



TERRA INDÍGENA E legislação indigenista no Brasil¹

Luiz Henrique Eloy Amado²

Preliminarmente, cabe consignar que a expressão “direitos dos povos indígenas” carrega dois planos de abrangência englobando questões relativas aos índios, as comunidades indígenas e suas organizações, nesta esteira, para melhor defesa dos direitos aqui tratados, faz-se necessário a distinção fundamental entre *direito indígena* e *direito indigenista*. De forma simplista, basta lembrar que, quando os colonizadores chegaram neste território que mais tarde se denominaria de “Brasil” já existiam aqui várias sociedades/comunidades indígenas, cada qual com sua língua, crença, costume, organização e sistema de resolução de conflito próprio. Não existia todo esse arcabouço estruturado do estado posto hoje, mas mesmo assim, essas sociedades valiam-se de meios próprios em suas relações sociais, ou seja, do *direito indígena* consubstanciado no direito próprio, num direito segundo seus costumes (direito consuetudinário).

“Os colonizadores aportaram e com eles trouxeram novas comidas, animais e plantas” (SIQUEIRA; MACHADO, 2009, p. 20), e assim fizeram com o direito, impuseram sem nenhum reconhecimento ao direito consuetudinário dos povos que aqui estavam, pois acreditam que eram “povos sem Deus e sem Lei, apesar de alguma organização social” (SOUZA FILHO, 1998, p. 29).

¹ O texto é parte de pesquisa desenvolvida no âmbito do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Local em Contexto de Territorialidade da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, que resultou na dissertação intitulada *Poké'ixa Úti: o território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local*.

² Luiz Henrique Eloy Amado é Terena da Aldeia Ipegue. Advogado e Doutorando em Antropologia Social – Museu Nacional/UFRJ.

Aos poucos foi se cobrindo as “vergonhas” dos índios, retirando suas armas, branqueando a cor da sua pele e o sentimento de sua religiosidade. A natural nudez virou vergonha, a religião crença, a língua dialeto, o direito costume (SOUZA FILHO, 1998, p. 33).

O *direito indigenista*, por outro lado, é o conjunto de normas elaboradas pelos não índios para os índios, tal como o Estatuto do Índio de 1973; a Convenção 169 da OIT e vários outros dispositivos legais esparsos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta distinção faz-se necessária pois o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de aplicação ao caso concreto tanto o direito indigenista quanto do direito indígena (direito próprio).

LEGISLAÇÃO INDIGENISTA no Brasil Colônia (1530 – 1822)

Para melhor compreensão das normativas desse período é necessário entender como foi a organização da utilização da terra desde a chegada dos “conquistadores”. Os portugueses que aqui chegaram e invadiram esse território, foram financiados pelo nascente capitalismo comercial europeu, e se apoderaram do território valendo-se de duas táticas: cooptação e repressão. “E, assim, conseguiram dominar todo o território e submeter os povos que aqui viviam ao seu modo de produção, às suas leis e à sua cultura” (STEDILE, 2011, p. 19). Aqui, apropriaram-se dos bens da natureza existente e sob as leis do capitalismo mercantil (modelo monocultura exportador), tudo era transformado em mercadoria e enviado a metrópole europeia.

No início, iludiram-se na busca do ouro; depois, porém, segundo nos explicam os historiadores, preocuparam-se em transformar outros bens naturais, como o ferro, a prata e outros minérios, em mercadorias. Mas logo perceberam que a grande vantagem comparativa de nosso território era a fertilidade das terras e seu potencial para o cultivo tropicais de produtos que até então os comerciantes buscavam na distante Ásia ou na África. Os colonizadores, então organizaram o nosso território para produzir produtos agrícolas tropicais, de que sua sociedade europeia precisava. Trouxeram e nos impuseram a exploração comercial da cana-de-açúcar, do algodão, do gado bovino, do café, da pimenta-do-reino. E aproveitaram algumas plantas nativas, como o tabaco e o cacau, e as transformaram, com produção em escala, em mercadorias destinadas ao mercado europeu (STEDILE, 2011, p. 20).

A partir de então, os colonizadores implantaram a “*plantation*”³, que segundo Stedile (2011, p. 21), “é a forma de organizar a produção agrícola em grandes fazendas de área contínua, com a prática monocultura, ou seja, com a plantação de um único produto, destinado a exportação”. Em relação à propriedade a coroa portuguesa monopolizou a propriedade de todo o território e, para implantar com sucesso o modelo denominado agroexportador optou pela “concessão de uso” da terra com direito a herança, entregando enormes extensões de terra.⁴

A concessão de uso era de direito hereditário, ou seja, os herdeiros dos fazendeiro-capitalista poderiam continuar com a posse das terras e com a exploração. Mas não lhes dava o direito de vender, ou mesmo de comprar terras vizinhas. Na essência, não havia propriedade privada de terras, ou seja, as terras ainda não eram mercadorias (STEDILE, 2011, p. 22).

É neste contexto colonial que o direito indigenista tem seus primeiros expedientes normativos. Desde o início da colonização, a Coroa portuguesa, por meio de atos normativos, tratou da posse dos índios aos territórios que ocupavam. A legislação fundiária aplicada no decorrer do período colonial foi baixada de modo descontinuado, dispersa em um amplo número de avisos, resoluções administrativas, cartas de doações, forais e textos das Ordenações (NOZOE, 2006).

A Carta Régia de 30 de julho de 1609, promulgada por Felipe III, já admitia como legítimas a soberania e a posse dos índios sobre as suas terras (CAMPOS, 2007). No mesmo sentido, a Carta Régia de 10 de setembro de 1611 afirmava que “os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma” (CUNHA, 1987, p. 58).

³ Palavra de origem inglesa, utilizada por sociólogos e historiadores para resumir o funcionamento do modelo empregado nas colônias.

⁴ Em 10 de março de 1534, Duarte Coelho recebeu 60 léguas de terra, na costa do Brasil, situadas entre o rio São Francisco e a ilha de Itamaracá, que “entrarão na mesma largura pelos sertões terra firme adentro, tanto quanto puder entrar e for de minha conquista”, doação que lhe era feita “deste dia para todo o sempre, de juro e herdade, para ele e todos os seus filhos, netos, herdeiros e sucessores, que após ele virem, assim descendentes, como transversais e colaterais” (BORGES, 1958, p. 262).

Assim, no século XVIII, as escaramuças contra os índios eram toleradas, na medida em que estes pudessem ameaçar os caminhos das minas e as próprias vilas mineradoras, no sentido da guerra justa. Desta forma, reconhecia-se tacitamente a soberania indígena, ao admitir o direito de fazer guerra ao Estado, conforme explicitado pela Carta Régia de 9 de abril de 1655 (CAMPOS, 2007, p. 07).

Em 9 de março de 1718, D. João V promulgou uma nova carta, declarando que os índios são livres, e isentos de sua jurisdição, que os não pode obrigar a saírem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que eles se não agradam (FARIA, 2005). Desde o início a posse dos índios aos seus territórios foi visto como empecilho ao caminho do dito “desenvolvimento”. Se por um lado reconhecia-se a posse indígena, essa proteção na prática só era tida enquanto não colidisse com os interesses desenvolvimentistas ou como alguns costumam chamar de “interesse nacional” nos dias de hoje.

Na prática, até cerca de 1758 (Venâncio, 1997), o arraial de Guarapiranga, à entrada da Zona da Mata, representou o limite da zona de mineração que, independentemente da legislação, foi estabelecido apenas pela resistência feroz dos temidos “botocudos”. Segundo Venâncio (1997), “durante muitos anos impediram o avanço das hostes mineradoras, estabelecendo uma fronteira militar sobre a fronteira econômica”, que representava o limite aceitável da expansão colonial. Uma Carta Régia, datada de 6 de maio de 1747, pede ao governador Gomes Freire de Andrada informações sobre uma petição dos moradores de Guarapiranga, em que se queixam dos “danos” recebidos do gentio bravo dos sertões vizinhos, relacionadas, aparentemente, ao ataque aos índios, em 1746, liderado por João de Azevedo Leme (Venâncio, 1997). Na mesma petição, os moradores pedem licença para entrar nos sertões para conquistá-los e descobrir ouro, argumentando que os índios estavam na posse das melhores terras. Assim, “todo aquele que se puser em guerra e for apanhado seja cativo, não se podendo nunca vender e todos que forem mortos nas occasioens que vem roubar, matar e queimar não se tirem devassas”. O texto da carta não deixa dúvidas da real motivação dos moradores: as “melhores terras” e “cativos”, acenando ao rei com a perspectiva de mais descobertas de ouro, sem que daí resultassem punições. Qualquer que tenha sido o desenrolar desta questão, o certo é que novas fronteiras foram fixadas, por volta de 1758 (Venâncio, 1997). A partir de então, o aparecimento pontual de indivíduos do “gentio dos buticudos” nos registros paroquiais do Antônio Dias, a léguas de distância de Guarapiranga, constituem uma evidência concreta do avanço inexorável sobre os sertões mineiros, que culminou num quase completo desaparecimento da população indígena.(CAMPOS, 2007, p. 18).

“[entende-se] em guerra defensiva a que fizer qualquer cabeça ou comunidade, por que tem cabeça e soberania para vir fazer e cometer guerra ao Estado por que faltando esta qualidade a quem faz guerra, ainda que seja feita com ajuntamento de pessoas, os que se tomarem não serão cativos” (FARIA, 2005, s.p.).

O Alvará de 1º de abril de 1680 estabelecia que os índios estavam isentos de tributos sobre as terras das quais eram “primários e naturais senhores”. Neste, Portugal reconheceu que se deveria respeitar a posse indígena sobre suas terras.

[...] E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas (CUNHA, 1987, p. 59).

No entanto, este alvará não foi respeitado, pois as terras indígenas continuaram a serem alvos de um processo de esbulho por parte dos “conquistadores”, e quando não raro, com o apoio das autoridades. Citamos como exemplo a Carta Régia de 1808, que “declarava como devolutas as terras que fossem conquistadas dos índios nas chamadas guerras justas”. Essas guerras justas eram promovidas pelo próprio governo da época, contra os povos indígenas que não se submetia à Coroa portuguesa. E como se nota, a “condição de devolutas permitia que as terras indígenas fossem concedidas a quem a coroa quisesse” (ARAÚJO, 2006, p. 38).

A legislação colonial possibilitava aos índios serem aldeados em suas próprias terras, que lhes eram reservadas a títulos de sesmarias. Ainda em 1850, uma decisão do Império mandou incorporar às terras da União as terras dos índios que já não viviam aldeados, conectando o reconhecimento da terra à finalidade de civilizar hordas selvagens (Decisão nº 92 do Ministério do Império, 21/10/1850). Na prática, a lei de terras reduzia o direito indígena aos territórios dos aldeamentos. O reconhecimento jurídico previsto nas cartas régias deu origem ao instituto do indigenato, ou seja, reconhecendo o direito por nascimento aos índios às terras que ocupam ou ocuparam (SOUZA FILHO, 1998; VIETTA, 2012).

LEGISLAÇÃO INDIGENISTA no Brasil Império (1822 - 1889)

No período imperial encontramos dispositivos do direito indigenista na Constituição de 1824, que apesar de relativa omissão, adotou algumas medidas

favoráveis aos índios⁵. Segundo Freitas Júnior (2010), por meio de lei, sancionada em 27 de outubro de 1831, foi determinado à libertação dois índios que se achavam em regime de servidão e, como forma de melhor resguardar os seus interesses, os índios foram equiparados aos órfãos e entregues à proteção dos respectivos juízes de órfãos.

No regulamento que tratava do regime de aldeamento, editado em 1845, ficou sob responsabilidade dos missionários religiosos a tarefa de catequizar e adaptar os índios ao convívio com a sociedade brasileira⁶.

A proposta legislativa do Império era notadamente integracionista. O índio era visto como um indivíduo pertencente a uma sociedade primitiva que precisava, para o próprio bem seu e melhor desenvolvimento do País, sair do estado de barbárie e se adaptar à cultura nacional. A concepção oficial de “índio” não permitia sequer a garantia de suas terras, enquanto propriedade coletiva do grupo indígena. Qualquer garantia à posse de terras dada aos índios seria somente mais uma estratégia de facilitar o processo civilizatório. Sendo a qualidade de índio apenas um status provisório a desaparecer com a sua integração à comunhão nacional, os aldeamentos se configuravam apenas como espaços necessários à colonização e não como habitats dos povos indígenas. Somente com a Lei n.º. 601 de 18 de setembro de 1850 (“Lei de Terras”), as terras destinadas à colonização dos indígenas passaram ao usufruto exclusivo dos índios, tornando-se inalienáveis até que o Governo Imperial lhes concedesse o pleno gozo delas, quando assim permitisse o seu estado de

70

⁵Outras leis foram publicadas na tentativa de melhor resguardar os direitos desses povos considerados incapazes de, por si só, promover a defesa de seus interesses. Destacam-se, dentre elas, as de 3 e 18 de junho de 1833; a primeira beneficiava os índios que se estabelecessem nos aldeamentos à margem do rio Arinos, no estado do Mato Grosso, com a isenção do pagamento de qualquer tributo por um período de vinte anos, e a segunda transferia a administração dos seus bens para os juízes dos órfãos, também tutores dos interesses dos indígenas (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p.108, *apud*, FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 28).

⁶Às missões cabia a tarefa de desenvolver a catequese dos índios; trabalhando diretamente nas aldeias já existentes e agrupando os índios nômades em aldeamentos, para ministrar, nestes e naquelas, o ensino das primeiras letras, as máximas da Igreja Católica, inculcando o respeito e a prática dos seus sacramentos, dentre eles o casamento. Construíam também habitações mais confortáveis, tudo com o fim de promover a adaptação dos índios às práticas correntes na sociedade brasileira. E como uma espécie de prêmio aos índios que bem se comportavam nos aldeamentos, a eles eram concedidas terras separadas das aldeias para suas granjearias particulares, que passariam a sua propriedade definitiva, através de Carta de Sesmaria, se, durante doze anos ininterruptos, mantivessem-nas cultivadas (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p.110, *apud*, FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 28).

civilização. Nota-se que a Lei n.º. 601/1850 foi o primeiro diploma legal a referir-se em terra indígena como “inalienável” e de “usufruto exclusivo” dos índios, estabelecendo elementos que ainda hoje compõem a definição constitucional de terra indígena (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 29).

O marco jurídico-institucional que preparou a transição do modelo de monocultura exportador para um novo modelo econômico, foi a Lei de Terras de 1850⁷. A lei de Terras introduziu o sistema da propriedade privada das terras, ou seja, a terra passou ser mercadoria visto que a partir de 1850, as terras podiam ser compradas e vendidas. Até então, eram apenas objeto de concessão de uso – hereditária – por parte da Coroa àqueles capitalistas com recursos para implantar, nas fazendas, monoculturas voltadas à exportação (BORGES, 1958). A característica principal desta lei foi a implantação no Brasil da propriedade privada, ou seja, a lei proporcionou juridicamente a transformação da terra (bem da natureza) em mercadoria, objeto de negócio. Normatizou então a propriedade privada. A segunda característica⁸ estabelecia que qualquer cidadão poderia se transformar em proprietário privado de terras (STEDILE, 2011).

No período do Império essa lei tratou de regulamentar a propriedade privada no território brasileiro, assegurou o direito territorial dos índios. Segundo Souza Filho (1998) era na verdade a reafirmação do indigenato, instituto do período colonial que reconhecia os índios como os primeiros e naturais senhores da terra. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854, destacando-se os seguintes dispositivos:

Art. 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens.

[...]

⁷A lei de terras foi muito importante. Ela foi concebida no bojo da crise da escravidão e preparou a transição da produção com trabalho escravo – nas unidades de produção tipo *plantation*, utilizadas nos quatros séculos do colonialismo – para a produção com trabalho assalariado (BORGES, 1958, p. 283).

⁸[...] essa característica visava, sobretudo, impedir que os futuros ex-trabalhadores escravizados, ao serem libertos, pudessem se transformar em camponeses, em pequenos proprietários de terras, pois, não possuindo nenhum bem, não teriam recursos para comprar, pagar pelas terra à Coroa. E assim continuariam à mercê dos fazendeiros, como assalariados (STEDILE, 2011, p. 23).

Art. 75. As terras reservadas para colonização de indígenas, e para elles distribuídas, são destinadas ao seu uso fructo; não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder pelo gozo dellas, por assim o permitir o seu estado de civilização.

Azanha (2001) pondera que a legislação do Império manteve a distinção dos dois tipos de "terras de índios" reconhecidos pela legislação colonial: as possuídas pelos índios estabelecidos nos seus terrenos originais e aquelas reservadas para a colonização "das hordas selvagens" em terrenos distintos da ocupação original.

Por sua vez Mendes Junior (1988) assevera que:

[...] as leis portuguesas dos tempos coloniais apreendiam perfeitamente estas distinções: dos índios aborígenes, organizados em hordas, pode-se formar um aldeamento, mas não uma colônia; os índios só podem ser constituídos em colônia quando não são aborígenes do lugar, isto é, quando são emigrados de uma zona para serem imigrados em outra.

Este mesmo autor, interpretando os dispositivos já citados do Regulamento de 1854 (artigos 72 a 75), conclui que:

[...] o Legislador não julgou necessário subordinar os índios aldeados às formalidades da legitimação de sua posse; pois o fim da lei era mesmo o de reservar terras para os índios que se aldeassem. Desde que os índios já estavam aldeados com cultura efetiva e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas [...].

72

A luz desses artigos conclui-se que enquanto o artigo 75 determinou que as terras reservadas para os índios fossem destinadas ao seu usufruto, não há qualquer registro de salvaguardar aos Guaicuru e aos Aruak na borda do pantanal ou aos Guarani nos Campos de Vacaria o direito sobre as terras por eles habitadas (VIETTA, 2012).

LEGISLAÇÃO INDIGENISTA no Brasil República (1889 - 2015)

No período republicano, a primeira Constituição da República de 1891, em seu Art. 64, transferiu aos Estados-membros as terras devolutas situadas em seus territórios, e como se sabe, muitas das terras indígenas haviam sido consideradas devolutas nos períodos colonial e imperial. A partir de então, imediatamente os estados passaram a se assenhorear das terras indígenas.

A concessão se dava por meio de procedimento que exigia medições e vistorias, o que na época não foram realizadas e por isso foi ignorada a presença de várias comunidades indígenas. Ao mesmo tempo, o constituinte de 1891, excepcionou as terras de fronteiras, os estados ignoravam, expedindo inúmeros títulos incidentes sobre terras indígenas. Exemplo disso são vários títulos que datam dessa época concedidos indevidamente sobre terras dos índios Guarani – Kaiowá, em Mato Grosso do Sul (VIETTA, 2012).

A Constituição de 1891 não fazia qualquer menção aos índios ou aos seus direitos territoriais. Isto explica, por exemplo, porque o Serviço de Proteção ao Índio – SPI não tinha poderes para reconhecer as terras indígenas (ARAÚJO, 2006). Após isso, as constituições que se seguiram trouxeram alguns dispositivos reconhecendo a posse dos índios sobre as terras por eles ocupadas:

. Constituição Federal de 1934:

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

. Constituição Federal de 1937:

Art.154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porem, vedada a alienação das mesmas.

. Constituição Federal de 1946:

Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

.Constituição Federal de 1967 – Emenda Constitucional nº 1 de 1969:

Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilizadas nelas existentes.

1º - Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

Os textos constitucionais que se seguiram trataram das terras indígenas no sentido de se respeitar a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas que ali estão, no entanto, somente com a Constituição de 1988 que o legislador se preocupou em tratar da terra indígena como instituto diferenciado do direito civil, e ainda, traçando os elementos conceituais que marcam a posse indígena.

Tabela: Atos normativos relacionados com o instituto da autonomia dos povos indígenas

	ANO	ATO	CONTEÚDO / OBJETIVO
<p>Visão Integracionista: - Superioridade da cultura hegemônica; - Caráter transitório da Identidade sócio-político - cultural Indígena.</p>	1916	Código Civil	Os índios como relativamente incapazes , sujeitos ao regime tutelar enquanto não fossem adaptados à civilização do país.
	1934	Constituição Federal	“ Incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”
	1937	Constituição Federal	Omisso em relação ao status jurídico dos índios
	1946	Constituição Federal	“ Incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”
	1966	Convenção 107 da OIT	Proteção e integração das populações tribais e semitribais de Países Independentes
	1967	Constituição Federal	“ Incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”
	1969	Emenda Constitucional	“ Incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”
	1973	Estatuto do Índio	“... preservar a sua cultura e integrá-los progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional”
<p>Visão pluriétnica e multicultural: - proteção e valorização das diferenças; - convivência respeitosa; - reconhecimento das instituições indígenas próprias, submetidas apenas ao marco jurídico do Estado soberano.</p>	1988	Constituição Federal	<ul style="list-style-type: none"> - Reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; - Reconhecimento do uso das línguas maternas e processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental; - Reconhecimento dos direitos originários (de posse e usufruto exclusivos) sobre as terras que tradicionalmente ocupam; - Consulta às comunidades sobre projetos de exploração mineral; - Reconhecimento da capacidade de postulação em juízo para a defesa de seus direitos e interesses; - Dever da União em demarcar as terras e proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas;

1989	Convenção 169 da OIT , (promulgada no Brasil pelo Dec. 5051 de 19.04.2004)	<ul style="list-style-type: none"> - Sobre povos indígenas e tribais em países independentes. - Reconhece suas aspirações a “assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. - Direito de usufruto das riquezas naturais. - Consulta às comunidades sobre projetos de exploração mineral.
1996	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional	Educação escolar bilíngüe e intercultural

Fonte: Assessoria Jurídica – CIMI

Do período republicano três instrumentos legais regulam o direito dos povos indígenas: Estatuto do Índio de 1973, a Constituição Federal de 1988 e a Convenção 169 da Organização internacional do trabalho - OIT.

a) **Lei n. 6.001 de 1.973 – Estatuto do Índio**

A lei n. 6.001 de 21 de dezembro de 1.973 também conhecida como Estatuto do índio fora concebida num dado momento histórico brasileiro e estando em vigor até os dias atuais deve ser interpretada a luz dos dispositivos constitucionais de 1988. O primeiro ponto merecedor de nossa reflexão diz respeito ao plano de validade e eficácia do estatuto legislativo em comento.

O estatuto do índio é norma de natureza infraconstitucional e mesmo não sendo revogada expressamente não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, ou seja, embora estando em vigor e existindo no mundo jurídico alguns dispositivos desta lei encontram-se com a eficácia de aplicabilidade suspensa por força de comando constitucional. Significa dizer que todos os artigos que não estão de acordo com a Constituição de 88 não devem ser aplicados.

O artigo 1º do estatuto do índio preceitua que tem “o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”, ou seja, a perspectiva do Estado brasileiro era integracionista no sentido de incorporar os índios a chamada comunhão nacional. Se por um lado o estatuto perseguiu este objetivo (incorporar, integrar, civilizar) a Constituição de 1988 veio reconhecendo o direito de permanecer e ser diferente.

Neste sentido que grande parte dos dispositivos do estatuto do índio encontra-se em desacordo com o que preceitua o texto constitucional razão pela qual não devem ser aplicados, justamente por ser a Constituição Federal norma hierarquicamente superior ao estatuto do índio.

O capítulo II da lei 6.001/73 trata da tutela e da incapacidade civil do índio. Continua adotando a expressão do Código Civil de 1916⁹: *silvícola*. Expressão ultrapassada que não foi utilizado com o advento da Constituição em 1988. O artigo Art. 7º¹⁰ do estatuto preconiza que *os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta lei*, ou seja, o índio ou a comunidade indígena era tido como “alguém incapaz” que só poderia exercer seu direito se tivesse seu “tutor”, no caso a FUNAI, lhe assistindo. São comuns nas falas dos caciques anciãos eles se lembrarem dos tempos em que até para viajarem necessitava de uma autorização da FUNAI, sem o qual não poderia nem sair da comunidade. No artigo 8º está à previsão de nulidade dos “atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente”. Não poderia o índio firmar qualquer tipo de contrato (compra, venda, abrir conta em banco, etc) sem a assistência do órgão tutelar (FUNAI) sob pena de nulidade. Estávamos diante do que no direito Civil brasileiro denominamos de incapacidade civil relativa para a prática dos atos da vida civil. O artigo 6º, inciso IV do Código Civil de 1916 preconizava que os silvícolas são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer; afirmando expressamente no parágrafo único que “os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação”.

76

⁹O Código Civil de 1916 foi revogado pelo atual Código Civil de 2002.

¹⁰Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe à tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas (Lei n. 6.001/73).

O estatuto do índio prevê procedimento, individual ou coletivamente, para ser liberado do regime tutelar que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988:

Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I - idade mínima de 21 anos;

II - conhecimento da língua portuguesa;

III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no artigo 9º.

A situação atual do índio, sua comunidade e organização devem ser analisadas a luz da Constituição de 1988, visto que esta é hierarquicamente superior ao estatuto do índio. Mesmo o estatuto estando em vigor alguns dispositivos que não estão em harmonia com a Carta constitucional está com sua aplicabilidade suspensa, ou seja, embora exista não se aplica.

Veremos que com a promulgação em 1988 da Carta Magna a visão integracionista e a tutela do índio caem por terra, inaugurando uma nova ordem jurídica que reconhece o direito a diferença e a capacidade civil do índio, sua comunidade e sua organização própria.

b) Constituição Federal de 1988

Como abordado até o momento, desde a chegada dos “colonizadores” ao território que depois se chamaria Brasil, a posse das terras dos índios foi alvo de preocupação por parte da Coroa portuguesa. Desde o período colonial vários são os expedientes normativos relacionados ao direito dos povos indígenas que aqui estavam. No entanto tem-se na Constituição Federal de 1988 o marco divisor na legislação indigenista, ou seja, é preciso verificar como o índio e sua comunidade era tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro antes e depois de 1988¹¹.

Rompendo com a visão integracionista¹² que orientava o relacionamento do Estado com os povos indígenas, a constituição denominada cidadã inovou trazendo um capítulo específico denominado “Dos Índios”. Ali estão dois artigos de fundamental importância para o movimento indígena e que vaticinam os princípios vetores do direito indigenista.

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

78

¹¹Sem dúvida a Constituição Federal de 1988 é o marco divisor de águas na linha de evolução do direito indigenista. Não só trouxe um capítulo específico denominado “Dos Índios”, rompendo com a visão integracionista, como também, reconheceu o direito à diferença das comunidades indígena, reconheceu a capacidade processual dos índios, suas comunidades e suas organizações, bem como atribuiu ao Ministério Público o dever de garantir os direitos indígenas e por fim, em seu Art. 231, caput, reconheceu os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupadas. Como bem atesta Deborah Duprat, os territórios indígenas, no tratamento que lhes foi dado pelo novo texto constitucional, são concebidos como espaços indispensáveis ao exercício de direitos identitários desses grupos étnicos. As noções de etnia/cultura/território são, em larga medida, indissociáveis (ELOY AMADO, 2011, p. 13).

¹²A teoria integracionista ou assimilacionista foi inspirada na teoria do evolucionismo social. Essa teoria da evolução, oriunda da Biologia de Darwin, foi construída a partir de dados empíricos, qual seja, a seleção de diversos organismos e sua diferenciação tipológica. Contudo, essa teoria foi refutada pelas ciências sociais, notadamente pela antropologia (SANTILLI, 2009, *apud*, FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 23).

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

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

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

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

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

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

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

Art. 232 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

O *caput* do Art. 231 vaticina que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; com isso a ordem constitucional derrubou por terra a visão integracionista que antes perdurava. Nota-se que o estatuto do índio de 1973 apregoa em seu Artigo 1º que tem como

propósito “integrar, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Se antes a política era integrar a comunhão nacional, agora a Constituição de 1988 reconhece o direito de ser diferente. O índio tem o direito de ser índio do jeito que o quiser, seja na aldeia ou na cidade. Ele tem o direito de preservar sua cultura, sua língua e manter suas crenças e tradições. Em síntese, ele não precisa deixar de ser índio para ser integrado a sociedade nacional, visto que ele já tem sua própria sociedade com organização própria.

A política assimilacionista fica nítida ao observar o que dispõe o Artigo 4º do mesmo estatuto em comento, *in verbis*:

Art. 4º - Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

80

Nota-se que a norma prevê três classes de índio: isolado, em vias de integração e o integrado. A ideia é que aos poucos os índios seriam integrados e deixariam de ser índios, perdendo assim todos os direitos especiais, principalmente com relação as suas terras, pois desaparecendo-se os índios não haveria a necessidade de demarcar terras e todo o território brasileiro ficaria livre para a implantação de grande projetos agroexplorador. É esta mesma visão que orientou por muito tempo o SPI quando o mesmo reservou pequenos espaços de terras para os índios, pois pensava-se que “progressiva e harmoniosamente” estes deixariam de ser índios e desapareceriam.

A Constituição de 1988 consagra o direito à diferença, acabando com a política integracionista. Reconhece ainda o direito a organização social própria de cada povo e/ou comunidade indígena. São eles próprios que devem decidir o seu futuro e eleger quais são suas prioridades.

A segunda parte do Artigo 231 reconhece ainda “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las,

proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. O direito originário significa dizer um direito de nascença, direito congênito, direito anterior a qualquer outro direito. Essa é a extensão da afirmativa constitucional.

O texto constitucional de 1988 inovou com relação aos requisitos para definição de terra indígena. Se antes era posto como requisito a “imemorialidade”, o *caput* do Artigo 231 trouxe como requisito fundamental a “tradicionalidade¹³”. Significa dizer que os povos indígenas têm direito sobre seus territórios tradicionais. A própria constituição no §1º do mesmo artigo traçou o conceito de tradicionalidade, ou seja, terra indígena não é invenção da FUNAI ou de antropólogos como suscitam algumas vozes, mas decorre da própria quadra constitucional, tem seus parâmetro vinculados a ela.

Segundo dicção do dispositivo constitucional, terra tradicional ocupada são as 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. Nesta esteira, a terra indígena deve contemplar o espaço necessário para as habitações (moradias) da comunidade. Deve ainda, englobar os recursos naturais, como a mata onde se possa caçar e colher as plantas medicinais, os rios e lagos onde se possa pescar e onde as crianças possam desfrutar de momentos de lazer. O espaço deve ser o suficiente para as atividades culturais e para a convivência harmoniosa dos grupos familiares presentes e as futuras gerações. Este território deve abarcar também eventual montanha, rio, mata, gruta ou outro elemento qualquer considerado sagrado pela comunidade, dentre outros, o cemitério.

Vê-se que as atuais reservas indígenas estão bem longe do que traçou a Constituição de 1988, logicamente porque terra indígena reservada é diferente de terra indígena demarcada, razão pela qual todas as reservas indígenas de Mato Grosso do Sul deverão ser demarcadas de acordo com as lentes constitucionais de 1988.

¹³Na lição de José Afonso da Silva, 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 (Os Direitos Indígenas e a Constituição - Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor — 1993, p. 47).

O §2º do Artigo 231 da CF/88 dispõe que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (comunidade indígena) destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Terra indígena é bem da União (Artigo 20, inciso XI da CF/88), mas o seu uso é exclusivo da comunidade indígena, não podendo os índios dispor da mesma.

Nota-se que no Artigo 231 da Constituição Federal de 1988 não tem palavra sobrando, nem faltando. O dispositivo foi bem redigido, razão pelas quais tais direitos devem ser protegidos e aplicados em absoluto. O direito dos povos indígenas não sofre mitigação a exemplo de outros direitos como o de propriedade.

CONSIDERAÇÕES finais

Fica evidente que desde o período colonial vários foram os expedientes normativos que tratavam dos povos indígenas e, nessa linha do tempo do direito indigenista, vemos que apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi reconhecido ao índio o direito de ser índio conforme seus usos, costumes e tradições. Reconheceu-se ainda as comunidades indígenas e suas organizações o direito de estarem em juízo, reconhecendo a capacidade dos índios, derrubando por terra a tutela indígena.

A Constituição Federal de 1988 é o marco divisor de águas no direito indigenista, pois garantiu aos povos indígenas o direito congênito as terras tradicionalmente ocupadas. Significa dizer que consagrou um direito de nascença, anterior a qualquer outro. Evidenciou-se que a terra tradicional traçado pelo poder constituinte de 1988 é bem diferente da realidade dos acampamentos indígenas de Mato Grosso do Sul, e até mesmo de muitas terras indígenas já demarcadas, configurando-se num verdadeiro confinamento, onde as relações sociais, culturais e religiosas se desarmonizam gerando uma série de conflitos.

A terra é o bem primordial para os povos indígenas, sendo a luta pelo território prioridade na busca pelo bem viver. O conhecimento tradicional e o modo de ver e entender devem ser considerados na elaboração e implantação de ações que tenham por objetivo as comunidades indígenas. Os povos indígenas têm demonstrado profunda capacidade seja na resistência de lutar por seu territórios,

seja na constante busca de se empoderar de outros conhecimentos – ditos científicos – para travar uma luta qualificada. Mato Grosso do Sul concentra mais de 900 acadêmicos índios nas mais diversas áreas de conhecimento, outros tantos profissionais indígenas empenhados nos cursos de pós graduação *estricto sensu* (mestrado e doutorado) e juntos somam com suas lideranças tradicionais na defesa do bem coletivo, o território tradicional.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria, ET alii. Povos indígenas e a lei dos brancos: o direito à diferença – Brasília: MEC; LACED/Museu Nacional, 2006.

AZANHA, G. *Etnodesenvolvimento, mercado e mecanismo de fomento: possibilidades de desenvolvimento sustentado para as sociedades indígenas no Brasil*. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de, e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). *Etnodesenvolvimento e políticas públicas; Estado e povos indígenas; e Além da tutela: bases para uma nova política indigenista*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria. 2002.

BORGES, Fragmon Carlos. Origens históricas da propriedade da terra – 1958. Revista de estudos sociais, maio-junho de 1958. 259 – 298.

CAMPOS, Kátia Maria Nunes. Elo da história demográfica de Minas Gerais: reconstituição e análise inicial dos registros paroquiais da Freguesia de N. S.a DA Conceição do Antônio Dias 1763-1773. Dissertação de Mestrado – UFMG/Cedeplar. Belo Horizonte, MG. 2007.

CUNHA, M. Carneiro da (org.), História dos índios no Brasil. São Paulo, FAPESP/SMC/Companhia das Letras, 1992, pp. 37-52.

ELOY AMADO, L.H. O Supremo Tribunal Federal como “construtor” da Constituição Federal: análise das condicionantes impostas para demarcação de terra indígena. Monografia. Curso de Direito. Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Campo Grande, 2011.

FARIA, Ivani Ferreira de. Expropriação da identidade e da terra indígena no Brasil. Disponível em <http://www.ipol.org.br/ler.php?cod=329>. Acesso em 23 de setembro de 2013.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como um direito constitucional fundamental. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós- Graduação em Direito, UNIFOR. 2010.

MENDES JÚNIOR, J. - Os Índigenas do Brazil, seus Direitos Individuaes e Políticos, ed. Fac-similar, Comissão Pró-Índio de São Paulo – 1988.

NOZOE, Nelson. Sesmarias e Apossamento de Terras no Brasil Colônia. Revista de Economia. Set/Dez 2006. p. 587 – 605. São Paulo.

OLIVEIRA SOBRINHO. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. O Decreto Legislativo n°. 5 484, de 1928. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1992.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos Povos Índigenas para o Direito. Curitiba: Juruá, 1998.

VIETTA, Katya. Como o coletivo se transforma em privado: o histórico papel do Estado na privatização das terras indígenas sul-mato-grossenses. UFMS, Campo Grande – MS. 2012.