

POVOS INDÍGENAS DO BRASIL: UM OLHAR SOBRE A POLÍTICA INDIGENISTA OFICIAL DA COLÔNIA À REPÚBLICA

Jorge Luiz Gonzaga Vieira¹

Resumo: O presente trabalho analisa a política imposta aos povos indígenas do Brasil durante a Colonização, o Império e a República, com destaque para a legislação indigenista no que se refere à tutela e a conquista dos direitos indígenas, tendo como referência a atual Constituição do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Em nível de produção, é um trabalho sistematizado a partir das discussões e reflexões em com discentes dos cursos de Jornalismo e Direito do Centro Universitário CESMAC e da experiência de pesquisa de campo junto às populações indígenas de Alagoas. Em vista disso, será feita uma abordagem geral sobre alguns aspectos da legislação brasileira referentes aos direitos constitucionais dos povos indígenas, a política indigenista não governamental e, fundamentalmente, a resistência e participação dos grupos étnicos como sujeitos que lutam em busca da garantia de seus direitos, do reconhecimento das diferenças étnicas e da recuperação dos territórios.

Palavras-chave: Direito, Resistência, Legislação, Tutela e Povos Indígenas.

Abstract: This paper analyzes the policy imposed on the indigenous peoples of Brazil during the Colony, Empire and the Republic, especially the indigenous law with regard to protection and the achievement of indigenous rights, with reference to the current Constitution Brazil, promulgated on October 5, 1988. At the level of production, is a work systematized from the discussions and reflections with students of journalism courses and Law University Center CESMAC and field research experience with indigenous populations Alagoas. As a result, a general approach on some aspects of the Brazilian legislation concerning the constitutional rights of indigenous peoples will be made, the non-governmental indigenous policy and fundamentally resistance and participation of ethnic groups as subjects fighting in search of guaranteeing their rights, recognition of ethnic differences and the recovery of territories.

Keywords: Right, Resistance, Law, Guardianship and Indigenous Peoples.

INTRODUÇÃO

O Brasil é culturalmente constituído pela diversidade étnica e historicamente confrontado entre as mais diferentes culturas, grupos étnicos e projetos. Com a invasão portuguesa, seguida por políticas colonizadoras francesas, holandesas, inglesas e estadunidenses, os povos nativos foram submetidos à legislações autoritárias e excludentes.

Nos tempos modernos, pressionados pelas novas descobertas e conhecimentos científicos, os Estados nacionais começaram paulatinamente incluir em suas

¹ Doutorado pela Université Stendhal Grenoble-3 e PUC-Minas e professor dos cursos de Comunicação Social e Direito do Centro Universitário CESMAC. E-mail: jgonzagavieira@gmail.com

constituições leis que garantem os direitos humanos e as diferenças étnicas. Uma sociedade que caminha para um reconhecimento de tal característica, afasta-se cada vez mais da ideia de superioridade de um grupo social sobre o outro.

O presente trabalho analisa a política imposta aos povos indígenas do Brasil ao longo da Colonização Portuguesa, passando pelo Império até à República, com destaque para a legislação indigenista no que se refere à tutela e à conquista dos direitos indígenas, tendo como referência a atual Constituição do Brasil.

A abordagem destaca alguns aspectos da legislação brasileira sobre os direitos históricos e constitucionais dos povos indígenas, a política indigenista não governamental e, fundamentalmente, a resistência e participação dos grupos étnicos como sujeitos que lutam em busca da garantia de seus direitos, do reconhecimento das diferenças étnicas e da recuperação dos territórios.

1. Constituições brasileiras e os povos indígenas

Até a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, as Constituições brasileiras ou omitiram ou trataram os povos nativos de forma preconceituosa e na perspectiva de integração à cultura nacional. A política colonial impôs aos povos nativos mecanismos de integração, violência, escravização e catequização missionária, submetidas à violência física e psíquica, chegando ao extermínio de muitas etnias e obrigando-os a deixar seus *habitats*, abandonando seus modos de vida, os costumes e regras sociais.

Os portugueses conheciam e usavam as leis advindas das Coroas portuguesa e espanhola, inclusive no período em que Portugal passou a ser regido pela Coroa espanhola, no início do século XVII, por onde regiam as missões, o uso da terra e a utilização da população nativa como mão de obra.

No aspecto fundiário, o Brasil vivenciou quatro momentos do ponto de vista jurídico, assim nominados: regime sesmaria (1500 – 1821); regime de posse (1821 – 1850); regime da Lei de Terras (1850 - 1889); e regime republicano (1889 – até os dias atuais). Para cada regime, utilizava-se de vários instrumentos jurídicos. De acordo com Treccani (2009, p. 01),

Carta da Sesmaria, Carta Paroquial ou Registro do Vigário, Registro Torres, Título da Posse, Título de Legitimação, Título de Propriedade, Título de Provisório, Título Definitivo, Título de Arrendamento, Título de Aforamento,

Título de Ocupação, Título de Ocupação Colonial, Título Colonial, Título de Ocupação de Terras Devolutas, Licença de Ocupação, Autorização de Detenção, Doação pelo Poder Público com condições resolutas, Contrato de Alienação de Terras Públicas, Bilhete de Localização, Título Precário de Doação Onerosa, Carta de Anuência, Autorização de Detenção de Bem Público, Certificado de Habilitação a Regularização Fundiária, Certificado de Ocupação de Terra Pública, Contrato de Concessão de Uso e Contratos de Concessão de Direito Real de Uso. São só alguns dos documentos utilizados.

Como os indígenas viviam de acordo com suas crenças, regras e costumes culturais, morais e sociais, não conheciam a escrita muito menos sabiam da existência do Direito Positivado que lhes garantia a propriedade da terra, foram vítimas e até hoje são do desenvolvimento do pensamento ocidental, de uma organização social europeia, considerada civilizada e superior. As populações utilizavam as terras onde viviam, usufruíam, cultivavam e dominavam.

Do ponto de vista jurídico, o território brasileiro não pertencia a ninguém, até a chegada dos portugueses. “Toda a terra, antes ocupadas pelos silvícolas, por direito de ocupação (descobrimto), passou a pertencer à Coroa portuguesa” (ALMEIDA, apud TRECCANI, p. 2).

O regime usado para ocupação das terras, então pertencente a Coroa portuguesa, foi o regime sesmaria, que perdurou por todo período colonial brasileiro. Onde, a terra era transferida da Coroa portuguesa para um particular, após o cumprimento de cláusulas contratual como: aproveitamento do solo, medição de demarcação, registro da carta e pagamento do dizimo. Só assim o rei transferia a terra. (TRECCANI, 2009) Os primeiros registros de terras datam de 1534.

Em suas origens, o regime jurídico das sesmarias liga-se aos das terras comunais da época medieval, chamado de *communalia*.

Antigo costume da região da Península Ibérica, as terras eram lavradas nas comunidades, divididas de acordo com o número de munícipes e sorteadas entre eles, a fim de serem cultivadas.

Cada uma das partes da área dividida levava o nome de sesmo. O vocábulo sesmaria derivou-se do termo sesma, e significava 1/6 do valor estipulado para o terreno. Sesmo ou sesma também procedia do verbo sesmar (avaliar, estimar, calcular) ou, ainda, poderia significar um território que era repartido em seis lotes, nos quais, durante seis dias da semana, exceto no domingo, trabalhavam seis sesmeiros.

As sesmarias eram terrenos incultos e abandonados, entregues pela Monarquia portuguesa, desde o século XII, às pessoas que se comprometiam a colonizá-los dentro de um prazo previamente estabelecido.

A doação dessas terras encontrava motivo na necessidade que o governo lusitano tinha de povoar os muitos territórios retomados dos muçulmanos no período conhecido como Reconquista. (DINIZ, 2005).

Nesse contexto, os nativos passaram a ser visto como um problema para a realização dos ideais portugueses neste território. Já que, os portugueses não obtiveram os resultados de torná-los súditos de Portugal, achou-se necessário a integração dos mesmos numa unidade colonial/nacional. Para tal missão coube aos Jesuítas à tarefa de catequizá-los. Essa tentativa de integração gerou um alto nível de violência contra os povos indígenas, em todos os aspectos: territoriais, culturais, morais, linguísticos, sociais. Causando um enorme genocídio, extermínio, dizimando populações inteiras. As principais causas eram doenças contraídas pelo contato com o branco, violência física, trabalho escravo.

Contraopondo-se a essa hegemonia proposta não só no Brasil, mas em toda América, surge os movimentos indígenas, que com base nos direitos humanos, atraídos pela ideia de valorização universal, deixando de ser algo apenas relacionado ao Estado, passando a ser debatido em convenções internacionais.

A preconização dos direitos indígenas aconteceu na Carta Régia promulgada por Felipe III, então rei da Espanha e Portugal em 10 de setembro de 1611, onde lhes garantia o direito à propriedade e ao direito de ir e vir. Porém, não tinha eficácia social, já que os indígenas sequer sabiam da existência desses direitos e não tinham o domínio da língua escrita e falada.

[...] 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; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer [...] (CUNHA, apud RAMOS, p. 58).

Os indígenas sofreram e sofrem as consequências das imoralidades da sociedade nacional, com a imposição de suas leis e preconceitos. Os colonos preocupavam-se apenas na exploração do território, e não em respeitar o que estava previsto na lei escrita por eles próprios.

Com 180 anos após a chegada dos portugueses, o Alvará Régio de 1º de abril e 1680, também mencionou direitos indígenas na época colonial, garantindo-lhes o usufruto de suas terras e sua permanência na mesma. Os mesmos só sairiam ou mudariam se tivessem vontade. Outra Carta Régia de 09 de março de 1718 assegurava aos índios, o direito de cultivarem livremente seus costumes, seus modos de vida. Podendo essas, ser deixadas para seus herdeiros. Herança garantida pela lei pombalina de 1755. No entanto, tudo não passou de “Folhas de Papel” (LASSALLE, 2001), onde não há a garantia do cumprimento das leis na época do Brasil Colônia. As mesmas eram

lidas em público, para um público que não as entendia, e, quem entendia não tinha interesse em cumpri-la. Os reais interesses de tratamento a ser dados aos indígenas eram outros, o qual tem todo um histórico de extermínio, invasão, violência, escravidão, a que os nativos foram submetidos. A catequização tentou usurpar e erradicar seus costumes, crenças, tradições, que os colonos julgaram inferior ao ser humano.

Após dois séculos de colonização no território brasileiro, o processo de demarcação de terra, então vigente no período colonial, o regime sesmaria foi extinto. Ascendendo o regime de posse. Ou seja, processo de ocupação espontânea, que acontecia sem registro formal do Estado, nominado Regime das Posses, que durou quase trinta anos sem procedimentos judiciais sobre as terras, gerando um caos que fugia do controle do Estado. (TRECCANI, 2009). Os povos indígenas cada vez mais ameaçados e sendo expulsos de suas terras pelos posseiros, gerando conflitos e mortes. O regime de posse ganhou força com a Resolução nº 76 de 17 de junho de 1822.

Em 1824, foi outorgada por Dom Pedro I, a primeira Constituição do então território brasileiro. Neste período o Brasil passava por um momento ideológico de Unidade Nacional, impulsionado pela corrente positivista. Foi nessa perspectiva que a Constituição foi elaborada e os nativos foram obrigados a integrarem ao projeto de unidade nacional branca e civilizada aos moldes europeus. Ou seja, a Carta Régia acima citada, tenta camuflar uma realidade de conflito, e guerra cultural, territorial, que a Constituição declara claramente que não tinha interesse no cultivo das tradições indígenas, mas na erradicação desses costumes para a consolidação de uma unidade nacional. Como cita Ramos (2006, p. 2),

Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamenta a lei imperial Nº 601, de 18.09.1850: Art. 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens.

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

As terras devolutas seriam terras públicas, mas que não estivesse em usufruto do Estado, e que os posseiros não conseguissem provar a sua propriedade sobre elas. O mundo passara por uma reestruturação comercial e econômica, que muda a visão política sobre a terra que antes era vista apenas como *status* social, como na época Colonial do Brasil, e nesse contexto histórico, as grandes potências mundiais, a exemplo de França e Inglaterra, vivenciavam um período de modernização e motivação pela

sociedade capitalista. Por isso que o governo consentiu o direito aos nativos às terras devolutas, como visto na Lei Imperial nº. 601.

Art. 3º dá o seguinte conceito de terras devolutas: as que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal (§ 1º); as que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura (§ 2º); as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei (§ 3º); as que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei (§ 4º). (CUNHA JR. 1998).

A legislação garantia direito aos índios, mas constantemente aconteciam avanços impiedosos nas terras, que culminava com expulsão dos mesmos, a exploração das terras com fins lucrativos.

A expulsão dos padres jesuítas facilitou ainda mais essas invasões, e as mesmas aconteciam com a permissão dos administradores locais que visavam cada vez mais à exploração da terra para ganhos econômicos, desprezando o direito escrito garantido aos nativos. Essas invasões aconteciam de forma violenta, milhares de índios foram exterminados e cruelmente assassinados. Nessa Lei acima citada, o governo antes de garantir os direitos indígenas visava regulamentar as terras no Brasil, ou seja, dava-se início a Lei das Terras. Essa Lei veio combater o regime anterior e regulamentar judicialmente as terras no Brasil.

2. Direitos Indígenas nas Constituições Federais

A constituição de 1891 nem se quer mencionou a existência de índio no território brasileiro. No período que estava em vigor dessa Constituição foi criado pelo decreto-lei nº 8.072, de 20 de junho de 1910 o SPI (Serviço de Proteção ao Índio) que desenvolvia uma política que propunha dar aos índios condições de evoluir lentamente, até integrarem-se à sociedade brasileira, visto que eram considerados incapazes e precisavam, por isso de órgãos federais para representá-los. Para tal, o SPI demarcava as reservas indígenas e evitava que fossem invadidas, onde prestava atendimento à saúde e à educação formal.

De acordo com Rosane Lacerda (2008), a Constituição de 1934 foi a primeira a mencionar a existência de índios no país, contudo submetidos a condições de silvícolas (selvagens) a serem civilizados pelo Estado para a Unidade nacional, ou seja, para

viverem assim como o resto da sociedade. Como mostrava a C.F/34 - Art.5º. Compete privativamente a União: XIX – Legislar sobre: m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Essa expressão de silvícolas ‘habitantes da selva’ foi introduzida pelo Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) como representação de um conceito de índio, incluídos como incapazes².

Frederico Marés de Souza cita em seu livro (2001, p. 98), [...] O Código Civil brasileiro que inclui os índios na lista dos relativamente incapazes a certos atos ou a maneira de exercê-los (art.6º) remetendo a legislação especial o regime de tutelar que deverá cessar na medida em que se forem adaptando a civilização do país.

A Constituição de 1937 foi durante o governo de Getúlio Vargas, período do Estado Novo, 1934 a 1937. Com o mundo em crise e às vésperas da Segunda Guerra mundial, o Brasil vivenciou o sentimento de intolerância e a Constituição omitiu o lugar dos povos indígenas na sua relação com o Estado brasileiro e a sua sociedade. A Constituição de 1946 reproduziu a de 1934. A Constituição de 1967 onde nada de novo apresentou, a mesma repetiu o texto das Constituições de 1934 e 1946. Em seguida é apresentado uma Emenda Constitucional a qual o artigo 198 que tratava das terras ocupadas pelo silvícolas os quais só possuíam a posse e o direito ao usufruto exclusivo dos produtos naturais, sendo que elas pertenciam ao governo Federal.

3. Órgãos da política indigenista federal: SPI e FUNAI

Em 1957 o SPI entrou em um processo de decadência devido as questões de improbidade administrativa cometida pelos seus funcionários e em 5 de dezembro de 1967, através da lei 5.971, foi criada a FUNAI – Fundação Nacional do Índio. É um órgão criado pelo governo Federal com o objetivo de representar os interesses indígenas, visto que eles eram regidos sobre uma condição de tutela pelo governo. As funções da FUNAI eram de tratar da política indigenista e garantir seu cumprimento; demarcar, assegurar e proteger as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, estabelecer a prestação médica-sanitária e a educação. Através dessa lei eles tutelam a preservação cultural indígena, por outro resguardam à aculturação espontânea deste, sob a justificativa de uma evolução socioeconômica. Essa forma tutelar segundo Frederico

² Comparados e submetidos ao controle da sociedade europeia, os agentes da empresa colonial e legisladores brasileiros constituíram leis colocando-os sob o controle das instituições.

Marés de Souza (2001, p.104): “[...] uma proteção substitutiva do pátrio poder, como meio jurídico de proteger uma incapacidade individual.[...] e o bens dos índios” adotada pelo estado e conseqüentemente pela FUNAI ocorreu pelo fato destes serem considerados incapazes de integrarem-se ao território nacional, em conseqüência dessas medidas de criar órgãos que os representem, eles não conseguem se autodeterminarem. De acordo com Frederico Marés de Souza (2001, p. 97).

A questão da tutela do índio, assim como foi introduzida no Direito Brasileiro diretamente as pessoas ou ao bem com um evidente sentido de proteção, mas a falta de aplicação das disposições conseguiu transformar essas regalias em direito. [...]

Através da lei nº 6.001 foi criado Estatuto do Índio, em 19/12/1973 com a incumbência de formalizar os procedimentos adotados pela FUNAI. O estatuto deixa claro no artigo 1º que o seu objetivo é preservar a cultura e integrá-los á comunidade nacional. Ele divide, segundo Rosane Lacerda (2008) os índios entre tutelados e integrados, sendo os que mais possuíam uma integração maiores benefícios dentro da sociedade civil.

Através dessa nova norma a União mostra que os nativos possuem uma cultura diferente da nacional, entretanto os que não foram integrados à comunidade nacional ainda possui regime de tutela. Com isso, não podem participar da vida civil sem a assistência do órgão tutelar do governo como mostra os artigos 7º e 8º do Estatuto do Índio. Em relação às terras indígenas o Estatuto estabelece no artigo 22 que elas pertencem a União e que estão sob a posse deles, sendo este ainda tutelado pela assistência governamental em relação à posse das terras. Em relação à educação o estatuto buscava segundo o artigo 50 que ela ocorresse em integração da comunhão nacional.

Diante disto surgem movimentos indigenistas de resistência às imposições do Estado as vésperas da Constituição de 1988 a sociedade brasileira pedia que fossem assegurados às populações indígenas reais condições de pessoas humanas, vistos como membros da coletividade com identidades, etnias e culturas próprias e assim pedia-se o reconhecimento de um Estado pluriétnico e multicultural. Como cita Marés de Souza (2001, p. 106) “O estado, o direito e o poder não admitem o diferente e conseguem traduzir proteção a eles devida por força da lei, em arbítrio e assimilação.” Pois nas formações dos Estados brasileiros os índios eram considerados incapazes nas questões que tratavam sobre suas terras, questões econômicas e em questões de segurança

nacional. Esses movimentos demonstram, como menciona Rosane Lacerda (2008), a insatisfação dos nativos de viverem sobre uma base de um sistema que tentava civilizá-los e que por não conseguir achava-os incapazes. Como o Estatuto trazia a educação com essa ideia de incapacidade cultural, os índios passaram a buscar mais direitos a uma educação específica de sua cultura para fortalecer seus elos culturais.

Diferente das Constituições anteriores, a de 1988 diante dos fatos sociais apresentados anteriormente, viu-se obrigada a atender os anseios sociais, ou seja, o seu texto foi elaborado com participação da sociedade civil. Essa nova Constituição trouxe a igualdade entre os povos sem nenhum tipo de discriminação como mostra os artigos 3º e 5º. Trouxe também a autonomia indígena, ou seja, eles foram reconhecidos na sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, sendo protegidos pelo Estado de suas manifestações culturais como estabelece o parágrafo 1º do artigo 215 da CF. Cita Frederico Marés de Souza (2001, p.107): “A constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio [...]”. Diferente do que estabelecia o Estatuto do Índio, o qual dizia reconhecer a cultura indígena, mas queriam integrá-los à cultura nacional e os que não se integravam ainda eram considerados incapazes, por isso acabavam tendo direitos diferenciados.

O tratamento jurídico brasileiro atribuído aos povos indígenas esteve associado por demasiado tempo à ideia que estes impediam o desenvolvimento nacional pela não redenção aos objetivos econômicos e políticos predominantes na época, isto é, de acordo com o período histórico brasileiro observa-se que a legislação indígena ao invés de promover a tutela, como proteção, dos interesses das sociedades indígenas, se respalda, sobretudo na estigmatização destas, tratando-as de modo preconceituoso sem demonstrar interesse em atender suas necessidades, particularidade que se encontrou presente de forma integral em todo o processo legislativo indigenista a partir do período colonial até o século XX, no qual a Constituição Federal (CF) promulgada em 1988 rompeu com essa ideia até então adotada (SOUZA; BARBOSA, 2012).

4. Tutela e autonomia indígena

A análise do presente trabalho volta-se para a questão do processo pelo qual os povos indígenas passaram com o instituto da tutela, desde os tempos em que os

portugueses encontraram o Brasil. Com a Constituição de 1988, do ponto de vista legal, conquistaram a autonomia.

Para compreender a questão da tutela que foi submetida a população indígena e como esta conquistou a autonomia, faz-se necessário o resgate de aspectos históricos, como os processos de colonização portuguesa e as invasões hispânicas, holandesas e francesas, como também as mobilizações indígenas e das organizações da sociedade brasileira em defesa, reconhecimento e garantia dos direitos históricos no processo constituinte, consolidados na atual carta Magna do Brasil.

Segundo o próprio léxico, tutela significa proteção, amparo³ (2008, p.798). No caso indígena, esse amparo se dá devido a uma suposta incapacidade decorrente de sua não participação nos padrões culturais da sociedade nacional dominante, onde fica explicitamente regulamentado na lei 6.001/73, Estatuto do Índio, art. 1º: “Esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

A chegada dos europeus às Américas desencadeou o processo de colonização, e com ele a opressão da pluriétnicidade, de modo que o termo “descobrimento” sempre vem carregado de uma visão eurocêntrica, uma vez que se refere estritamente à chegada dos portugueses ao Brasil.

Mas o que vem ao caso é a subestimação dos nativos, a desconsideração e indiferença que o fato histórico estabeleceu relativos à sua diversidade étnica. Foram deixadas marcas que são sentidas até hoje. Habitantes nativos de um “Éden perdido”, como coloca a escritora indigenista Rosane Freire Lacerda, os índios eram descritos como dóceis, amistosos e inocentes, segundo própria literatura quinhentista de Pêro Vaz de Caminha. Essas peculiaridades indígenas foram enxergadas como verdadeiras brechas para uma missão catequista e civilizatória. Vaz de Caminha os descreveu da seguinte maneira:

Parecem-me gente de tal inocência que, se os homens entendessem e eles a nós, que seriam logo cristãos, porque eles não têm nem entendem em nenhuma crença, segundo parece. (...) esta gente é boa e de boa simplicidade e imprimir-se-á ligeiramente neles qualquer cunho que lhes quisesse dar. (CAMINHA, 1500 *apud* SOUSA FILHO, *op. cit.* p. 20).

³ Dicionário Mini Aurélio.

Como se pode perceber nas palavras do escriba, os indígenas seriam um papel em branco, perfeito para ser impresso neles os costumes, crenças e toda a educação europeia possível. A imagem de criaturas domáveis, logo se esvairia e daria lugar à imagem de canibais selvagens e hostis. Giraram controvérsias política, teológica e filosófica, que envolveu desde a Corte até o Papado. Foi a partir daí que se deram de fato os primeiros questionamentos quanto à humanidade e capacidade dos indígenas.

Apesar de ter havido descrições positivas, enaltecendo a generosidade, bondade e beleza, tanto neles como em seu hábitat, os europeus não enxergavam a existência de Direito, crença ou organização social regendo esses povos. Não aceitavam a diferença, acreditavam que toda sociedade deveria ser tributária para merecer ser chamada de sociedade. Era inconcebível, para eles, a existência uma sociedade que não vivesse à sombra da lógica racionalista do pensamento ocidental. Marés de Sousa Filho faz a seguinte análise no tocante a essa ignorância:

O Direito nessas sociedades não pode ser concebido como normas programadas, preparadas e orientadas para reger a sociedade, mas normas que se confundem com a sociedade. Exatamente por isso estes Direitos, de forma geral, não conhecem instâncias de modificação formal, mas sua mutação acompanha a mutação existente internamente na sociedade. (SOUSA FILHO, 1999, p. 31).

As sociedades tradicionais foram estigmatizadas e vistas como um entrave ao desenvolvimento nacional. Segundo Belfort (2006 *apud* SOUZA e BARBOSA, 2011), se analisarmos os documentos jurídicos anteriores, observa-se que estes estiveram pautados em três paradigmas: o de extermínio, o da integração, e, com o advento da CF/88, o de reconhecimento de direitos originários e ampliação de garantias.

Uma das primeiras legislações que oprimem os direitos indígenas são as Cartas de Doação e Forais, expedidas pelo rei de Portugal na adoção do sistema de capitânicas hereditárias, em favor dos donatários. São consideradas constituições primitivas brasileiras. O Foral, por exemplo, determinava o conjunto específico de direitos e obrigações que o capitão donatário teria em suas mãos. Concedia inclusive, o direito de escravizar um número fixo de indígenas.

Após o fracasso das capitânicas hereditárias, houve a centralização do modelo político-administrativo com o Governo-Geral. O regimento do governador-geral Tomé de Souza (1548) determinava como castigo pela rebeldia indígena, a destruição de suas aldeias e povoações:

[...] para poder castigar os culpados o mais vosso salvo e com menos risco da gente que puder ser e como assim tiverdes praticado o poreis em ordem destruindo-lhe suas aldeias e povoações e matando e cativando aquela parte deles que vos parecer que basta para seu castigo [...].

Foi com essa lógica sucessiva que se deu o desenvolvimento do mito da incapacidade indígena. Uma lei revogando outra, uma norma substituindo ou se opondo a outra. A fase de reconhecimento da humanidade indígena havia passado, agora seriam reconhecidos como crianças que, portanto, precisava de um responsável para cuidar, ou simplesmente um tutor.

Entraria, então, a questão da tutela orfanológica dos índios, a qual representaria o marco jurídico de todo o mito de incapacidade. Essa foi instituída no século XIX, em 27 de outubro de 1831, para libertar e integrar pacificamente apenas os índios prisioneiros das guerras declaradas em 1808 (Guerras Justas), isto é, um direito limitado. Tudo isso dava a esses povos o aspecto de pseudos cidadãos. Todos os bens indígenas ficaram sob a administração dos juizes de órfãos. Nas palavras de Marés de Sousa Filho:

[...] fica claro que o desejo do legislador de 1831 era colocar aqueles índios saídos do cativeiro sob a proteção de uma autoridade que os encaminhasse na vida, ensinando-lhes um ofício, ou determinando que alguém o fizesse para sua perfeita integração na sociedade, já que não podiam imaginar que estes homens pudessem querer voltar a vida comunitária com seus parentes. (SOUSA FILHO, 1999, p. 95).

Após a política de extermínio do Brasil colônia, viria a política integracionista do Brasil República. As Constituições de 1824 e 1891 (Império) nem sequer mencionava a existência de índios no Brasil, só a partir do texto constitucional de 1934 é que surge uma política de tutela, se referindo à comunidade indígena como silvícolas (selvagens, estranhos à civilização), ou seja, não havia o reconhecimento dos costumes e crenças indígenas como parte integrante da cultura nacional.

Mas nem só no plano constitucional a legislação indígena se formou. No plano infraconstitucional houve o decreto 426 de 1845, o Estatuto do Índio, com a lei 6001/73 e o Código Civil de 1916 (art. 6º). O decreto dispunha sobre a civilização e catequese dos índios. O Estatuto do Índio defende a preservação da cultura dos povos tradicionais. No entanto, paradoxalmente, este último já mencionado, defende a integração progressiva e harmoniosa à comunhão nacional (art. 1º), o que faz dele um tanto

incongruente, uma vez que se configura em um dispositivo infraconstitucional voltado exclusivamente para tutela dos povos nativos.

Quanto ao Código Civil de 1916, este colocava um fim na tutela orfanológica. Nele, foi formalizada a política de administração dos nativos, estabelecendo sua relativa incapacidade jurídica e concedendo o poder de tutela ao Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Ainda assim, seu art. 6º os tratava como “silvícolas” e os consideravam “relativamente incapazes de exercer certos atos da vida civil”.

Marés de Souza Filho aponta que nem toda legislação indigenista da história foi carregada de cinismo, muitas se deram porque seus atores jurídicos realmente acreditavam que viver em civilização era o melhor para esses povos. Isso faz de nossa legislação indígena absurdamente cruel, uma vez que carregou o emblema de protetora hipocritamente. (2001).

Finalmente, a autonomia dos índios somente teve início com a Constituição de 1988, que representou uma enorme significância quanto o desenvolvimento dos direitos indígenas. Nela, foi reconhecida sua pluriétnica, costumes, crenças, organização social, ou seja, deu o direito de ser índio, sem determinação dos padrões culturais da sociedade dominante. Representaria uma concepção nova, “juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista”, nas palavras de Sousa Filho (1999). Esta Constituição exigiu do Estado a proteção dos bens indígenas através do regime tutelar exposto pelo Código Civil e regulamentado pelo Estatuto. Enfim, houve o reconhecimento do direito à diferença:

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. (Art., 231).

Posteriormente, veio o Código Civil de 2002, até então vigente, que ratificou essa autonomia ao excluir os indígenas dos considerados “relativamente incapazes” e conferindo-lhes personalidade jurídica conforme seu artigo 1º. Passam a titular direitos e obter obrigações na ordem civil.

Uma novidade é a tramitação do projeto de lei 2057/91, cujo autor é o atual ministro da educação, Aloizio Mercadante. Esta prevê a substituição do Estatuto do Índio por um Estatuto das Sociedades Indígenas, que reconhece a plena capacidade civil dos Índios, conferindo-lhe as mesmas prerrogativas dos outros cidadãos. Seu artigo 3º dispõe o seguinte: “As sociedades indígenas têm personalidade jurídica de natureza

pública de direito interno e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público”. Porém, Houve também a criação de órgãos que ficaram responsáveis por administração e cuidados, como por exemplo, o SPI em 1910, e em substituição a esse, a Fundação Nacional do índio (FUNAI) em 1967, a qual perdura até hoje. Por exemplo, no contexto da Tutela, o órgão foi considerado o pai e mãe dos índios; atualmente, o seu papel é apenas de fiscalização e sem coerção. Ela funciona apenas como um instrumento do indígena para acionar a justiça. Os quase 100 anos de proteção legal às questões indígenas também passaram por períodos de improbidade administrativa e maus tratos, mas com a Constituição de 1988 tais problemas passaram a ser inconstitucionais.

Outro grande passo dado após o texto constitucional de 1988 foi a Convenção de 169 da Organização Internacional do trabalho (OIT) que é ligada à Organização das Nações Unidas (ONU), em 1989, onde determina a realização dos devidos procedimentos legais no tratamento para com as sociedades indígenas, proporcionando-lhes participação efetiva nas tomadas de decisões. Mas revolucionário mesmo foi a Constituinte de 1988, que superou a “visão etnocêntrica, passando a reconhecer as diferenças socioculturais como legítimas expressões de um Estado pluriétnico e multicultural”, segundo Rosane Lacerda. (2009, p.32)

Através da CF/88 foi possível salvaguardar os direitos e deveres dos índios, bem como os seus interesses. Inúmeros são os dispositivos que versam acerca desta classe minoritária, em que estão dispostos conteúdos relevantes a respeito da propriedade das terras habitadas pelos índios, a competência da União para legislar sobre essa população, relações das comunidades indígenas com suas terras, conservação de seus costumes, tradições, usos e línguas (LIMA, 2004).A problemática indígena é tratada, mormente, no artigo 231 (Já citado anteriormente)

A nova Constituição legitima, por meio deste dispositivo acima citado, o direito dos indígenas a preservar sua organização social, seus costumes, língua, crenças e tradições, ou seja, este fato deve-se ser compreendido como o reconhecimento do direito constitucional dos índios à contraste cultural e linguística, marcando através deste, um novo posicionamento estatal em relação às sociedades indígenas (LISBOA).

A promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) configurou grandiosas

mudanças no que concerne à relação do Estado brasileiro com os povos indígenas. Vários são os autores que afirmam que o texto constitucional foi o marco de uma mudança significativa no tratamento estatal designado aos índios, pois atualmente se reconhece a existência de sociedades indígenas dentro do território nacional sem que por isso se busque a sua integração. Fato este, demonstra que a diversidade das tradições e costumes e a maneira de viver dessas sociedades deixariam de ser uma intimidação ou mesmo uma ameaça a um projeto de nação e passariam a estar amparadas por dispositivos constitucionais, caracterizando a superação da perspectiva assimilacionista em que se fundamentavam as leis indigenistas até então (LISBOA, Internet).

O artigo 232 expresso na CF determina, que:

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. ADCT.

Diante do presente artigo, é perceptível que os direitos e interesses dos povos indígenas apresentam natureza de direito coletivo, direito comunitário. Deste modo, concerne a toda a comunidade (JÚNIOR; LOPES, 2003).

O dispositivo encontrado no artigo 67 destaca que: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. É importante salientar que o processo demarcatório, é tão somente a primeira etapa para garantir o direito à terra indígena, em que posteriormente serão necessárias outras ações, com o objetivo de prevenir e sanar possíveis explorações econômicas indevidas, bem como a reintegração de posse de terras pelos índios (FUNAI).

Os povos indígenas desde os primórdios foram alvo de demasiada violência e desrespeito cultural, pois os mesmos foram estigmatizados como selvagens, muitos foram assassinados e outros demasiadamente explorados e perseguidos. (JUNIOR; LOPES, 2003). Não sendo levado em consideração a grandiosa contribuição destes povos à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais.

A partir da promulgação da CF/88, alguns direitos puderam ser assegurados a estes através dos dispositivos que versam acerca da proteção física e cultural destas terras, estabelecendo critérios para determinar a ocupação territorial a fim de proteger os direitos dos mesmos.

Posteriormente, a Convenção Nº 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), tem o intuito de ampliar os direitos e a proteção dos povos indígenas já existentes e expressos na CF/88.

Tendo em vista que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças advindas nas condições dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem surgir a necessidade de se adotar novas normas internacionais nesta matéria, a fim de se suprimir a orientação para a assimilação das normas anteriores.

O texto constitucional analisa de forma destacada, assim como a OIT, a questão do reconhecimento do desejo desses povos em 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 habitam.

Conforme versa o art. 2, parágrafo 1 da Convenção 169: “Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade”. Deste modo os índios possuem o direito de participar das decisões tomadas acerca de matérias que interfiram nos seus direitos através de seus representantes eleitos.

De acordo com o art. 4, parágrafo 1: “Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados”. Conforme destaca este artigo é de fundamental relevância a proteção cultural e de territórios próprios dos índios, pois é através desta medida que serão mantidos esses povos que vivem de suas tradições e que utilizam a terra para atualizar seus rituais e crenças.

Consoante o art. 7, parágrafo 1:

Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

Assim como qualquer outro indivíduo, os índios possuem o direito de optar por aquilo que melhor lhe favoreça, pois nenhuma ação que venha de terceiros poderá interferir na sua cultura e tradições, sendo necessária a participação deste grupo na elaboração de possíveis mudanças.

O art. 13 versa acerca das terras indígenas destacando no parágrafo 1 que:

Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

Através do exposto neste artigo, torna-se notório a necessidade de proteção da terra, não somente pelo fato da mesma significar o meio de subsistência, mas principalmente por ela representar o suporte da vida social dos indígenas e encontrar-se intimamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento.

Conforme é colocado no art. 14, parágrafo 2:

Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

Deste modo, sempre que uma comunidade indígena detiver direitos sobre uma área específica, o poder público terá o dever de identificá-la e delimitá-la, de fazer a demarcação física dos seus limites, de registrá-la em cartórios de registro de imóveis e protegê-la.

O art. 17, parágrafo 3 expressa: “Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes”, ou seja, estas terras se caracterizam como sendo de posse permanente e o usufruto exclusivo dos índios, porém constituem patrimônio da União. Desta forma, como bens públicos de uso especial, as terras indígenas, além de possuírem caráter inalienável e indisponível, não podem ser objeto de exploração de qualquer espécie por outros que não os próprios índios.

5. AS 19 CONDICIONANTES DO STF

O texto constitucional é um marco na política do Estado brasileiro e para as populações indígenas. Entretanto, há um fosso entre a lei e a realidade, identificado principalmente na ausência de regulamentação dos dispositivos constitucionais. O Estatuto das Sociedades Indígenas é um exemplo da falta de respeito para com a Constituição Federal e os direitos indígenas, com as propostas engavetadas no Congresso Nacional desde 1992.

Na ausência da regulamentação dos princípios constitucionais resultado da omissão dos legisladores, o Supremo Tribunal Federal (STF) ocupada o vazio e ajuíza medidas que vão de encontro aos direitos indígenas, particularmente no que se refere à demarcação dos territórios indígenas.

A decisão dos ministros do STF referente às 19 cláusulas condicionantes a partir da demarcação da área Raposa Serra do Sol pertencente aos povos indígenas no estado de Roraima, foi definida como orientação para todos os demais casos em que se assemelhassem, assegurando a homogeneidade nas decisões, julgando a procedência ou improcedência de uma ação de reconhecimento territorial e da demarcação.

A impessoalidade do Poder Judiciário é essencial e necessária, presente e reconhecida como princípio Constitucional (Princípio do Juiz Natural, art. 5º, XXXVII, e art. 5º, LIII, que respeita as regras acerca da competência do Órgão Jurisdicional). No entanto, observa-se no caso, mesclarem-se os interesses pessoais, a política e a justiça. O requerido ao Tribunal foi a análise do caso específico, e o resultado foi a criação de 19 condicionantes sob efeito *erga omnes*, ou seja, o que deveria ser uma decisão para resolver e abranger somente um fato, acabou por ser estendido e usado em outros casos de mesmo tema.

Diante de todas essas condicionantes vê-se o retrocesso em que o Brasil se encontra, em pleno século XXI, onde os povos originários têm os seus direitos limitados e manipulados por grupos poderosos e influenciadores do midiático e econômico. Identifica-se que há uma estreita relação das cláusulas condicionantes com a PEC 215⁴, que mesmo não tendo sido ainda aprovada já é tomada como referência. O envolvimento do Congresso Nacional é mais um meio de dificultar o alcance de conquistas dos povos indígenas, visto que aumenta o número de sujeitos que são contra os interesses indígenas, além de possuírem grande influência para prejudicar o andamento dos processos demarcatórios.

O processo de conquista da autonomia é árduo e moroso, diante de tantas e exorbitantes injustiças e tragédias que lhes foram impostas. A perda dos direitos leva-os gradativamente a limitar autonomia, tornando-os dependentes de políticas governamentais compensatórias que fazem ampliar ainda mais a dependência. Em meio a essas condicionantes vê-se que sua parte inovadora foi com relação a prejudicar as

⁴ Propostas de Emenda Constitucional que propõe limitar a demarcação das terras indígenas, retirando a responsabilidade do Executivo e transferindo para o poder Legislativo.

conquistas indígenas, pois as cláusulas benéficas são meramente transcrições da Constituição e da lei 6.001\73, não precisando de autoafirmação para ser aplicadas. Toda essa engenhosa articulação em prol de interesses particulares e egoístas vitimam grupos já injustiçados e que deveriam atualmente ser reconhecidos plenamente seus direitos, levando em conta principalmente os princípios de Igualdade e Dignidade Humana, proclamados com tanto fervor pela sociedade moderna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho analisou o reconhecimento dos direitos indígenas na legislação passando pelos períodos da Colônia, do Império e da República, identificando nas Cartas, Decretos, Leis e Constituições as formas discriminatórias e limitantes, em nível da política indigenista oficial e sua aplicabilidade, como também os avanços consagrados no texto constitucional de 1988, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, as movimentações e apoio das organizações indigenistas e participação efetiva dos povos e lideranças indígenas como sujeitos históricos na defesa e reivindicação dos seus direitos.

Identifica-se que, ao longo dos 500 anos, praticamente a legislação vigente a esse período e a sua política, trabalharam na perspectiva de inicialmente ignorar ou submeter os grupos nativos à lógica mercantilista, ignorando as suas diferenças étnicas, suas tradições, organizações sociais. À medida que foram se apropriando dos territórios indígenas, novas leis foram criadas, com o objetivo de integrá-los a comunidade nacional, anulando a identidade étnica e a origem com a terra.

Constata-se, ainda, que, com a promulgação da Constituição de 1988, com o apoio da sociedade organizada e de setores nacionalistas e de esquerda do Congresso Constituinte, os povos conseguiram ter o reconhecimento de direitos importantes, principalmente no que se refere ao reconhecimento dos territórios indígenas, à educação e saúde, garantia dos recursos naturais e o reconhecimento da autonomia política, jurídica e cultural. Entretanto, contrariando os princípios históricos e constitucionais, governantes, grupos econômicos ligados a setores da mineração, madeireiros, agronegócios e latifundiários, representados principalmente na bancada ruralista e evangélica no Congresso Nacional, além do poder Judiciário, têm mantido permanentemente os direitos indígenas sob a suspeição da legalidade, com a criação de

impedimentos e imbróglis políticos, administrativos e jurídicos para a não efetivação das garantias legais.

Diante disso, observa-se que, cabe ao Ministério Público Federal, como defensor dos direitos das minorias, à sociedade em geral e, particularmente, ao movimento indígena encabeçado pelas lideranças e suas organizações representativas, contraporem-se aos interesses dos grupos econômicos e governamentais, consolidando as conquistas e efetivação dos direitos indígenas.

REFERÊNCIAS

- DALLARI, Dallari. **O que são direitos das pessoas**. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- DINIZ, Mônica. **Sesmarias e Posse de Terras: Política Fundiária para Assegurar a Colonização Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Portal do Governo do Estado de São Paulo, 2005.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Terras Devolutas nas Constituições Republicanas**. Bahia: Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UPBA, 1998.
- HOLANDA, A. Buarque. **Mini Aurélio**. 7º edição. Curitiba: Editora Positivo, 2008.
- IBEROAMERICANA, Fundació Càtedra.
- LACERDA, Rosane. **Os Povos indígenas e a Constituinte**. 1ª ed. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2008.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- RAMOS, Ricardo. **As Terras Indígenas – Direito dos Índios e Demarcação, Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. Funai, 2006.
- TRECCANI, Girolamo Domenico. **O Título de Posse e a Legislação de Posse como Forma de Aquisição da Propriedade**. Pará: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará, 2009.
- Disponível em <www.funai.gov.br>. Acesso em 30/11/2012
- Disponível em <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 30/11/2012
- MARÉS DE SOUZA, Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2001.
- Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/11/2012
- http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9
- <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1602/Os-indios-em-face-a-Constituicao-Federal-88>
- <http://www.nepe.ufsc.br/controle/artigos/artigo72.pdf>
- <http://jus.com.br/revista/texto/5110/a-importancia-do-direito-dos-indios-para-a-manutencao-da-identidade-brasileira>
- http://ruizarriero.com.br/site/wp-content/uploads/2012/11/Direitos_dos_Povos_Ind%C2%A1genas.pdf
- <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/xavier2/Publicacao-dos-Direitos-dos-Indios-na-Colonia.cid221841>

<http://www.jfse.jus.br/obras%20mag/artigoterrasdevdirley.html>

<http://www.webartigos.com/artigos/resumo-do-livro-039-039-a-essencia-da-constituicao-039-039-de-ferdinand-lassalle/39957/>

<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/511584-cimi-manifesta-indignacao-sobre-decisao-do-stf-no-caso-da-terra-indigena-raposa-serra-do-sol->