promulgada em 1988, ao determinar à União o dever de demarcar as terras indígenas, impõe também que seja feito conforme os usos, costumes e tradições do povo ou comunidade pertinente, o que inclui obviamente a prática do deslocamento como forma tradicional de ocupação da terra.

**2 – A eventual incidência de títulos de propriedade sobre as áreas possivelmente de ocupação tradicional Guarani-M'byá, também não deve ser tomada como circunstância juridicamente inviabilizadora da demarcação administrativa**, pois tais títulos são declarados nulos e sem nenhum efeito jurídico pela própria Constituição Federal de 1988.

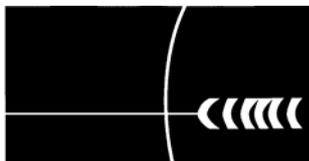
**3 – A Administração Pública só tem legitimidade para declarar a impossibilidade de demarcação administrativa como terra de ocupação tradicional indígena, após o oferecimento de laudo circunstanciado resultante de estudos de identificação e delimitação**, no qual eventualmente se comprove a não caracterização da forma de ocupação indígena constitucionalmente definida, ou a inexistência física desta.

**4 – Só na eventualidade de estar comprovada a não caracterização da ocupação tradicional indígena ou da inexistência física desta, é que deve a Administração Pública adotar outra medida alternativa, consubstanciada esta no estabelecimento de Reserva Indígena**, pela União Federal, conforme determinação da Lei Federal n.º 6.001/73 – Estatuto do Índio.

**5 – A possibilidade de doação de terras à Comunidade indígena é juridicamente possível**, conforme permite o artigo 32 da Lei n.º 6.001/73, porém deve-se privilegiar inicialmente o cumprimento das obrigações constitucionais e legais devidas à União Federal no

---

<sup>51</sup> MEIRELLES, Ely Lopes. *Op. cit.* p. 605.



que tange aos direitos territoriais indígenas. **A doação de terras à Comunidade não pode ser adotada pela Administração Pública, Federal ou Estadual, como substituto da demarcação administrativa ou do estabelecimento de Reserva indígena** (se for o caso), sob pena de nulidade caso venha a incidir em terra tradicionalmente ocupada, o que poderia inclusive ensejar no ajuizamento de Ação Popular.

6 – Diante da Emenda recentemente apresentada pelo Executivo Federal quanto ao PL 2057/91 (que dispõe quanto ao Estatuto das Sociedades Indígenas, em trâmite no Congresso Nacional), que exclui do rol das terras indígenas objeto de proteção especial as terras de domínio de Comunidades Indígenas, **a via da doação de terras a tais comunidades passa a ser providência temerária, pois em sendo aprovada a proposta pelo Legislativo Federal, não haveria como se impedir a sua alienação ou desvirtuamento de seu uso.**

Assim sendo, chegamos às seguintes sugestões:

1 – **A imediata constituição, por ato do Presidente do órgão indigenista oficial - Funai, de GRUPO DE TRABALHO DE IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO,** destinado a averiguar a caracterização ou não da ocupação tradicional indígena Guarani-M'byá sobre a área ou áreas pretendidas pela Comunidade, bem como proceder aos levantamentos fundiário e cartorial do mesmo local;

2 – Que na eventualidade da não comprovação da ocupação tradicional indígena ou ante a inexistência das terras tradicionalmente ocupadas pelos Guarani-M'byá, **a União providencie, com urgência, o ESTABELECIMENTO DE RESERVA INDÍGENA destinada ao *habitat* da respectiva Comunidade,** conforme dispõe a Lei 6001/73;

3 – Que enquanto se processam os atos de competência da União em relação à demarcação administrativa ou estabelecimento de reserva indígena, **o Estado do Rio Grande do Sul possa oferecer à Comunidade Guarani-M'byá a oportunidade de um local seguro através de uma das formas administrativas de USO ESPECIAL DE IMÓVEL PÚBLICO ESTADUAL, no qual possa permanecer até que possa novamente se estabelecer em suas terras tradicionalmente ocupadas ou em local que venha a ser reservado pela União;**

4 – Que o Estado do Rio Grande do Sul, se necessário, envide esforços no sentido de **contribuir com o REASSENTAMENTO DOS EVENTUAIS OCUPANTES NÃO-INDÍGENAS incidentes em terras tradicionalmente ocupadas** pelos Guarani-M'byá, mediante ato de desapropriação por interesse social;

5 – Por fim, que o Estado do Rio Grande do Sul se disponha a proceder à **INDENIZAÇÃO POR DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES aos eventuais ocupantes não indígenas aos quais - sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos Guarani-M'byá, tenha o Estado concedido títulos de propriedade,** conforme eventualmente se conclua em GT de identificação e delimitação.

É o nosso parecer.

\*\*\*



**CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO**  
Órgão anexo à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil  
**Secretariado Nacional**

Brasília – DF, abril de 2000.

---

Rosane Freire Lacerda  
(Advogada, assessora jurídica do Cimi –  
Secretariado Nacional – OAB/PE 10.720)

f:\assjur\ ParGuar.doc