

A conceituação jurídica dos diferentes espaços territoriais ocupados por povos indígenas¹

Lívia Mara de Resende²

Resumo

Neste trabalho foi realizado um estudo objetivando a análise acerca da conceituação jurídica dos diferentes espaços territoriais ocupados por povos indígenas. Para a elaboração deste artigo foi utilizada a pesquisa bibliográfica. O estudo se justifica na medida em que catalogar uma porção de terras no território brasileiro como sendo *terras indígenas passíveis de demarcação* nos termos do artigo 231 da CR/88, tem significativas implicações, definidas pela própria Constituição. Ademais, as controvérsias relativas à demarcação de terras indígenas, em grande parte, estão relacionadas com a definição de uma dada terra ser ou não considerada indígena. A conclusão mostra, primeiramente, uma comum incompreensão acerca das diferentes conceituações jurídicas das áreas habitadas por povos indígenas. Foi constatada a existência de uma distinção entre *terras indígenas em sentido amplo* e *terras indígenas em sentido estrito*. Os resultados mostram a necessidade de se identificar a qual título determinado povo indígena está ocupando uma porção de terras, para só então passar à análise de quais regras deverão ser aplicadas.

Palavras-chave: Terras indígenas. Diferentes categorias. Distinção. Normas aplicáveis.

¹ O artigo constitui capítulo de monografia de conclusão de curso intitulada *Demarcação: uma análise dos critérios constitucionais estabelecidos para a caracterização de terras indígenas*.

² Aluna do 10º período do curso de Direito da PUCMinas.

1 Introdução

O presente artigo tem como tema as terras indígenas. O objetivo geral do trabalho é realizar uma análise acerca da conceituação jurídica dos diferentes espaços territoriais ocupados por povos indígenas.

O ordenamento jurídico brasileiro categoriza de diferentes formas as áreas habitadas por povos indígenas, de modo que não são todas elas consideradas terras indígenas nos moldes da definição constitucional.

Grande parte das controvérsias que envolvem a demarcação de terras indígenas está relacionada, exatamente, com a própria definição de quais porções de terra poderão ser consideradas indígenas.

A análise e compreensão das diferentes conceituações jurídicas previstas para as áreas ocupadas por povos indígenas tornam-se importantes na medida em que catalogar uma porção de terras no território brasileiro como sendo *terras indígenas passíveis de demarcação* nos termos do artigo 231 da CR/88, tem significativas implicações, definidas pela própria Constituição, como o fato de serem essas terras inalienáveis, indisponíveis e inusucapíveis; havendo restrições à remoção dos grupos indígenas dessas terras e ao aproveitamento dos recursos hídricos e à pesquisa e lavra de minerais, que só poderão ocorrer mediante autorização do Congresso Nacional. A Constituição, ainda, determina a nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas.

O Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1.973, define como sendo terras indígenas outras duas categorias diferentes daquela prevista pelo texto constitucional, decorrendo disto a necessidade de compreensão de cada uma dessas categorias, com o objetivo de se apreender quais regras poderão ser aplicadas para cada área habitada por povos indígenas, conforme a classificação que ela receba da lei brasileira.

Um dos problemas encontrados quando se trata de questões indígenas se refere à terminologia. É certo que a lei brasileira evita o uso de termos como *nação* e *território* para se referir aos indígenas, no intuito de afastar qualquer possibilidade de afirmação do reconhecimento da autonomia ou soberania desses povos, em relação à utilização desses termos pelo Direito Internacional. Assim, no presente trabalho, que trata de conceituações legais, utilizou-se dos termos indicados pelas próprias normas, como *povo* e *terra*.

Outra dificuldade se refere ao termo *índios*. Sabe-se que sua origem advém de confusão feita à época do descobrimento, quando os europeus pensaram ter chegado a outro

lugar, denominado Índias. Posteriormente, passou-se a utilizar do termo *silvícolas*, também impróprio sobre o ponto de vista antropológico. Há autores que utilizam outras designações, como autóctones e aborígenes.

Neste trabalho se utiliza da denominação *índio*, embora comprometida, pois, conforme bem acentuou Oliveira (2002), substituí-la implicaria uma outra invenção. Ademais, é este o termo utilizado freqüentemente pela legislação, inclusive pela atual Constituição. O termo *silvícola*, entretanto, continuou a ser citado no trabalho quando da referência a documentos e normas que o utilizavam, ou ainda utilizam.

Para elaboração deste artigo buscou-se a seleção e interpretação dos escritos sobre o assunto, sobretudo em livros e artigos científicos; além disso, foi freqüente a consulta aos textos legais referidos no decorrer do estudo.

2 Terras indígenas na Constituição da República

A Constituição de 1988 reconhece os direitos originários dos índios sobre as *terras que tradicionalmente ocupam*, sendo indígenas as áreas que se enquadrem nessa definição. No §1º de seu artigo 231 estabeleceu critérios para a caracterização de uma determinada porção de terras como sendo indígena, de modo que assim serão consideradas, simultaneamente:

- 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;
- as necessárias a sua reprodução física e cultural.

A análise dos critérios constitucionais estabelecidos para a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas necessita ser feita particularmente, haja vista a relevância do assunto e suas implicações. O objetivo aqui é tecer uma breve reflexão sobre a caracterização jurídica de outras áreas ocupadas por povos indígenas e que não se enquadram na definição constitucional de terra indígena.

3 Terras indígenas no Estatuto do Índio

Além da área de terras que a Constituição define como sendo indígena, o Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1.973, em seu artigo 17, elenca outras porções do território nacional às quais atribui a condição de *terra indígena*:

Art. 17 – Reputam-se terras indígenas:

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

II – as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste título;

III – as terras de domínio das comunidades indígenas ou silvícolas. (BRASIL, 1973).

No Capítulo III do Título III, nos artigos 26 a 31, o Estatuto trata das chamadas áreas reservadas, definindo quatro modalidades distintas:

Art. 26 - [...]

Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades:

a) reserva indígena;

b) parque indígena;

c) colônia agrícola indígena;

d) território federal indígena. (BRASIL, 1973)

O próprio Estatuto define o que seria cada uma dessas modalidades:

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. (BRASIL, 1973).

A primeira categoria, se é que se pode assim dizer, de terra indígena, referida no inciso I do artigo 17, são as *terras tradicionalmente ocupadas*, conforme disposto no artigo 231 da Constituição de 1988, referidas acima.

Definir uma porção de terra como sendo terra indígena possui, à luz da Constituição, conseqüências jurídicas variadas, conforme já mencionado, como por exemplo, a atribuição de sua propriedade à União, sua inalienabilidade e indisponibilidade; o usufruto exclusivo dos índios; a declaração de nulidade de todos os títulos eventualmente existentes acerca da ocupação, do domínio, da posse e da exploração de riquezas naturais. Os direitos advindos dessas conseqüências são imprescritíveis e indisponíveis. Essas características “*ora mais ora menos explícitas, sempre acompanharam as terras indígenas, desde o século XVII, pelo menos, chamem-se elas primitivas, indigenato, congênicas, terras de índios ou território indígena.*” (SOUZA FILHO, 1999, p. 130)

Diante de tais conseqüências tão peculiares, cumpre indagar acerca de sua aplicação às outras categorias constantes dos incisos II e III do artigo 17, haja vista que ambas são denominadas *terras indígenas*.

4 Terras Reservadas

Durante muito tempo perdurou um duplo sentido da expressão *áreas reservadas*. O primeiro era o que constava do instituto do indigenato, criado pelo Alvará de 1º de Abril de 1680, segundo o qual, quando da concessão de terras, sempre se deveria garantir “*reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.*” (ALVARÁ DE 1º DE ABRIL DE 1680 *apud* SOUZA FILHO, 1999, p.125)

O instituto do indigenato se exprimia através de expressões como “ficam reservadas”, “reservam-se”, “reservados os direitos”. Isso porque, segundo Souza Filho (1999), embora os direitos indígenas sobre as terras que ocupam acompanhassem a legislação brasileira há muito tempo, sempre houve dificuldade de colocá-lo de forma jurídica. Essa denominada “*reserva*” se referia às terras que hoje denominamos tradicionalmente ocupadas pelos índios, que já foram chamadas de *originariamente possuídas* ou de *ocupação imemorial*.

Assim, dentro do que se denominavam *terras reservadas* incluía-se tanto as terras originalmente possuídas quanto aquelas reservadas pelo Estado para formação dos chamados *aldeamentos*.

A designação *terras reservadas* foi aplicada em sentido semelhante ao utilizado hoje, pela Lei 601 de 18 de setembro de 1850, a chamada Lei de Terras, em seu artigo 12, ao dispor que seriam *reservadas* das terras devolutas terras para a colonização de indígenas; embora,

como hoje, às vezes as terras ditas reservadas fossem em verdade de ocupação imemorial. Com essa lei o termo continua mantendo um duplo significado: o expresso por ela e aquele que se buscava no Alvará de 1680. Comentando o referido dispositivo, assevera Mendes Júnior:

Ha, pois, outras reservas que não supõem posses originarias ou congenitas: essas são as das terras devolutas, que destinam-se, na forma da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, art. 12, á *colonização* [...]. o proprio regulamento n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, no art. 72, declara reservadas das terras devolutas, não só as terras destinadas á *colonização dos indigenas*, como as terras dos *aldeamentos onde existem hordas selvagens*. Em summa, quer da letra, que do espirito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras *possuidas* por hordas selvagens *estaveis*: essas terras são tão particulares como as possuidas por ocupação legitimavel, isto é, são *originalmente reservadas da devolução*, nos expressos termos do Alvará de 1º de abril de 1680, que as reserva até na concessão das sesmarias. (MENDES JUNIOR, 1912, p. 60).

Posteriormente, o termo *reserva* passou a ser utilizado para designar especificamente as porções de terra *reservadas* pelo Poder Público a fim de aldear povos indígenas onde achava melhor para permitir a integração daqueles povos. Para Souza Filho (1999), o conceito de terras reservadas oscilou entre dar proteção, integrar como cidadão e aldear para reprimir. As *reservas* foram vistas, então, por vezes, como locais provisórios, até a completa assimilação dos índios.

O Estatuto utiliza a expressão *áreas reservadas* nesse segundo sentido, definindo-as, no *caput* do artigo 26, como aquelas que a União estabelecer, em qualquer parte do território nacional, destinando-as à posse e ocupação pelos índios.

Segundo Carvalho (2006), a interpretação literal da norma legal que trata das áreas reservadas é no sentido de que a escolha dessas áreas compete, exclusivamente, à União e não aos indígenas. Pelo que ela pode desapropriar terras particulares ou utilizar áreas de domínio público.

É possível compreender que o ordenamento jurídico brasileiro trata por *áreas reservadas* aquelas terras que não são *tradicionalmente ocupadas* pelos indígenas, mas que são destinadas à ocupação pelos índios. Conforme Souza Filho (1999), ao oposto daquelas, as terras reservadas são primeiro propriedade da União e, depois, por afetação ou destinação, transformadas em terras indígenas, de modo que “*depois de entregue aos índios, a terra é indígena com todas as suas características jurídicas*”. (SOUZA FILHO, 1999, p. 130)

Diverge dessa opinião Tourinho Neto (1993), para quem as terras *reservadas* pela União não estão sujeitas às normas estabelecidas na Constituição para as terras tradicionalmente ocupadas.

Se partirmos do pressuposto de que toda *área reservada* possui as mesmas características das *áreas tradicionalmente ocupadas*, irrelevante para o direito e suas repercussões que uma dada área seja denominada parque indígena, reserva indígena, colônia agrícola indígena ou território federal indígena, pois todas as modalidades gozarão das garantias constitucionais conferidas às terras indígenas *tradicionalmente ocupadas* pelos índios.

A assertiva de Souza Filho (1999) parece verdadeira se em relação apenas às terras reservadas em sentido estrito, pois o parque, a colônia e o território indígenas possuem características descritas na lei que destoam em muito do disposto na Constituição sobre as terras indígenas por ela definidas, sendo mesmo inconcebível que algumas características destas sejam aplicadas àquelas.

O Estatuto ao definir o que seria *colônia agrícola indígena* se refere à convivência de tribos aculturadas e membros da comunidade nacional, em área destinada à exploração agropecuária. Quanto ao território federal indígena, exige que um terço da população, no mínimo, seja indígena. Tais definições são incompatíveis com a noção constitucional de terra indígena, não se podendo definir como tal, terra em que convivam também membros da sociedade civil, da forma prevista pela lei. O próprio Estatuto, nos artigos 3º e 4º, estabelece que deixa de ser considerada Comunidade Indígena ou Grupo Tribal aquela cujos membros estejam *incorporados à comunhão nacional*, pelo que, de acordo com o conteúdo literal das normas do Estatuto poder-se-ia ter uma terra indígena – colônia agrícola indígena - em que convivesse uma comunidade não indígena!

Quanto à quarta modalidade de área reservada, para Souza Filho (1999), o Estatuto ao incluir o território entre as áreas reservadas, não estava criando verdadeiros territórios, mas criando a possibilidade de afastar áreas da autonomia estadual e municipal, haja vista que, de acordo com a Constituição de 1969, vigente à época da elaboração do Estatuto, era exigida lei complementar para criar território federado.

Embora haja previsão, não foi constituído nenhum território federal indígena. Para Barbosa (2001) os dispositivos referentes a parque indígena e colônia agrícola indígena possivelmente passarão por uma reformulação, a fim de compatibilizá-los com a nova ordem constitucional, a qual afasta a classificação dos índios segundo graus de integração, como se em algum momento eles fossem deixar de serem índios.

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei para elaboração de um novo Estatuto do Índio, o chamado *Substitutivo ao PL 2.057/91* (BRASIL, 1991), cuja redação do artigo 46 dispõe sobre a existência de apenas dois tipos de terras indígenas: as terras tradicionalmente

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

As modalidades de áreas reservadas definidas pelo Estatuto do Índio, acabaram, em verdade, “*servindo, algumas vezes, para a arrogância de alguma política indigenista intentar converter terra indígena em parque ou colônia, no intento de desconstituir, aos poucos, o caráter definitivo e exclusivo da terra indígena.*” (SOUZA FILHO, 1999, p. 131)

Ainda segundo o referido autor, o conceito de reserva indígena dado pelo Estatuto do Índio como *área destinada a servir de habitat a grupo indígena*, também gerou confusões, pois, na prática, se fez com que, ao se individualizar terras indígenas, se desse o nome de *reserva* a terras que fossem *tradicionalmente ocupadas* por indígenas.

A confusão de se referir a *terras tradicionalmente ocupadas* como *áreas reservadas* é comumente verificada nos meios de comunicação, como se pode perceber nas seguintes notícias jornalísticas:

02/08/2008 – *Globo Notícias* - Índios comemoram **demarcação de reservas** em MS
Seis equipes de pesquisadores vão dar início à **identificação de áreas indígenas**.
Funai admite possibilidade de conflito na região.

Índios guarany kaiwá participaram de um evento que marcou o início dos trabalhos de demarcação de reservas no sul de Mato Grosso do Sul. Segundo reportagem da Agência Brasil, na comemoração, realizada na sexta-feira (1º) na aldeia do Sassoró, em Tacuru, os índios receberam equipes de pesquisadores contratadas pela Fundação Nacional do Índio (Funai) com danças e rituais.

Os pesquisadores devem **identificar áreas de 26 cidades do estado que eram ou ainda são tradicionalmente ocupadas por indígenas**. Representantes das 38 aldeias e 18 acampamentos, cujos habitantes reivindicam a posse de territórios hoje ocupados por propriedades rurais [...].(ÍNDIOS comemoram, 2008, grifo nosso).

14/04/2005 – *Brasil Oeste Notícias* - Nova portaria demarca **reserva Raposa Serra do Sol** em terras contínuas

A portaria que determinará a forma de **demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**, em Roraima, prevê a **criação da reserva em área contínua** com algumas ressalvas, segundo informações do Ministério da Justiça. A portaria deve ser publicada nesta sexta-feira no Diário Oficial da União.

De acordo com o ministério, a nova portaria preserva a **essência da reserva**, os direitos dos índios, a defesa do interesse nacional e a segurança nas fronteiras, além do princípio federativo. A assessoria informou ainda que posteriormente haverá um decreto presidencial homologando a área. (VASCONCELOS, 2005, grifo nosso).

07/05/2008 – *Folha de São Paulo/UOL* - Índios desocupam fazenda na **reserva Raposa/Serra do Sol**

Os índios deixaram no início da tarde desta quarta-feira a fazenda Depósito, na reserva Raposa/Serra do Sol, em Roraima, ocupada pelos indígenas na madrugada de segunda-feira. Uma funcionária da fazenda confirmou que os índios deixaram a área por volta das 13h30 (horário local) e montaram novas tendas do outro lado da cerca. (ÍNDIOS desocupam, 2008, grifo nosso).

A terra indígena chamada Raposa Serra do Sol citada nos artigos jornalísticos é área de

ocupação tradicional indígena, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal, não podendo ser qualificada como *reserva*, portanto.

A mesma impropriedade terminológica pode ser verificada nos próprios decretos que homologam a demarcação das terras indígenas, como, por exemplo, nos Decretos do Presidente da República de n.º 247 e 270, ambos de 29 de outubro de 1991:

Decreto n.º247 - Homologa a demarcação administrativa da **Terra Indígena Vargem Alegre**, no Estado da Bahia.[...] Art. 1º 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 [...]. (BRASIL, 1991a, grifo nosso).

Decreto n.º270 - **Homologa a demarcação administrativa da Reserva Indígena Fazenda Guarani**, no Estado de Minas Gerais. [...] Art. 1º Fica homologada, para os efeitos do art. 231 da Constituição Federal, a demarcação administrativa promovida pela Fundação Nacional do Índio FUNAI da **Reserva Indígena Fazenda Guarani**, localizada nos Municípios de Carmésia, Dores de Guanhões e Senhora do Porto, Estado de Minas Gerais, **caracterizada como área reservada** [...]. (BRASIL, 1991b, grifo nosso).

Quanto a este último Decreto, cumpre ressaltar que somente estão sujeitas ao procedimento administrativo de demarcação as *terras tradicionalmente ocupadas por indígenas*, nos termos do artigo 1º do Decreto 1.775 de 1996, não podendo o referido Decreto estar se referindo a *terras reservadas* no sentido disposto pela legislação pátria.

Reservas indígenas e terras indígenas são conceitos distintos, e a lei fez questão de assim dispor. É possível compreender, em breve análise de artigos e notícias de jornais, conforme os exemplos acima transcritos, que os conceitos são freqüentemente confundidos, falando-se, por exemplo, na *demarcação de reserva indígena ocupada tradicionalmente pelos índios!*

Quanto à proteção legal, parece não haver dúvida de que tanto uma quanto outra está abarcada por ela, inclusive aquela de natureza constitucional, que várias limitações trouxe. Não obstante, são conceitos diversos e assim devem ser empregados. E há razão nisso. Considerando-se que uma *reserva* é terra que a União destina aos índios conforme sua conveniência, esta poderia vir a ser discutida judicialmente, até mesmo sua viabilidade e questões de localização em faixa de fronteira. Mas, quanto à *terra indígena*, a Constituição de 1988 assegura sua defesa aos índios, independentemente de onde se localize. Não havendo espaço para contestações sobre viabilidade ou conveniência daquela demarcação tal como foi feita, embora seja comuns situações desse tipo, como a que se desenvolveu na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cujo questionamento chegou ao Supremo Tribunal

Federal. A Constituição fez sua “escolha” e reconheceu as terras indígenas em sua real extensão. Sobre as terras reservadas asseverou Caetano Lagrasta Neto:

Todavia, tormentoso é o fato de terem sido as nações indígenas **deslocadas para reservas**, localizando-se algumas destas, coincidentemente, em zonas de segurança nacional, o que as submete, **sem grandes perquirições, à remoção compulsória**, diante do próprio conceito da *segurança* que, na maior parte das vezes, não se coaduna como o conceito de sobrevivência destes povos. (LAGRASTA NETO *apud* TOURINHO NETO, 1993, p.40, grifo nosso).

De acordo com §5º do artigo 231 da atual Constituição, é vedada a remoção dos grupos indígenas das *terras que tradicionalmente ocupam*, prevendo duas exceções: no caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, *ad referendum* do Congresso Nacional; e na hipótese de interesse da soberania do país, somente após deliberação do Congresso Nacional. Mas, em qualquer caso, o texto constitucional, no mesmo dispositivo, garante o retorno imediato logo que cesse o risco.

Outro ponto crucial na diferenciação dessas categorias é aquele que guarda relação com o disposto no parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição, que prevê a nulidade e extinção de títulos os quais tenham por objeto a ocupação, o domínio ou a posse das *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*, sem direito a indenização contra a União. Se existem títulos sobre área posteriormente *reservada à ocupação* indígena, o proprietário terá direito a ser indenizado. Mas, se a área é de ocupação tradicional, eventuais títulos sobre ela são nulos.

Essa é a questão central discutida em algumas ações judiciais referentes ao Parque Nacional do Xingu, em que se busca provar que a área não é de *ocupação tradicional*, mas que os índios foram pra lá transferidos, pelo que a União teria a obrigação de indenizar os proprietários portadores de títulos dominiais.

5 Terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas

A terceira categoria de terra indígena se refere àquelas de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas, as quais vêm tratadas nos artigos 32 e 33 do Estatuto, sendo, portanto, terras privadas dos indígenas, adquiridas na forma das regras de direito civil.

Art. 32 – São de propriedade plena do índio ou comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil. (BRASIL, 1973).

O dispositivo inovou ao possibilitar a uma comunidade indígena, tal como uma pessoa de direito, a aquisição de terras como proprietária das mesmas, adquirindo direitos na forma da lei civil.

Nesse artigo se trata de propriedade de terras, e não mais somente de posse. O artigo 33 do Estatuto fala em terras de propriedade coletiva do grupo tribal. Cumpre questionar se tais terras, de propriedade coletiva ou individual, gozam das garantias estabelecidas pela Constituição destinadas às terras que ela define como indígenas.

O artigo 33 ao instituir a usucapião indígena, exclui dessa possibilidade as terras de domínio da União, ocupadas por grupos tribais, as áreas reservadas e as *terras de propriedade coletiva de grupo tribal*. De acordo com tal dispositivo, é possível à comunidade indígena adquirir terras em seu próprio nome, como propriedade coletiva, sem que normas do direito privado se lhe apliquem, como é o caso da proibição de serem usucapidas essas terras particulares, conforme disposto no artigo 38 do Estatuto.

Por se tratarem de terras ocupadas por uma comunidade indígena, poderia dizer-se que seria plausível, como forma de proteção desses povos, considerá-las protegidas pelas garantias constitucionais da terra indígena, haja vista o fato de que o próprio Estatuto lhes dispensou um tratamento especial, vedando a usucapião, embora tenha título aquisitivo oriundo das normas de direito privado; e designando-a como categoria de terra indígena, pelo que as disposições previstas naquela lei ser-lhe-iam aplicadas inteiramente.

Para Barbosa (2001), embora possam os índios, como qualquer outro indivíduo, adquirirem a posse e a propriedade por todos os meios previstos pelo ordenamento brasileiro, tal aquisição de propriedade não se confunde com as terras constitucionalmente protegidas como terras indígenas.

Segundo Souza Filho (1999), ao incluir tal categoria como sendo terra indígena, em verdade, o que se pretendia era garantir a existência de terras que foram conquistadas em propriedade com títulos concedidos pelo imperador a colaboradores de guerra. Manuela Carneiro da Cunha dá notícias de tal situação:

Menos conhecido talvez foi o uso que os portugueses fizeram de índios, armados de arcos e flechas, em alguns episódios da época da Independência: em 1817, entraram no Recife índios aldeados do Ceará, Pernambuco e Paraíba. Na Bahia, os índios foram usados na época da Independência. Parecem aliás ter recebido por seus feitos isenção de vários impostos. Quanto aos Kadiwéu ou Guaikuru, foram, em 1830, armados pelos habitantes e auxiliados pela tropa para roubarem gado no Paraguai. Algumas décadas mais tarde, sua participação inicial em apoio aos brasileiros na Guerra do Paraguai valeu-lhes a demarcação de terras por ordem de d. Pedro II. (CARNEIRO DA CUNHA, 1998, p.151).

Souza Filho (1999) menciona o caso dos índios Kadiwéu, anotando que o título de propriedade de terras daqueles índios seria um dos únicos casos no Brasil de propriedade coletiva de terras.

Considerando o que parece ter motivado a criação do inciso III, tais terras poderiam ser consideradas indígenas para fins de estarem abarcadas pela proteção Constitucional. Caso uma comunidade indígena consiga adquirir a propriedade privada nos termos da lei civil – como uma doação ou compra, por exemplo -, por ser meio evidentemente mais fácil do que a busca judicial pelo reconhecimento do seu território e pela sua demarcação – quando ainda seja possível recuperá-lo -, estariam essas terras protegidas, por exemplo, da exploração mineral tal como é regulada para as terras particulares, haja vista que, em terras indígenas, tal atividade dependerá de autorização do Congresso Nacional.

Por outro lado, se a terra é de domínio particular da comunidade indígena, como conceber que pertença à União, na forma estabelecida pela Constituição para as terras indígenas por ela definidas.

Para alguns autores se trata de flagrante violação ao direito de propriedade dos índios a consideração das terras de seu domínio particular como sendo indígenas e, portanto, sujeitas a todas as regras de proteção e restrição previstas pela lei. Essa é a posição de Falcão (1995), para quem as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas não poderão se erigir a patrimônio da União, sob pena de “*inominável violência contra o domínio privado do índio*” (FALCÃO, 1995, p.252). Continua o autor:

O índio, bem como a comunidade indígena, poderá ser senhor do domínio pleno da terra que haja adquirido por qualquer das formas de aquisição admitidas pelo Direito Civil pátrio, consoante a previsão legal contida no art. 32 da Lei nº 6.001, de 1973. **Essa terra não estará incluída, evidentemente, entre as chamadas “terras indígenas” *latu sensu***, ou seja, aquelas de ocupação permanente a que se reporta a Constituição da República e, como tais, integrantes do patrimônio da União. Embora isto se constitua o óbvio, não é o que pareceu ao legislador que redacionou o Estatuto do Índio quando concebeu o art. 17, que **arrolou-as erroneamente entre as chamadas terras indígenas**. (FALCÃO, 1995, p. 253-254, grifo nosso).

O referido autor lembra o caso de terra dominial indígena localizada no Município de Baía da Traição, no Estado da Paraíba, a qual foi demarcada em 1854 e, por determinação imperial, passou a integrar o patrimônio privado do índio. Foi declarada por decreto como terra indígena uma imensa faixa dessas terras dominiais de indígenas, violentando, segundo Falcão (1995), o direito privado desses povos.

Sílvio Coelho dos Santos (1989) também dá notícias de fato semelhante, ocorrido com os índios Xokleng, aldeados em Ibirama, os quais tinham o título definitivo da área que

ocupam, expedido em 2 de outubro de 1965, devidamente registrado no Cartório de Ibirama, sendo o adquirente o SPI, representando os índios. Afinal, reconheceu-se que as terras ocupadas pelos Xokleng, de sua propriedade particular, são geridas pela FUNAI e sujeitas à Constituição.

Ainda segundo Sílvio Coelho (1989), caso parecido ocorreu em Chimbangue (SC), quando a Funai assumiu imediatamente a posição de administradora das terras cuja regularização os índios haviam conseguido. Assevera o autor que, nesse caso, prevaleceu a interpretação, que ele entende burocrática e autoritária, segundo a qual essas terras indígenas incluíam o patrimônio da União.

Acerca de tal posicionamento, menciona Lobo (1996):

Ao declarar no art.20, inciso XI, que as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios são bens da União, a Constituição não se refere, é claro, às terras de cuja propriedade os índios, ou a FUNAI pra eles, tenham adquirido, por compra, doação, sucessão ou outro meio, nos termos da legislação civil. Estão estas excluídas da categoria terras indígenas *stricto sensu* (territórios), sendo terras de indígenas (propriedades).(LOBO, 1996, p.51).

Carvalho (2006) segue o mesmo posicionamento, ao afirmar que as áreas de domínio indígena previstas no Estatuto do Índio não são terras públicas nem constituem bens da União.

Para Falcão (1995), o que é possível é que as terras de domínio privado do índio ou da comunidade indígena sejam administradas mediante a assistência da FUNAI, somente enquanto tutelados, por ser ela delegada da União para o exercício da tutela.

Com entendimento diverso, Raymundo Laranjeira (1985), ao comentar o artigo 17 do Estatuto do Índio, anota que as terras referidas em seu inciso III conformam-se no domínio pleno do índio ou da comunidade indígena, os quais têm total disposição sobre as mesmas. Entretanto, assevera que todas as espécies constantes do mencionado artigo são “*suscetíveis do protegimento legal, não só a nível de estrutura fundiária, mas, também, a nível de exploração dos seus recursos.*” (LARANJEIRA, 1985, p. 122).

Cumprido mencionar que há, ainda, uma categoria de terras às quais Barbosa (2001) denomina de “*adquiridas para assentamento*”, assim como fez o CEDI (Centro Ecumênico de Documentação e Informação). Essa categoria não possui nomenclatura na lei e não pode ser adequadamente enquadrada nas categorias legalmente previstas. Ainda segundo o referido autor, trata-se de terras que a FUNAI, ela própria, adquire por compra ou por doação, destinadas à transferência de índios ou grupos indígenas.

A Constituição de 1988 menciona como sendo terras indígenas apenas aquelas referidas no inciso I do artigo 17 do Estatuto do Índio, o que causa dúvidas sobre o fato de se aplicarem às outras duas categorias de terras indígenas definidas pelo Estatuto as normas estabelecidas pelo texto constitucional para aplicação nas áreas que ele definiu como indígenas, haja vista a singularidade das conseqüências daí advindas. Sobre essa questão divergem os autores, conforme já exposto.

Outro ponto que merece reflexão e sobre o qual os entendimentos não são uníssonos, é se as regras especiais estabelecidas pelo Estatuto do Índio – como o fato de serem inusucapíveis - para aplicação às terras indígenas continuariam a ser aplicadas às terras que ele próprio define como sendo indígenas, ainda que as normas constitucionais a elas não se apliquem, por não serem terras indígenas na forma da Constituição de 1988.

Conclusão

Um ponto acerca do qual parecem concordar os autores consultados se refere à existência de uma diferenciação entre *terras indígenas em sentido amplo* e *terras indígenas em sentido estrito*.

Terras indígenas, estritamente falando, seriam aquelas cujos critérios para definição foram estabelecidos pela Constituição de 1988. No que diz respeito às terras chamadas indígenas pelo Estatuto do Índio – as reservadas e as de domínio das comunidades indígenas – não há uma posição a que se possa chamar unânime quanto ao fato de se aplicarem ou não as regras constitucionalmente definidas para as áreas ditas *tradicionalmente ocupadas*.

É inegável que se trata de categorias diferentes. O fundamento aquisitivo dessas áreas é distinto, e como tal tratado pelo ordenamento jurídico, pelo que não se poderia, simplesmente, ignorar sua existência e tratar todas as categorias de terras indígenas como se fosse a mesma coisa.

A questão fundamental da distinção se refere à aplicação das normas, que não são as mesmas para todas as áreas habitadas por indígenas, de forma que, primeiramente, antes de se emitir qualquer juízo, se faz necessária uma análise a fim de identificar a qual título determinado povo indígena está ocupando uma porção de terras, para só então passar à discussão de quais regras devem ser aplicadas, principalmente em se tratando da remoção de povos indígenas e da declaração de nulidade de títulos de ocupação, domínio ou posse sobre terra indígena.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas do Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 14 mar. 2009.

BRASIL. Decreto n.1.775, de 8 de janeiro de 1.996. **Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm> Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm > Acesso em: 02 mar. 2009.

BRASIL. Substitutivo ao Projeto de Lei 2.057/91. **Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas**. Disponível em: <<http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./indios/index.html&conteudo=./indios/estatuto.html>> Acesso em: 2 mar. 2009.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Entrevista da antropóloga Manuela Carneiro da Cunha sobre a Raposa Serra do Sol**. 10 dez. 2008. Disponível em: <<http://cedefes.org.br/new/index.php?conteudo=materias/index&secao=1&tema=41&materia=5356>> Acesso em: 10 mar. 2009.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Introdução a uma história indígena**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.). História dos Índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1998a. p. 9-24.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Política Indigenista no Século XIX**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.). História dos Índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1998b. p. 133-154.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **A tutela jurídica das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro**. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte , v.5, n.29 , p.3591-3598, set./out. 2006.

FALCÃO, Ismael Marinho. **As terras indígenas.** In: FALCÃO, Ismael Marinho. Direito agrário brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. Bauru: Edipro, 1995, p. 241-263.

ÍNDIOS comemoram demarcação de reservas em MS. 02 ago. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL709606-5598,00.html>> Acesso em: 15 mar. 2009.

ÍNDIOS desocupam fazenda na reserva Raposa/Serra do Sol. Folha Online. 07 mai. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u399577.shtml>> Acesso em: 14 mar. 2009.

LARANJEIRA, Raymundo. **Proteção legal das terras indígenas.** In: SANTOS, Sílvio Coelho dos Santos. (Org.). Sociedades indígenas e o direito: uma questão de Direitos Humanos. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1985. Cap. 10, p. 120-133.

LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. **Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento das terras indígenas - a declaração em juízo.** In: SANTILLI, Juliana. Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993. Cap. 4, p. 65-80.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro : subsídios a sua doutrina.** São Paulo: LTr, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu.** Brasília: Ministério Público Federal, 1988.

MENDES JUNIOR, João. **Os Indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos.** São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Os direitos dos povos indígenas e a nova Constituição.** In: SANTOS, Sílvio Coelho dos. Os povos indígenas e a Constituinte. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1989. Cap. 3, p.49-63.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 1999.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Os direito originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas.** In: SANTILLI, Juliana. Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993. Cap. 1, p. 9-43.

VASCONCELOS, Luciana. **Nova portaria demarca reserva Raposa Serra do Sol em terras contínuas.** 14 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.brasiloeste.com.br/noticia/1468/raposa-serra-do-sol>> Acesso em: 14 mar. 2009.

VILLAS BÔAS, Orlando; VILLAS BÔAS, Cláudio. **A marcha para o Oeste.** 5. ed. São Paulo: Globo, 1994.