

RODRIGO SÉRGIO MEIRELLES MARCHINI

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS TERRAS INDÍGENAS BRASILEIRAS NO PERÍODO
REPUBLICANO: EVOLUÇÃO E ESTAGNAÇÃO.**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO PARA OBTENÇÃO DO
TÍTULO DE MESTRE PELO DEPARTAMENTO DE DIREITO
CIVIL - ÁREA DE HISTÓRIA DO DIREITO - DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO
PAULO. ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR IGNÁCIO
MARIA POVEDA VELASCO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO, 2011

Sumário

Resumo.....	4
Abstract.....	5
Introdução.....	6
I - Fase de transição: resquícios e rupturas.....	20
<i>A. Contexto Histórico.....</i>	<i>20</i>
<i>B. A definição da fronteira entre o Brasil e a Guiana Inglesa.....</i>	<i>21</i>
1. <i>Joaquim Nabuco e os Índios.....</i>	<i>23</i>
2. <i>Antecedentes da Arbitragem.....</i>	<i>25</i>
3. <i>A arbitragem.....</i>	<i>26</i>
<i>C. Novas leis e novas práticas.....</i>	<i>29</i>
1. <i>Influência dos Estados Unidos da América.....</i>	<i>32</i>
2. <i>O indigenato de João Mendes Júnior.....</i>	<i>36</i>
3. <i>Serviço de proteção ao índio e localização de trabalhadores rurais - SPI.....</i>	<i>40</i>
II- A posse constitucional: proteção e restrição.....	48
<i>A. A constituinte de 1934.....</i>	<i>48</i>
<i>B. Proteção constitucional da posse indígena.....</i>	<i>50</i>
III- Centralização do sistema: internacionalização e fechamento.....	54
<i>A. A FUNAI e o Estatuto do Índio.....</i>	<i>55</i>
<i>B. Estradas em terras indígenas.....</i>	<i>61</i>
IV- Abertura: Manutenções e inovações.....	64
<i>A. Contexto Histórico.....</i>	<i>64</i>
<i>B. Comissão Afonso Arinos.....</i>	<i>64</i>
<i>C. A Constituinte.....</i>	<i>66</i>
1. <i>Propostas antigas.....</i>	<i>67</i>
2. <i>Propostas novas.....</i>	<i>69</i>
3. <i>Denúncia de interesses externos.....</i>	<i>71</i>
4. <i>Manutenções e inovações.....</i>	<i>74</i>

<i>D. Um capítulo novo na Constituição.....</i>	<i>76</i>
<i>E. Direito Internacional - A afirmação do direito à autodeterminação.....</i>	<i>78</i>
<i>F. O indigenato na Constituição de 1988.....</i>	<i>87</i>
1. <i>Diferenças em relação à proteção colonial das terras indígenas.....</i>	<i>89</i>
2. <i>Diferenças em relação à proteção da Lei de Terras de 1850.....</i>	<i>90</i>
<i>G. O domínio estatal sobre as terras indígenas</i>	<i>94</i>
<i>H. A concessão de usufruto como etapa para integração</i>	<i>97</i>
1. <i>Usufruto no direito colonial e imperial.....</i>	<i>97</i>
2. <i>Usufruto no direito republicano.....</i>	<i>99</i>
<i>I. Destinação das aldeias abandonadas</i>	<i>104</i>
Conclusão.....	107
Bibliografia.....	112
Anexo - Tabela de Correspondência – Constituições Brasileiras.....	124

Resumo:

A proteção das terras indígenas sofreu, durante o período republicano, grandes modificações. No começo da República não havia uma política nacional voltada ao índio, é apenas no ano de 1934 que normas relativas às terras indígenas atingiram guarida constitucional. O Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado em 1910, que atuou no sentido de demarcar as terras indígenas, teve que se confrontar com os estados membros para proteger as terras indígenas. Durante este período, a política para os povos indígenas foi de educar os povos indígenas a um modo de vida ocidental, persuadindo-os a abandonar seus costumes originais. Isso levou a redução do território necessário para a subsistência dos índio, já que a caça e coleta foram substituídos com a agricultura. Assim, a terra abandonada poderia ser vendida ou utilizada pelo governo federal. Hoje em dia, apesar de essas metas não serem mais apoiadas pela Constituição de 1988, as leis ordinárias não foram alteradas para refletir estes novos objetivos: o respeito à forma original de vida dos indígenas, de acordo com o direito internacional. O que mostra que há contradições no sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito aos índios.

Termos de indexação: [terras indígenas], [índios], [história do direito], [direito constitucional], [direitos humanos].

Abstract:

The protection of indigenous rights to their land in Brazil has greatly evolved since the early twentieth century. Back then Brazil was a newly established republic divided in states, each of which were responsible for the administration of the indigenous people that occupied their territory. Therefore there was no common policy towards the administration of the indigenous people. Changes began in 1910 when a federal organization, the Indian Protection Service, was created to protect the indigenous people nationwide. During this period the federal policy toward indigenous people was to progressively educate the indigenous people to a western way of life, persuading them to abandon their original customs. One of the achievements of this policy was to reduce the size of the land needed for the indigenous subsistence as hunting and gathering were substituted with farming. Thus, the superfluous land could be sold or otherwise used by the government. Nowadays, although these goals are no longer endorsed in the 1988 constitution, statute law has not changed to reflect these new objectives, namely respect of the original indigenous way of life, in accordance to international law.

Keywords:[indigenous people], [indigenous land], [Brazilian law], [Constitutional rights], [history of law].

Introdução*

As terras indígenas, conforme o artigo 231, da Constituição Federal de 1988, são terras de domínio da União, tradicionalmente ocupadas pelos índios, submetidas a um regime constitucional de usufruto. A maior parte delas se encontra hoje demarcada ou em vias de sê-lo. Para se alcançar essa situação legal foram necessários quase 500 anos de desenvolvimento ao longo dos quais a proteção e amplitude das terras indígenas variaram de acordo com os diferentes interesses que exerceram sua influência sobre o território brasileiro.

Esta dissertação tem como objetivo descrever o desenvolvimento da proteção constitucional sobre as terras indígenas no período republicano, apontando suas evoluções e estagnações no que diz respeito à sua maior ou menor proteção.

Para a realização deste trabalho, foram procurados documentos históricos sobre a problemática do índio no Brasil. E, igualmente, buscaram-se artigos e livros que analisassem esses documentos históricos.

A investigação foi feita tanto manualmente, isto é, em diversas bibliotecas¹, como por via eletrônica, destacando-se os portais de pesquisa de periódicos da “*Capes*”², “*Jstor*”³, “*LexisNexis*”⁴, “*Hein Online*”⁵ e o portal de pesquisa de leis “*Ius Lusitanea*”⁶.

O período republicano que vai da proclamação da República até os dias de hoje, contém uma série de documentos histórico-jurídicos e, além de várias Constituições, destacam-se os seus trabalhos preparatórios, leis ordinárias, decretos-leis e decretos.

Destaca-se por sua importância a elaboração da Constituição de 1988. A Constituinte é um procedimento complexo, sendo influenciada por várias fontes. Geralmente, se inicia com um projeto que é depois submetido a inúmeras discussões parlamentares e votações. Além disso, não se podem ignorar as manifestações da

* Nas notas de rodapé, a referência à obra já anteriormente citada de um autor virá sempre acompanhada da identificação do lugar onde ela foi mencionada pela primeira vez, com suas indicações essenciais. Assim, v.g.: MENDES JÚNIOR, J., nota 2 *supra* = obra já anteriormente citada, com seus dados completos, na nota 02 do presente trabalho.

¹ Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Biblioteca Florestan Fernandes, Biblioteca Padre Antonio Viera, Biblioteca Municipal Mário de Andrade, Biblioteca da Fundação Memorial da América Latina, Biblioteca do Ministério Público do Estado de São Paulo.

² <http://www.periodicos.capes.gov.br/portugues/index.jsp>.

³ <http://www.jstor.org/>.

⁴ <http://www.lexisnexis.com/us/lnacademic/>.

⁵ <http://heinonline.org/>.

⁶ <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/>.

sociedade, as normas até então vigentes e os tratados internacionais. Por essa razão, os materiais para essa investigação são de várias espécies: as atas da Assembleia Constituinte; as leis e decretos vigentes; tratados internacionais, decisões de tribunais internacionais; além de artigos e livros que retratam esse período.

O procedimento que se seguiu foi o de tabular os resultados e os analisar, em um primeiro momento individualmente, e a seguir em conjunto, procurando uma visão crítica e consolidada.

Dessa maneira, esta dissertação está dividida nos seguintes capítulos:

O primeiro capítulo discorre sobre como as características herdadas do período imperial, no tocante aos índios, foram adaptadas ao regime republicano. Assim, não houve na esfera federal criação de institutos e instituições de proteção ao nativo brasileiro. Isso levou à transferência para os estados federados da competência para tratar de assuntos indígenas. Em reação a essa indiferença do governo federal, várias vezes se levantaram em defesa do índio o que propiciou a criação do Serviço de Proteção ao Índio, que, contudo, manteve a intenção, já defendida no período colonial e imperial, de educar o índio para integrá-lo à sociedade considerada civilizada.

O segundo capítulo trata da primeira vez em que ocorreu a constitucionalização de garantias aos povos indígenas, na Constituição Federal de 1934. Mostra como se deram as discussões na Assembleia Nacional Constituinte, que conseguiu aprovar a proteção constitucional da posse dos índios sobre as terras em que estivessem localizados de forma permanente. Essa proteção mantém-se nas constituições de 1937 e 1946, havendo igualmente previsão constitucional da intenção de integrar os indígenas à comunhão nacional. Destaca-se que, apesar dessa elevação da proteção dos direitos indígenas ao nível constitucional, não se passa a competência para tratar do índios para a União, o que gera conflitos com os estados federados pela disputa de terras, já que as terras indígenas estavam entre as terras devolutas, que em sua grande maioria pertenciam aos estados federados.

O terceiro capítulo aponta o momento da federalização das terras ocupadas por índios, que foi feita pela Constituição de 1967. É também a primeira vez que uma constituição brasileira trata da concessão de usufruto aos índios dos recursos das terras por eles ocupadas. Nesse período é extinto o Serviço de Proteção ao Índio que é substituído pela FUNAI, sendo que, inspirado na Convenção n.107 da Organização Internacional do

Trabalho, é promulgado o Estatuto do Índio para regular os direitos dos índios, fato que não afasta o objetivo de assimilação dos povos indígenas. Nesse período a proteção da posse indígena mostra-se frágil tendo em vista que os índios poderiam ser deslocados de sua ocupação originária frente à necessidade da segurança e interesse nacional, como na construção de estradas e hidrelétricas.

O quarto capítulo analisa as discussões da Constituinte da Constituição de 1988 sobre a elaboração de um inédito capítulo constitucional dos direitos indígenas. Destaca-se a inovação de não mais haver um objetivo integracionista da população indígena, mas, ao contrário, de respeito ao modo de vida e cultura original dos nativos brasileiros. Discute-se a evolução do direito indígena nacional em comparação com o direito internacional. E, por fim, examinam-se os aspectos históricos sobre esses direitos.

De fato, o estudo histórico comprova que a convivência de diferentes povos com distintos modos de vida, em um mesmo espaço geográfico, sempre criou e ainda cria tensões.

Isso ocorre pois as diversas formas de organização e de produção das sociedades podem ser inconciliáveis. Hoje isso se revela principalmente na questão dos recursos naturais que se localizam em terras indígenas, sendo que a aquisição desses recursos pode inviabilizar a ocupação dessas terras.

No passado, muitas vezes, a guerra foi a resposta para esse choque buscando dizimar ou expulsar a parte resistente. Outra solução é assimilar os opositores para suprimir a sua maneira de vida, para que essa não ofereça obstáculo e sim auxilie nas mudanças.

Essas disputas e essas resoluções aconteceram no Brasil e algumas ainda acontecem⁷.

As consequências da aplicação dessas soluções no Brasil são nefastas⁸, pois, além do extermínio de muitos povos, culturas inteiras se perderam.

Apenas recentemente alternativas de respeito mútuo entre os diferentes povos vêm sendo buscadas para que ambas maneiras de viver possam existir e se relacionar

⁷ Como exemplo histórico da prática de assimilação no Brasil ver o período Pombalino com o Diretório de 3 de maio de 1757, que determinou que o índio deveria deixar seus costumes originais e viver como os não-índios; e como exemplo histórico de guerra contra os índios ver o período Joanino, em que D. João VI em 13 de maio de 1808 declara guerra aos índios Botocudos da Capitania de Minas Gerais.

⁸ Ver, entre outros, o caso da construção da BR-210 de 1973 a 1977 em área ocupada por indígenas, que levou à morte de dezenas de índios, principalmente por doenças, como relatado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1985.

pacificamente.

A história da evolução dos direitos dos índios no período republicano evidencia esse conflito, contudo as disputas ainda não foram todas resolvidas e, quanto mais se reconhecem o valor e a importância das sociedades indígenas, mais distante de satisfazer seus anseios se mostra o direito atual.

A discussão sobre as terras indígenas na América foi travada desde o início da colonização, destacando-se a voz de Francisco de Vitória, cujas ideias tiveram profundo impacto na legislação colonial. Vitória defendeu que os nativos do novo mundo eram legítimos senhores das terras que ocupavam⁹. Para o teólogo espanhol todos os povos estavam submetidos a um direito comum, o direito das gentes, que deveria ser respeitado tanto na Europa como em novas terras descobertas, visto que esse se fundava no direito natural¹⁰.

Assim, a ocupação da América pelos Europeus deveria respeitar normas estritas de conduta, que indicavam quando a ocupação seria ou não legítima¹¹. Logo Francisco de Vitória não defende a proibição da colonização da América, mas explica sob quais condições o direito das gentes permitiria que ela se pudesse fazer, entre elas: que nem os reis da Europa nem os da América poderiam proibir seus súditos de comerciar; que os europeus têm o direito de anunciar o Evangelho entre os índios; que nesses empreendimentos os europeus devem se portar como hóspedes, sem causar dano aos

⁹ VITÓRIA, Francisco de, *Relecciones Teológicas* (primeira edição 1557), trad. RIPOLL, Jaime Torrubiano, T.I, Madrid: Librería Religiosa Hernández, 1917, pp.12-30. Vitória lista e rebate um por um os seguintes motivos pelos quais os índios não poderiam ser donos das terras que ocupassem: porque os índios são naturalmente servis, porque não têm o domínio da razão, porque são infiéis e porque são pecadores. Para Vitória esses argumentos não seriam válidos pois os índios estavam na posse pacífica das terras de maneira pública e privada; pois têm domínio da razão visto se organizarem em cidades, realizarem matrimônios e terem leis, religião, etc; também dá exemplos na literatura católica em que se reconhecia domínio para pecadores e infiéis.

¹⁰ *Ibidem*, p.67.

¹¹ *Ibidem*, pp.31-64. Em resumo, os títulos ilegítimos, que não autorizariam a ocupação do território dos índios, seriam: que o Imperador ou o Papa poderiam conceder o domínio das terras americanas aos reis europeus; que os europeus descobriram a América; que os índios estavam em pecado mortal ou por não quererem se converter ao catolicismo; que os índios aceitaram o domínio europeu; que Deus teria condenado os índios a serem súditos dos europeus. Vitória nega a legitimidade desses títulos, em síntese, pelos seguintes argumentos, respectivamente: porque nem mesmo Cristo tinha o domínio da terra para conceder, visto que seu reino não era desse mundo; porque os índios estavam na América anteriormente ao descobrimento europeu; porque os índios não pecavam antes da descoberta pois nunca tinham ouvido falar em Cristo, logo não estavam em pecado de infidelidade, e nem há pecado se não creem logo depois de conhecer o catolicismo sem terem visto milagres ou outra prova ou meio de persuasão; ademais a guerra não é meio de persuasão, pois não convence ninguém a tornar-se cristão, mas no máximo o obriga a fingir ser; porque qualquer aceitação do domínio europeu sobre os índios deve ter ocorrido por medo e ignorância; porque não há prova da condenação de Deus sobre esses povos nem fato, nem profecias ou milagres que o confirme.

nativos, que por sua vez devem tratar os recém-chegados de modo pacífico; se os nativos agredirem os europeus sem motivo estes podem defender-se, e para assegurar sua segurança podem construir fortalezas e preparar estratégias para eventual conflito. A causa da guerra justa é a reposta de uma injúria, assim se os índios impedem que os europeus exerçam o direito das gentes eles podem licitamente usar armas para defender seu direito. A guerra deveria ser somente defensiva buscando causar o mínimo de dano aos ameríndios, sempre com o fim de alcançar a paz e a segurança. Somente depois de realizadas todas as diligências possíveis para convencer os índios que os europeus vieram em paz e que não querem danificar os seus bens, e ainda houvesse tratamento agressivo voltado aos europeus seria, então, possível que os índios fossem tratados como inimigos e não mais como povos inocentes, podendo usar-se a guerra contra eles, reduzi-los ao cativo, destituir chefes e colocar outros no lugar, sempre usando de medidas proporcionais à injúria que justificara o ataque.

Logo pelo direito das gentes, os índios são obrigados a ouvir as razões dos europeus e comerciar pacificamente com estes, se os índios assim fizerem não teriam os europeus justificativa para ocupar os domínios indígenas¹². Essas ideias pouco a pouco predominaram e se espalharam pela Europa¹³.

Mas não foi apenas no plano das ideias em que se criou esse entendimento. Nesse sentido destaca-se a Bula *Veritas ipsa*¹⁴, do Papa Paulo III, de 1537, na qual o Pontífice declara que os índios “*não estão privados, nem devem sê-lo, de sua liberdade, nem do domínio de seus bens, e que não devem ser reduzidos a servidão. Declarando que os ditos índios, e as demais gentes hão de ser atraídas, e convidadas à dita Fé de Cristo, com a pregação da palavra divina, e com o exemplo de boa vida.*”¹⁵. E em 1639, o Papa Urbano VIII, volta ao assunto no *Breve Commissum Nobis*¹⁶, atestando que “*actos de inhumanidade*” vem sendo cometidos contra os índios do Brasil e em outras partes. Proíbe,

¹² *Ibidem*, pp.67-103.

¹³ Nesse sentido ver GONZALEZ, Rafael Ruiz, *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América Espanhola*, Dissertação de Mestrado apresentada à Área de Direito Internacional Público do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, orientador: Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares, São Paulo, 1991, pp. 75 e 76.

¹⁴ Bula *Veritas ipsa*, de Paulo III de 02-06-1537 in SERAFIM LEITE, *História da Companhia de Jesus no Brasil*, vol. VI, Lisboa: Portugalia, 1940, p. 252. Nela o Papa adverte e se diz contrário a prática de alguns de negar aos novos povos as características da espécie humana e assim se afastar da obrigação de conversão.

¹⁵ *idem*.

¹⁶ *Breve Commissum Nobis*, de Urbano VIII de 22-04-1639 in SERAFIM LEITE, *História da Companhia de Jesus no Brasil*, vol. VI, Lisboa: Portugalia, 1940, pp. 569-571.

então, que se escravize e negocie índios¹⁷.

Também é possível encontrar normas de proteção aos índios na legislação colonial portuguesa do século XVI. Em 1558, Mem de Sá, o terceiro Governador Geral do Brasil, depois de informar Portugal da situação da colônia recebe duas Cartas Régias¹⁸ nas quais é lembrado de que o “*intento*” do “*descobrimento*” é a propagação do catolicismo. Assim, recomenda que o índio cristão deve ser respeitado e preservado em suas terras. Mas semelhante tratamento não é estendido aos índios inimigos ou rebeldes¹⁹. Se fossem convertidos poderiam receber doação de sesmarias de modo que teriam verdadeira garantia contra invasões de terra²⁰. Entretanto, os índios poderiam ser escravizados em caso de resgate ou guerra, e muitas vezes, em abuso à lei, capturavam-se índios já pacificados²¹.

¹⁷ Esses documentos mostram a ruptura entre o tratamento que deveria ser dispensado aos índios daquele que foi realizado contra os “*sarracenos*”, inclusive com referência à propriedade dos índios que deveria ser respeitada. De fato na Bula de Calixto III de 13-03-1456, in LACERDA, M. Linhares de, *Tratado das Terras do Brasil*, vol. I, Rio de Janeiro: Alba, 1960, pp.39-42, o Papa confirma a conquista de terras dos “*sarracenos*” e também aquelas que se forem fazer no futuro. Na Bula *Aeterni regis*, de Xisto IV de 21-06-1481, in LACERDA, M. Linhares de, *Tratado das Terras do Brasil*, vol. I, Rio de Janeiro: Alba, 1960, pp. 42-55, afirma-se a necessidade da guerra contra os inimigos da Fé, os povos gentios, nas regiões descobertas. É interessante notar que na Bula *Inter caetera*, de Alexandre VI de 03-05-1493, versão portuguesa, in SILVA MARQUES, João Martins da (org.), *Descobrimientos portugueses: documentos para a sua história*, vol. III (1461-1500), Lisboa: IAC, 1971, pp. 388-390, que fez a divisão das descobertas entre os Espanhóis e Portugueses, ainda não havia distinções de tratamento entre os “*sarracenos*” e outros povos que fossem sendo encontrados: são todos chamados de “*nações bárbaras*”, que deveriam ser reduzidas e dominadas na fé católica.

¹⁸ Carta Régia de 1558, in VARNHAGEN, Francisco Adolfo de, *História Geral do Brasil*, vol.1, São Paulo: Melhoramentos, pp. 302 e 303; Carta Régia de dezembro de 1558, in SERAFIM LEITE, *Cartas dos primeiros jesuítas do Brasil*, vol III, São Paulo: Comissão do IV Centenário, 1956, pp. 15 e 16.

¹⁹ Há nas cartas referência ao combate contra os índios da Capitania do Espírito Santo do Capitão Vasco Fernandes Coutinho. Caracteriza-se o evento como uma guerra em que os índios foram vencidos. Nessas Cartas Régias também é destacado a morte de Fernão de Sá, filho de Mem de Sá, na batalha contra os índios e o pesar que isso causou.

²⁰ Nesse sentido a Carta de Sesmaria de 07-09-1562, in SERAFIM LEITE, *Cartas dos primeiros jesuítas do Brasil*, vol III, São Paulo: Comissão do IV Centenário, 1956, pp. 508-511; Carta Régia de agosto de 1566, in SERAFIM LEITE, *Monumenta Brasiliae*, vol IV, Roma: Monumenta Historica Societatis IESU, 1960, pp. 357-360; Provisão de 02-05-1571, in ANCHIETA, José de, *Cartas: informações, fragmentos históricos e sermões José de Anchieta*, Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988, p. 370; Carta de Sesmaria de 31-10-1580, in *Registro Geral da Câmara Municipal de São Paulo, 1583-1636*, vol. 1, São Paulo: Typographia Piratininga, 1917, pp. 354-357.

²¹ Na resolução de 30-07-1566, in SERAFIM LEITE, *Monumenta Brasiliae*, vol IV, Roma: Monumenta Historica Societatis IESU, 1960, pp. 354-357, determina-se que somente se entreguem índios aldeados para o cativo quando se tiver autorização do Governador ou do Ouvidor. No Assento de 06-01-1574, in ANCHIETA, José de, *Cartas: informações, fragmentos históricos e sermões José de Anchieta*, Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988, pp. 374-378, determina-se que também a guerra contra o índio deve ser previamente autorizada, salvo em situação urgente. Em 1576 Pero de Magalhães Gândavo foi provedor no Brasil. Sobre esse período escreve dois relatos: *Historia da provincia Sancta Cruz*, Lisboa: officina de Antonio Gonsalvez, 1576, e *Tractado da terra do Brasil*, [Manuscrito], digitalizado pela Biblioteca Nacional de Portugal, data incerta. Nesse primeiro Gândavo fala das qualidades da colônia e incentiva a povoação do Brasil pelos portugueses, diz que mesmo para pessoas pobres haveria oportunidades nas novas terras, que ofereceriam a melhor qualidade de vida das Américas, além da possibilidade de encontrarem-se pedras preciosas. Quanto aos índios descreve que habitavam o litoral, mas

Esse relato da legislação indígena pode aparentar ser contraditório com proteções e restrições de direitos dos índios, mas, segundo a professora Beatriz Perrone-Moisés, a legislação indigenista colonial não deve ser considerada confusa e conflitante, visto que há uma clara diferença de tratamento legal entre os índios aliados e inimigos, o que explica essas contradições na legislação, pois ao invés de uma política de administração dos índios que repetidamente se nega, existem duas políticas oficiais uma protetiva para os aliados e outra de conquista para os inimigos²².

Com a União Ibérica (1580-1640), problemas com a ocupação de terras de indígenas e captura de índios para trabalhos forçados se acentuam. É também o período em que mais facilmente pode observar-se a influência do pensamento de Francisco de Vitória na legislação colonial voltada ao território brasileiro. De fato, emitem-se ordens para proteger as ocupações indígenas de maneira geral²³, e até mesmo se proíbe totalmente a escravidão indígena²⁴. Destaca-se que não se proibia a guerra contra os índios, mas apenas a guerra voltada à captura de índios. Contudo a proibição geral à escravidão indígena não

por resistirem à colonização foram expulsos ou destruídos, ficando apenas aqueles aliados dos portugueses. Narra em geral a utilização dos índios como escravos nas fazendas dos colonizadores. Também descreve a distribuição de terras pela concessão de sesmarias e que o seu sucesso dependia do número de escravos que a trabalhassem. Ainda fala sobre o trabalho de conversão e civilização dos índios e que com a chegada dos jesuítas foram protegidos de abusos, como o caso do cativo decorrente de guerra injusta, aumentando a fiscalização sobre a origem dos escravos. No segundo relato Gândavo fala sobre a dificuldade de criar povoações no interior por causa da resistência dos índios, diz haver terras boas para o cultivo e habitação, relata o uso de muitos escravos índios e a facilidade de adquiri-los, também fala sobre os índios forros que residem com padres para serem convertidos. Diz que há terras muito boas que estão se perdendo por falta de pessoas para cultivá-las. Fala sobre os índios Aymores que mataram alguns portugueses e diz que muitas terras estão perdidas por estarem ocupadas pelos Aymorés.

²² PERRONE-MOISÉS, Beatriz, *Índios livres e índios escravos – Os princípios da legislação indigenista do período colonial (século XVI a XVIII)*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.117.

²³ Alvará de 21-08-1582, in *Documentos Históricos*, vol. LXIV, Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1944, pp. 94 e 95; Provisão de 08-07-1604, in *Registro Geral da Câmara Municipal de São Paulo, 1583-1636*, vol. 1, São Paulo: Typographia Piratininga, 1917, pp. 357-359; Decreto de 18-09-1628, in SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1627-1633*, Lisboa: Imprensa de F. X. de Souza, 1855, p. 135; Carta Régia de 5-10-1628, in SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1627-1633*, Lisboa: Imprensa de F. X. de Souza, 1855, p. 137.

²⁴ Provisão de 05-06-1605, in SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1603-1612*, Lisboa: imprensa de J. J. A. Silva, 1854, p.129; Lei de 30-07-1609, in SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portuguesa - 1603-1612*, Lisboa: imprensa de J. J. A. Silva, 1854, pp. 309-312; Carta Régia de 08-08-1640, in SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1634-1640*, Lisboa: imprensa de F. X. de Souza, 1855, pp. 237 e 238. A justificativa aqui apresentada para a proibição da escravidão indígena é que ela seria incompatível com a tarefa da conversão dos índios, que seria o trabalho principal da colonização. Além disso a proibição existia para evitar abusos contra índios já convertidos ou pacificados os quais, muitas vezes, eram capturados sob pretexto de serem rebeldes ou selvagens. Assim, a metrópole colonial apenas deixa de diferenciar índios aliados dos inimigos para proteger os aliados de abusos. Nesse sentido PERRONE-MOISÉS, Beatriz, nota 22 *supra*, p.122.

dura muito e em 1611, por lei, disciplinam-se as hipótese de exceção em que ela seria permitida²⁵.

Com o fim da União Ibérica não há grandes modificações, continuam sendo aprovados diplomas de proteção aos índios aliados²⁶, garantindo-lhes a liberdade e suas ocupações²⁷. Mas, paralelamente outros textos legislativos permitiam o cativo em algumas situações²⁸, revelando a continuação da dicotomia no tratamento jurídico do índio

²⁵ Lei de 10-09-1611, SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza 1603-1612*, Lisboa: imprensa de J. J. A. Silva, 1854, pp. 309-312; as exceções para a escravidão indígena seriam nos casos de guerra, rebelião e levantamento. Também deveria haver autorização real, salvo no caso de perigo imediato em que a guerra seria relatada posteriormente.

²⁶ Os índios aliados, também, eram protegidos pois ajudavam na proteção contra invasões estrangeiras nas áreas de fronteira do território português. Para mais informação sobre o assunto ver FARAGE, Nádia, *As Muralhas dos Sertões - os povos indígenas no rio Branco e a colonização*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, ANPOCS, 1991. Nesse sentido, Carta Régia de 21-12-1686, in *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1683-1700*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1859, pp.85 e 86.

²⁷ Alvará de 10-11-1647, in *Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão*, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 17 e 18; Provisão de 23-06-1656, in *Registro Geral da Câmara Municipal de São Paulo, 1637-1660*, vol. II, São Paulo: Typographia Piratininga, 1917, pp. 458-460; Ordem de 23-09-1664, in *Documentos Historicos*, vol. IV, Rio de Janeiro: Augusto Porto & C, 1928, pp. 172-174; Regimento de 19-08-1670, in *Annaes da Bibliotheca Nacional do Rio de Janeiro*, vol. XXVIII, Rio de Janeiro: Officinas de Artes Graphicas da Bibliotheca Nacional, 1908, pp.121-127; Regimento de 23-01-1677, in *Documentos Historicos*, vol. VI, Rio de Janeiro: Augusto Porto & C, 1928, pp. 312-466; Provisão de 01-04-1680, *Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão*, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 51-56; Lei de 01-04-1680, in *Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão*, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 57-59; Carta Régia de 07-09-1696, in PINTO, Irineu Ferreira, *Datas e notas para a historia da Parahyba*, vol. I, Parahyba do Norte: Imprensa Official, 1908, p. 88; Carta Régia de 08-01-1697, in *Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão*, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, p.163; Lei de 04-03-1697, in SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1683-1700*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1859, p. 396; Carta do Governador de 19-08-1705, in *Documentos Historicos*, vol. XLI, Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1938, pp. 107 e 108; Carta do Governador de 02-09-1705, in *Documentos Historicos*, vol. XLI, Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1938, pp. 124 e 124; Ordem Régia de 28-02-1716, in *Anais da Biblioteca Nacional*, vol. 67, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, p.136; Ordem Régia de 06-10-1716, in *Anais da Biblioteca Nacional*, vol. 67, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp.144 e 145; Consulta de 28-04-1718, in *Documentos Históricos*, vol. XCIX, Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional - Divisão de Obras Raras e Publicações, pp. 44 e 45; Consulta de 07-05-1720, in *Documentos Históricos*, vol. XCVII, Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional - Divisão de Obras Raras e Publicações, pp. 214-216; Ordem Régia de 25-01-1728, in *Anais da Biblioteca Nacional*, vol. 67, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 219 e 220; Ordem Régia de 08-07-1730, in *Anais da Biblioteca Nacional*, vol. 67, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 246 e 247; Ordem Régia. 18-03-1733, in *Anais da Biblioteca Nacional*, vol. 67, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 255 e 256; Ordem Régia de 21-08-1741, in *Anais da Biblioteca Nacional*, vol. 67, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 266 e 267.

²⁸ Provisão de 17-10-1653, in SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1648-1656*, Lisboa: imprensa de F. X. de Souza, 1856, pp. 292 e 293. Segundo essa provisão o cativo legítimo de índios deveria se originar de guerra justa, que ocorreria se os nativos impedissem a pregação de religião; se fossem inimigos e atacassem os portugueses ou seus aliados; se impedissem o comércio, o trabalho nas fazendas e lavouras; se depois de aceitarem a conquista se recusarem a fazer as obrigações a eles impostas e se cometessem antropofagia. Ver também Registos de patentes de 20-06-1671, in *Documentos Historicos*, vol. XXIV, Rio de Janeiro: Typ. Arch. de Hist. Brasileira, 1934, pp. 262-272; Alvará de 28-04-1688, in SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1683-1700*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1859, pp. 484-486; Alvará de 06-02-1691, in SILVA, José Justino de

na época colonial²⁹.

Ainda assim, na prática, mesmo o índio aliado ou convertido que contava com maior proteção, também perdia sua terra de ocupação primária e original, pois deveria morar em aldeias ou povoações onde lhe seriam designadas terras para seu sustento, e essas sim contavam com uma proteção maior contra esbulhos de terceiros³⁰. Além do que os índios aliados eram usados como mão de obra dentro do sistema de repartição³¹.

Em meados do século XVIII, com as reformas do Marquês de Pombal, também as relações com os índios do Brasil foram alteradas sob a influência do movimento iluminista³². Logo, dentro dessas reformas, os índios do Brasil teriam um novo papel, a ideia era não apenas converter o índio, mas integrá-lo ao mundo português para participar como igual no comércio e na produção, pretendendo-se acabar com a divisão na população entre “selvagens” e “não-selvagens”. O objetivo era “civilizar” os indígenas³³. Mas não há

Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1683-1700*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1859, pp. 486 e 487; Carta do Governador de 04-06-1694, in *Documentos Históricas*, vol. XXXVIII, Rio de Janeiro: Bibliotheca Nacional, 1937, pp. 302-305; Carta Régia de 09-01-1697, in *Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão*, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, p. 165; Carta Régia de 20-11-1699, in SILVA, José Justino de Andrade e, *Collecção Chronologica da Legislação portugueza - 1683-1700*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1859, p. 507; Carta Régia de 10-04-1709, in *Anais da Biblioteca Nacional*, vol. 67, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 40 e 41.

²⁹ Essa dicotomia do tratamento dos índios do Brasil se revela até mesmo na definição do termo “indio” no “*Vocabulario portuguez & latino*”, de BLUTEAU, Raphael, Coimbra: Colégio das Artes da Companhia de Jesus, 1712-1728, vol. 4, p. 110: “*Tambem chamamos Indios aos povos da America. No Brasil dividem os Portuguezes aos Barbaros, que vivem no Sertão em Indios mansos, & bravos. Indios mansos chamão aos que com algum modo de Republica (ainda, que tosca) são mais trataveis, & capazes de instrusão. Pello contrario chamão Indios bravos aos que pella sua natural indocilidade, não tem forma alguma de governo, nem admittem outras leys, que as que lhes dicta a sua fera natureza.*”

³⁰ Também entende com restrições essa proteção sobre as terras originais dos índios no período colonial COELHO, Elisabeth Maria Beserra, *Territórios em confronto: a dinâmica da disputa pela terra entre índios e brancos no Maranhão*, São Paulo: Hucitec, 2002, p. 60.

³¹ A repartição era a divisão dos índios entre a administração pública e particulares conforme necessitassem de trabalhadores, apesar desse trabalho não ser classificado como trabalho escravo era um trabalho forçado, visto que o índio não podia escolher não trabalhar, nesse sentido ver PORRO, Antônio, *História indígena do alto e médio Amazonas, séculos XVI a XVIII*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.189; MENÉNDEZ, Miguel A., *A área madeirapajós – Situação de contato e relações entre colonizador e indígenas*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.292.

³² A influência do Iluminismo no ordenamento jurídico português pode ser percebida na renovação do direito nacional em detrimento do direito romano e do direito canônico. Ver a Lei de 18-08-1769, “*Lei da boa razão*”, in ALMEIDA, Cândido Mendes, Ed., *Código Philippino*, Livro III, Aditamentos, 14ª Edição, Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Filomático, 1870, p.725-730. E para informações adicionais ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *História do Direito Português*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 366-372.

³³ Por exemplo o Alvará de 04-04-1755, in SILVA, António Delgado da, *Collecção da Legislação portugueza - desde a última Compilação das Ordenações - Legislação de 1750 a 1762*, Lisboa: Typografia Maigreense, 1830, pp. 367 e 368, em que se incentiva o casamento de portugueses com índios, para PARAÍSO, Hilda B., *Os Botocudos e sua trajetória histórica*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 419, “*casamentos mistos eram estimulados como forma de complementar o processo de integração instituía o casamento monogâmico e a*

ruptura total do sistema anterior visto que há ainda tratamento distinto entre índios aliados e inimigos³⁴.

Mas a maior contribuição do período pombalino é o Diretório de 3 de maio de 1757³⁵, voltada para o Maranhão, que teve sua vigência ampliada para todo Brasil pelo Alvará de 17 de agosto de 1758³⁶. Trata-se de um verdadeiro código sobre como o índio deveria ser tratado. Nele se impõe o modo de vida considerado civilizado discriminando os costumes tradicionais indígenas e determinando que deveriam ser abandonados³⁷.

Com o término do período pombalino, a proteção sobre as terras indígenas sofre grande limitação com a Carta Régia de 12 de maio 1798³⁸, que permite a ocupação das terras indígenas, por qualquer pessoa da população: “(...) *todo aquelle individuo livre que*

sedentarização acelerando a descaracterização tribal”.

³⁴ Embora dispunha sobre a proteção dos índios a Lei de 06-06-1755, in SILVA, António Delgado da, *Collecção da Legislação portugueza - desde a última Compilação das Ordenações - Legislação de 1750 a 1762*, Lisboa: Typografia Maignense, 1830, pp. 369-376; Alvará de 08-05-1758, in SILVA, António Delgado da, *Collecção da Legislação portugueza - desde a última Compilação das Ordenações - Legislação de 1750 a 1762*, Lisboa: Typografia Maignense, 1830, p. 604, nessa época, os índios Mura que habitavam a região do rio Madeira eram conhecidos como índios ferozes que atacavam povoados ribeirinhos, dessa maneira as autoridades coloniais retiraram-lhes as proteções que a Lei de 1755 lhes garantia, permitindo que fossem atacados, conforme AMOROSO, Marta Rosa, *Corsários no caminho fluvial – Os Mura do rio Madeira*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.306; Ver também o parecer. 19-05-1759, in *Annaes da Bibliotheca Nacional do Rio de Janeiro*, vol. XXXI, Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Bibliotheca Nacional, 1909, pp. 335-342, que relativiza as proteções sobre as terras indígenas que essas leis dispunham.

³⁵ Directorio de 03-05-1757, in SILVA, António Delgado da, *Collecção da Legislação portugueza - desde a última Compilação das Ordenações - Legislação de 1750 a 1762*, Lisboa: Typografia Maignense, 1830, pp.507-530.

³⁶ Alvará de 17-08-1758, in SILVA, António Delgado da, *Collecção da Legislação portugueza - desde a última Compilação das Ordenações - Legislação de 1750 a 1762*, Lisboa: Typografia Maignense, 1830, pp. 634 e 635.

³⁷ Pelo Diretório foi retirada dos religiosos a administração sobre índios que deveriam ser substituídos por um Diretor; a educação do índio para outro modo de vida deveria começar pela língua portuguesa; determina-se que os índios teriam nome e sobrenome; os indígenas eram obrigados a mudar a forma de suas casas para se adequarem a moradias individuais, para cada família de pai, mãe e filhos; proíbe-se que os índios andassem nus; foi dada grande importância ao comércio, que teria a vantagem de “civilizar” os povos, e nesse sentido dispunha que não convinha aos índios morarem em povoações pequenas, pois quanto maior a povoação maior seria o comércio. Nota-se, que tais mudanças foram justificadas, conforme o texto da Lei, pelos “ditames da racionalidade”, mostrando a influência do pensamento iluminista. Nesse sentido ver também FLEXOR, Maria Helena Ochi, *Ofícios, manufaturas e comércio*, in SZMERCZÁNYI, Tamás, (org.), *História Econômica da Período Colonial*, 2. ed. revista, São Paulo: Hucitec, 2002, p. 179. Na região do Goiás a aplicação do Diretório não obteve sucesso, pois os índios se rebelaram dos trabalhos forçados, dessa maneira os governadores da região obtiveram autorização para mover guerra de conquista contra os índios, conforme o artigo de KARASCH, Mary, *Catequese e cativo – Política indigenista em Goiás 1780-1889*, traduzido por PERRONE-MOISÉS, Beatriz, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.397 e 398. Ver ainda a Ordem de 18-09-1798, in *Documentos Avulsos*, vol. 6, São Paulo: Publicação Oficial, 1955, p. 25.

³⁸ Carta Régia de 12-05-1798, in *Revista do Instituto Historico e Geographico do Brazil*, tomo XIX, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898, pp. 313-325, essa Carta Régia vai contra o Diretório, é dirigida para o Grão-Pará e extingue o Diretório dos índios nas Capitânicas do Grão-Pará, Rio Negro e Espírito Santo.

quizer estabelecer-se nas terras e povoações dos gentios lhe será concedida licença para isso, mas não poderá fazel-o sem dar parte ao governo.”. Também permite a guerra contra os índios em situações de defesa. E quanto aos índios recém trazidos para as povoações determina que os moradores têm a obrigação de educá-los e instruí-los para que esses índios possam licitamente servi-los. Por fim, ineditamente, é concedido o “*privilegio de orphans*” para esses índios³⁹.

Ainda sobre esse período encontramos o Regimento de 10 de abril de 1804, dado ao então Governador Geral Fernando José de Portugal e Castro, que determina que as aldeias indígenas quando abandonadas tornavam-se devolutas⁴⁰, comentando que assim se fazia desde 1716⁴¹.

Com a transferência da Corte portuguesa para o Brasil, o Príncipe Regente, D. João

³⁹ No mesmo ano dessa Carta Régia destacam-se as observações de Jozé Arouche de Toledo Rendon, que no fim de sua vida exerceu o cargo de Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Era, então, Diretor Geral dos Índios em São Paulo. Rendon crítica o funcionamento das aldeias onde vivem os indígenas, explicando que lá os índios não estavam sendo bem tratados, que tinham falta de terra para suas culturas, e que, assim, as aldeias estavam sendo abandonadas. Concorda que os índios que ainda não foram aldeados o devem ser, mas defende que o aldeamento seja apenas temporário. Para Rendon o índio se for bem educado poderia substituir em parte a mão de obra escrava africana. Essas observações foram reunidas na *Memoria sobre as aldeias de indios da provincia de S.Paulo*, in *Revista do Instituto Historico e Geographico do Brazil*, tomo 4, Rio de Janeiro: Imprensa Americana de L.P. da Costa, 1842, pp.295-317.

⁴⁰ Não é pacífico o entendimento na doutrina sobre a definição de terras devolutas antes da Lei de Terras de 1850. Na *Enciclopédia Saraiva de Direito*, coord. R. Limongi, França, t. 72, Saraiva, 1978, p. 347, sob o verbete "terras devolutas II" se explica que terras devolutas apresentavam dois significados na legislação anterior à Lei de Terras de 1850, qual sejam, ao de imóvel devolvido para a Coroa e o outro significado é de terreno vazio, desocupado. Assim, as terras que não tinham sido oficialmente concedidas a particulares pela Coroa, por serem vagas, desocupadas, são consideradas devolutas por parte da doutrina, neste sentido, CABRAL, Carlos Castilho, *Terras Devolutas e Prescrição*, Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, Rodrigues & Cia, 1943, p. 73; GARCIA, Paulo, *Terras Devolutas*, Belo Horizonte: Edição da Livraria Oscar Nicolai, 1958, p.154. Já outro grupo de juristas entende que, antes da Lei de Terras de 1850, "terras devolutas" apenas se referiam às terra devolvidas à Coroa, nesse sentido, FIGUEIREDO, João Peçanha de, *Terras Devolutas*, São Paulo: Imprensa Commercial, 1936, p.8; SIQUEIRA CAMPOS, Manoel Pessoa, *As Terras Devolutas entre os bens públicos patrimoniaes*, São Paulo: Imprensa Official do Estado de São Paulo, 1936, p.14; LINHARES DE LACERDA, Manoel, *Tratado de Terras do Brasil*, vol.1, Editora Alba Limitada, 1960, p.127; STEFANINI, Luiz Lima, *A propriedade no Direito Agrário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.67; MARANHÃO SÁ, Maria da Conceição Teixeira, *As terras devolutas como objeto de usucapião*, dissertação de mestrado apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação nível mestrado - área direito civil, São Paulo, orientador professor Paulo Guilherme de Almeida, 1998, p. 57. No *Diccionario da Lingua Portuguesa*, Antonio de Moraes Silva, tomo I, 4a edição, Lisboa, Impressão Regia, 1831, p.604, "devoluto" é "*adquirido por devolução, quando o inferior, e colator ordinario não confere, e se devolve ao superior o direito de conferir, v. g. Benefício. §. Que passa ao senhor superior, donde procedeo, v. g. o feudo ficou devoluto ao Imperio(...)* §Vazio, desocupado, sem dono (por abandonadas, perdidas por crime, etc) (...)*§ terra erma e devoluta, não cultivada*". Seguimos a visão do segundo grupo: de que antes da Lei de Terras de 1850 o termo "terras devolutas" somente se refere às terras vazias, desocupadas na medida em que foram abandonadas pelo particular que a conseguira por concessão da Coroa, ou por quem adquiriu essa concessão.

⁴¹ Regimento de 10-04-1804, in *Documentos Historicos*, vol. VI, Rio de Janeiro: Augusto Porto & C, 1928, p. 366.

VI, atendendo a diversos pedidos, declara várias guerras contra índios por todo território brasileiro, inclusive permitindo a sua escravidão⁴². As terras conquistadas seriam consideradas devolutas para serem concedidas como sesmarias⁴³. Assim, passavam a ser desconsideradas as proteções e liberdades que existiam para os índios. A partir desse momento, fica claro que seriam protegidos apenas os índios que se submetessem ao governo português.

Esse cenário de guerra e poucas liberdades aos índios é herdado pelo recém-independente Brasil. Desse modo, na primeira Constituição brasileira, não há artigos sobre o tratamento jurídico dos índios e de seus bens⁴⁴. Até a independência as terras eram distribuídas por sesmarias, mas em 1822 a concessão de sesmarias é suspensa, o que deixa um vazio legislativo no tema de distribuição de novas terras⁴⁵. Depois disso, o Brasil vive um período em que a aquisição de terras é regida pelo costume. Por esse costume a ocupação, com cultura efetiva, é título legítimo de aquisição de terras⁴⁶, regime que não favorecia os índios, pois não é feita nenhuma lei afirmando o direito prévio dos índios

⁴² Nesse sentido Carta Régia de 13-05-1808, in *Collecção das Leis do Brazil de 1808*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, pp. 37-41; Carta Régia de 05-11-1808, in *Collecção das Leis do Brazil de 1808*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, pp. 156-159; Carta Régia de 02-12-1808, in *Collecção das Leis do Brazil de 1808*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, pp. 171-174; Carta Régia de 01-04-1809, in *Collecção das Leis do Brazil de 1809*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, pp. 36-39; ver também LOPES DA SILVA, Aracy, *Dois séculos e meio de história Xavante*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.364, que dá notícia de outra Carta Régia de setembro de 1811 em que se autoriza a guerra ofensiva contra os índios Xavantes, Karajá, Apinayé e Canoeros; KARASCH, Mary, *Catequese e cativo – Política indigenista em Goiás 1780-1889*, traduzido por PERRONE-MOISÉS, Beatriz, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.402, que afirma que as Cartas Régias de D.João VI foram utilizadas para fazer guerra aos índios de Goiás. Sobre os direitos do índio no período joanino ver OLIVEIRA SOBRINHO, *Os selvícolas brasileiros e a legislação pátria - o decreto legislativo n.5.484, de 1928 (1929)*, in SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (org.), *Textos Clássicos sobre direito e os povos indígenas*, Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1992, pp. 101-105; BANDEIRA, Alípio – MIRANDA, Manoel Tavares da Costa, *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena, contendo considerações sobre a situação jurídica do índio brasileiro*, in Humberto de Oliveira ed., *Coletânea de Leis, Atos e Memórias referentes ao indígena brasileiro*, Ministério da Agricultura, n. 94, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. 66.

⁴³ Carta Régia de 02-12-1808, nota 42 *supra*.

⁴⁴ Desse período destacam-se as ideias de José Bonifácio de Andrada e Silva. Influenciado pelas ideias iluministas, Andrada propõe que os índios deveriam ser integrados, considerando que são capazes de “civilização”. Sugere que se organizem bandeiras para buscar e aldear “os índios bravos dos matos e campos”, que nas aldeias centrais deveriam ser construídas “escolas práticas de artes e ofícios”, e incentiva o comércio entre índios e não-índios. São ideias que, apesar de não terem sido aplicadas no momento, foram posteriormente aproveitadas por legisladores brasileiros em leis federais. ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de, *Apontamentos para a civilização dos índios bravos do Império do Brasil*, in DOLHNIKOFF, Miriam, *José Bonifácio de Andrada e Silva – Projetos para o Brasil*, São Paulo: Publifolha, 2000, pp. 48-62.

⁴⁵ Resolução n.76. 17-07-1822, in *Collecção das Decisões do Imperio do Brazil de 1822*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887, pp. 62 e 63.

⁴⁶ LIMA, Ruy Cirne, *Pequena História Territorial do Brasil – Sesmarias e Terras Devolutas*, 2.ª edição, Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954, p. 53; GARCIA, Paulo, nota 40 *supra*, p.25.

sobre esse novo sistema de posses. Assim, para o posseiro não havia diferença jurídica em se apossar de terras indígenas ou de terras devolutas.

E é apenas em 1831 que se revogam as Cartas Régias de 1808 que declararam guerra aos índios. Com o fim da guerra são libertados os índios que foram capturados e eles são equiparados à órfãos⁴⁷.

As terras indígenas ainda não estavam declaradamente incorporadas aos bens estatais, mas para o uso legal desses bens os índios necessitavam de assistência ou representação, no início por religiosos e capitães e depois por diretores e juízes dos órfãos⁴⁸.

Com o Decreto n. 426 de 24 de julho de 1845, o Estado volta a regular a organização dos aldeamentos indígenas, inclusive no que diz respeito à sua localização e número de habitantes. O diretor do aldeamento poderia deslocar populações indígenas para agrupá-las em um local mais propício ou para aumentar a população de um outro aldeamento. Somente no caso dos índios apresentarem bom comportamento poderiam ser mantidos nas terras que estivessem cultivando, sendo para isso lhes concedido o usufruto da terra⁴⁹.

A Lei de Terras de 1850 dispõe que se deveriam reservar terras devolutas para os índios. Mas não determina proteção às ocupações originárias dos índios: somente aquelas reservadas é que teriam proteção. Com a Lei de Terras o Estado passa a ser proprietário dessas ocupações originárias, podendo livremente decidir como e onde o índio viveria⁵⁰.

⁴⁷ Lei de 27-10-1831, in *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1831*, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1875, pp. 165 e 166; ver também Decreto de 03-06-1833, in *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1833*, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1875, pp. 83 e 84; Regulamento de 15-03-1842, in *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1842*, tomo V, parte II, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1843, pp. 199-209.

⁴⁸ A política do aldeamento também servia para liberar terras para a colonização, visto que as áreas demarcadas para o aldeamento eram mais restritas que as áreas de ocupação tradicional do índio, conforme defende a pesquisadora VERAZANI, Katiane Soares, *Assenhorar-se de Terras Indígenas: Barueri – Sécs XVI-XIX*, Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em História Econômica da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, orientadora: Prof^a. Dr^a. Vera Lucia Amaral Ferlini, São Paulo, 2009, p.74.

⁴⁹ Decreto n. 426 de 24-07-1845, in *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1845*, tomo. VII, parte I, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1845, pp. 86-96.

⁵⁰ Interpreta a Lei de Terras da mesma maneira GAGLIARDI, José Mauro, *O indígena e a República*, São Paulo: HUCITEC, 1989, p.32; SILVA, Ligia Osorio, *Terras Devolutas e Latifúndio*, 2. edição, Campinas: Editora Unicamp, 2008, p.186; CORRÊA, Kátia Núbia Ferreira, *Muita terra para pouco índio?*, São Luiz: edições UFMA, 2000, p.73; COELHO, Elisabeth Maria Beserra, *Territórios em confronto: a dinâmica da disputa pela terra entre índios e brancos no Maranhão*, São Paulo: Hucitec, 2002, p.74 e 75; para informações sobre a elaboração da Lei de Terras ver o interessante trabalho de MACHADO E SILVA, Claudia Christina, *Escravidão e Grande Lavoura: o Debate Parlamentar sobre a Lei de Terras (1842 - 1854)*, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História, Departamento de História, Setor de

É desse ponto na história do período imperial que este trabalho irá partir. Dentre os tópicos abordados têm maior relevância para o desenvolvimento da dissertação os seguintes pontos:

- A dualidade do tratamento jurídico dos índios brasileiros;
- Os índios aliados tinham em geral maiores liberdades e proteção sobre suas terras;
- Os outros índios estavam em situação precária de proteção, tendo sido, em alguns momentos, até escravizados; e de forma geral suas terras contavam com pouca ou nenhuma proteção;
- A existência de medidas governamentais no sentido de integrar o índio ao modo de vida considerado civilizado, equiparando-se o índio ao órfão;

Ciências Humanas Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em História. Professor Dr: Luiz Geraldo Silva, Curitiba, 2006. Um episódio que ilustra bem essa questão é a da concessão de terras do Xingu para particulares em 1879. A concessão é discutida na Câmara dos Deputados gerando grande polêmica, visto que na área concedida havia tribos indígenas, mas para a maioria dos deputados essas terras seriam da propriedade do Estado, sendo que os índios teriam a mera posse, o que não impediria sua concessão a particulares. E, de fato, em 1885 as terras são concedidas, mas o empreendimento por ser economicamente inviável é abandonado, sobre esse assunto ver WEINSTEIN, Barbara, *The Amazon rubber boom 1850-1920*, Stanford: Stanford University Press Library, 1983, p. 184; NABUCO, Joaquim, *Campanha abolicionista no Recife – eleições 1884*, Brasília: Senado Federal, 2005, p. 76, Decreto n. 6.954. 28-06-1878, in *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1878*, tomo XLI, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1879, pp. 368-370, *Annaes do Parlamento Brasileiro, Camara dos Senhores Deputados (1879)*, tomo III, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1879, sessão de 1 de agosto de 1879, p.459.

I - Fase de transição: resquícios e rupturas

A. Contexto Histórico

Com o fim do Império vários problemas ficaram por se resolver e outros apareceram diante do surgimento de um novo regime. De fato, o início da República foi palco de grandes conflitos de terra, destacando-se a atitude restritiva na liberação de terras, como fica evidenciado nos episódios da Guerra de Canudos e do Contestado⁵¹. Mas, ao mesmo tempo, houve um liberalismo do Estado em relação à ocupação de terras, pois se estipulou, diversas vezes, novos prazos para a legitimação das posses irregulares que não tinham outro título a não ser sua própria ocupação⁵². Essa dualidade de tratamento mostra que o Estado republicano buscou a ocupação do território brasileiro, mas apenas se tais ocupações não conflitassem com seus planos econômicos e seu poder político.

É esse contexto que as ocupações indígenas enfrentaram, visto que de um lado afetaram o poder político da República, na questão de definição das fronteiras e da integração nacional. E de outro lado, quanto aos planos econômicos, as ocupações de índios se colocavam como barreira da expansão agropecuária e exploração mineral.

Depois da Lei de Terras de 1850 as terras indígenas poderiam se encontrar em três situações distintas: como aldeamentos administrados por diretores, regulados pelo Decreto n. 426 de 1845; como colônias indígenas reservadas das terras devolutas; e aquelas, ainda não reconhecidas pelo Governo, que eram consideradas terras devolutas⁵³.

Assim uma parte das terras indígenas seguiu o destino das terras devolutas⁵⁴.

Alguns pensadores da época se manifestaram contra essa situação. Para Souza Pitanga, o território ocupado pelos índios não estava legalmente reconhecido e seria

⁵¹ CORREIA DE ANDRADE, Manuel, *A questão da terra na primeira república*, in SILVA, Sergio S. - SZMERCSÁNYI, Tamás, (organizadores), *História Econômica da Primeira República*, 2. ed. revista, São Paulo: Hucitec, 2002, p. 148.

⁵² SILVA, Ligia Maria Osorio, *A apropriação territorial na primeira república*, in SILVA, Sergio S. - SZMERCSÁNYI, Tamás, (organizadores), *História Econômica da Primeira República*, 2ª revista, São Paulo: Hucitec, 2002, p. 162.; FARAGE, Nádia-SANTILLI, Paulo, *Estado de sítio – Territórios e identidade no vale do Rio Branco*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.275.

⁵³ Para HOLSTON, James no artigo *The Misrule of Law: Land and Usurpation in Brazil*, in *Comparative Studies in Society and History*, vol. 33, n. 4, 1991, p. 709, a Lei de Terras é a primeira legislação que incorpora ao patrimônio nacional as terras indígenas.

⁵⁴ Ver GAGLIARDI, nota 50 *supra*, pp. 89 e 90; SILVA, Ligia Osorio, nota 50 *supra*, p.324.

necessário delimitar as sesmarias que fossem necessárias para a existência dos povos indígenas⁵⁵.

Já Inglez de Souza adiciona que essa tarefa recairia aos estados federados, que eram os proprietários das terras devolutas onde se encontravam os índios⁵⁶.

E realmente, na primeira Constituição republicana de 1891 as terras devolutas passaram a pertencer aos estados membros da República⁵⁷. O que é coerente com o disposto no Decreto n.7 do Governo Provisório de 1889, que afirmava ser competência dos Governadores dos estados federados a catequese, civilização e estabelecimento de colônias dos índios⁵⁸. Porque assim, quem era titular da propriedade das terras dos índios tinha a competência para tratar deles.

Para Oliveira Sobrinho⁵⁹, com a primeira Constituição republicana perdeu-se a oportunidade de incluírem-se as terras indígenas entre os bens da União, que assim ficaram para os estados federados confundidas com as terras devolutas. O problema disso é que os índios ficavam sujeitos à legislações diferentes conforme o estado membro no qual habitassem.

Ainda quanto à Constituição de 1891, cabe mencionar a emenda apresentada pelo Apostolado Positivista, a qual reconhecia a existência das nações indígenas e determinava a proteção das ocupações territoriais dos índios⁶⁰. Apesar de rejeitada, a proposta do Apostolado influenciou a criação de um órgão federal de proteção aos índios como veremos neste capítulo.

B. A definição da fronteira entre o Brasil e a Guiana Inglesa

⁵⁵ SOUZA PITANGA, *O selvagem perante o direito (1901)*, in SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (org.), *Textos Clássicos sobre direito e os povos indígenas*, Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1992, pp. 69 e 70

⁵⁶ INGLEZ DE SOUZA, Herculano Marcos, *O selvagem perante o direito*, in *O direito*, vol. 112, n.38, 1910, p. 15.

⁵⁷ “Art 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.”

⁵⁸ Decreto n. 7. 29-11-1889, in *Decretos do Governo Provisorio, 15 de novembro a 31 de dezembro de 1889*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1890, pp. 6 e 7.

⁵⁹ OLIVEIRA SOBRINHO, nota 42 *supra*, p.115.

⁶⁰ TEIXEIRA MENDES, Raimundo, *Em defesa dos selvagens brasileiros*, in *Revista da Igreja e apostolado positivista do Brasil*, n.300, 1910, p.15.

Como mencionado, um dos pontos em que os interesses dos índios conflitaram com os da República foi nas delimitações territoriais do Brasil. Nesse sentido se destaca a disputa entre o Brasil e a Guiana Inglesa.

Joaquim Nabuco é hoje conhecido por sua luta em prol da abolição da escravatura. Mas não é apenas nessa matéria que exerceu importante influência para o futuro do Brasil. Em um discurso⁶¹, Nabuco apontou três aspectos de sua vida pelos quais poderia ser lembrado: o seu trabalho para abolição, que ele mesmo reconhece que é aquele que lhe deu a maior notoriedade; o seu trabalho como diplomata brasileiro nos Estados Unidos da América, ajudando a aumentar as ligações entre o norte e o sul do continente⁶²; e o seu trabalho como advogado do Brasil na arbitragem internacional que delimitou a fronteira entre a Guiana Inglesa e o Brasil⁶³.

Mas é sobre um ponto específico da causa entre o Brasil e a Inglaterra que queremos fazer referência. Esse ponto é a questão de povos indígenas habitantes das fronteiras. Esse episódio mostra como o Brasil tratou a questão das terras indígenas no âmbito internacional, refletindo a legislação interna, que considerava as terras indígenas como devolutas.

A questão indígena é apontada como uma das causas determinantes para a fixação da fronteira entre o Brasil e a Guiana Inglesa⁶⁴.

De fato, na sentença arbitral de 6 de junho de 1904, um dos fundamentos da decisão foi que houve reconhecimento pelos nativos do poder da Inglaterra sobre a região, o que também foi reconhecido por tribos indígenas independentes locais⁶⁵.

Nabuco reconhece que não saiu triunfante da arbitragem, visto que o território disputado não foi totalmente atribuído ao Brasil⁶⁶. E poucos dias após a decisão, o jornal *The New York Times*, de 16 de junho de 1904, noticia a Inglaterra como vitoriosa na arbitragem, sendo que os rios em comum poderiam ser navegados livremente.

⁶¹ NABUCO, Joaquim, *O banquete no cassino (discurso pronunciado no Cassino Fluminense)*, Rio de Janeiro: Gazeta de Notícias, 20.07.1906.

⁶² Para mais informações sobre o assunto ver GANZERT, Frederic William, *The Baron do Rio-Branco, Joaquim Nabuco, and the Growth of Brazilian- American Friendship, 1900-1910*, in *The Hispanic American Historical Review*, vol. 22, n. 3, 1942.

⁶³ NABUCO, Joaquim, *O banquete no cassino*, nota 61 *supra*.

⁶⁴ Por exemplo, MOREIRA NETO, Carlos de Araujo, *Índios e fronteiras*, in *Revista de Estudos e Pesquisas*, vol.2, n.2, Brasília: FUNAI, 2005.

⁶⁵ *The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain)*, in *Reports of International Arbitral Awards*, , 6 June 1904, vol. XI, United Nations, 2006, pp. 21 e 22.

⁶⁶ NABUCO, Joaquim, *O banquete no cassino*, nota 61 *supra*.

Nabuco, depois da arbitragem, diz que o Brasil descuidou-se das obrigações que advém da propriedade territorial, pois não tomou posse da suas fronteiras; além de não ter conservado documentos históricos, os quais poderiam ter comprovado a ocupação definitiva da região pelos portugueses; e finalmente diz que houve uma descontinuação da obra portuguesa do século dezoito, no tocante à ocupação da terra⁶⁷.

Mas, uma das razões da nossa derrota na arbitragem, que Nabuco não reconheceu, foi justamente o reconhecimento das tribos indígenas, e nesse sentido a ocupação inglesa do território disputado fica como exemplo vitorioso tanto da argumentação usada na arbitragem como do modo prático de defesa das fronteiras territoriais.

1. Joaquim Nabuco e os Índios

Esta análise do pensamento de Joaquim Nabuco é para ilustrar o pensamento político da época, nessa fase de transição entre monarquia e república. Muitos, como ele, continuaram apoiando o regime monárquico, mas com o tempo acabaram aceitando a situação e até trabalhando para o novo regime.

Na nossa pesquisa não encontramos nenhuma obra de Nabuco que trate da questão dos índios como foco principal de argumentação⁶⁸, apenas tangencialmente ele exprime sua opinião sobre eles.

Isso não significa dizer que ele não tivesse opinião formada sobre qual deveria ser a política brasileira em relação aos povos nativos, entretanto apenas quando da arbitragem é que tratou mais profundamente sobre o assunto.

A enorme quantidade de documentos deixados por Nabuco pode ser dividida em discursos e escritos: ambos discorrem sobre diversos assuntos, dos mais pessoais até os mais difíceis problemas jurídicos.

Um dos primeiros escritos de Nabuco é o inacabado e postumamente publicado “*A escravidão*”, que começou a ser escrito quando o autor ainda não havia completado 20 anos. Nele, discorrendo sobre a propriedade afirma que esta não se adquire pela mera ocupação, que ela precisa ser legitimada pelo trabalho que a individualiza e a muda,

⁶⁷ *idem*.

⁶⁸ Como se pode ver da bibliografia de Joaquim Nabuco disponível no portal eletrônico www.joaquimnabuco.org.br, criado para a comemoração do centenário de sua morte no ano de 2010.

deixando sobre ela uma marca da soberania individual⁶⁹. Diz que entre hordas errantes, gentios canibais e tribos selvagens não pode existir Estado⁷⁰. Entretanto, quando comenta da escravidão que foi feita com os índios, relata a violência com que os portugueses trataram os índios em vez de aliar-se e de os converterem, e por fim diz que hoje existem poucos descendentes desses índios que erram pelos sertões⁷¹. Esse primeiro fragmento mostra uma visão que não privilegia o modo original de ocupação de terras dos índios, mas, ainda assim, há uma preocupação com o bem estar dos índios.

No livro “*Abolicionismo*”, publicado pela primeira vez em 1883, defende-se a importância da abolição, pois com ela, além de se eliminar a existência de escravos, também deixaria de haver senhores no Brasil. Para Nabuco, os escravos libertados seriam parte integrante da sociedade brasileira diferentemente de uma tribo indígena, que em suas palavras é “*alheia à comunhão nacional ou isolada desta*”⁷². Depois, comentando a influência da escravidão no interior do Brasil, descreve o vale do Amazonas como ainda pouco explorado, estando na sua maioria em poder dos indígenas, sem ser trabalhado nem civilizado. Por fim, considera que grande parte da bacia do Amazonas é *res nullius*⁷³. Nessa obra percebe-se que Nabuco mantém sua visão inicial de que a ocupação original do índio e seu modo de vida são incongruentes com o Estado.

Na campanha eleitoral de 1884⁷⁴, em 16 de novembro, Nabuco fala que se deve proteger as ocupações indígenas para que eles possam caçar e pescar, mas não dá maiores explicações se estaria defendendo o direito de propriedade dos índios sobre as terras que ocupam. O que ele afirma é que não quer que os índios fiquem sujeitos “*às leis de monopólio, de concessões, mas pelos largos princípios de liberdade industrial*”, e por fim que os princípios adotados pela política do presidente do Conselho de Estado, “*são menos generosos do que os princípios dos jesuítas, e a política que ele segue é menos humana que a do marquês de Pombal.*”⁷⁵ Aqui Nabuco revela que conserva as suas preocupações iniciais com a segurança dos índios.

Contudo, a escassez das fontes sobre as ideias de Nabuco com relação aos índios nos impede de formar uma hipótese razoável sobre seu pensamento nessa fase de sua vida,

⁶⁹ NABUCO, Joaquim, *A escravidão - 1870*, Recife: Fundaj, Massangna, 1988, p. 34.

⁷⁰ *ibidem*, p. 62.

⁷¹ *ibidem*, p. 110.

⁷² NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*, São Paulo: Publifolha, 2000, p.14.

⁷³ *ibidem*, p. 109 e 110.

⁷⁴ NABUCO, Joaquim, *Campanha abolicionista no Recife – eleições 1884*, nota 50 *supra*, p. 76.

⁷⁵ *ibidem*, p 77.

o que sabemos é que ele refletiu sobre a matéria e, apesar de achar que o estado civilizatório do índio era incompatível com uma estrutura estatal, e portanto, que havia uma necessidade de civilizar o índio, isso não poderia ser feito sem respeitar alguns princípios, evitando o tratamento violento que lhe foi dado em alguns períodos coloniais.

2. Antecedentes da Arbitragem

Uma das obras mais importantes de Nabuco é o seu trabalho bibliográfico da vida de seu pai, o senador Nabuco de Araújo, no livro “*Um Estadista do Império*”⁷⁶. Não apenas ao pai é dedicado o livro mas também à história do regime monárquico e ambas Nabuco queria homenagear⁷⁷. E é nesse livro, mais que outros, que Nabuco revela suas influência e ideias conservadoras, como o apoio à Monarquia e a descrença na República⁷⁸. Entre os inúmeros episódios narrados há a questão da abertura para navegação comercial do rio Amazonas às Nações estrangeiras. A abertura se fazia necessária pela necessidade de o Brasil adotar um posição coerente em relação à livre navegação dos rios em todo o seu território, já que lhe interessava a livre navegação no rio da Prata⁷⁹. Porém, antes de um projeto nesse sentido ser aprovado se discute a amplitude dessa abertura. Nabuco de Araújo defende que deve se excluir da livre navegação os afluentes ainda não explorados e dependentes de ajustes dos limites com as outras nações ribeirinhas⁸⁰. Joaquim Nabuco comenta em nota o episódio:

“(...) para não lhes ser turbada a posse por nações estrangeiras, sobretudo podendo se dar no interior, por exemplo, do Amazonas e de Matto Grosso, simulações de tratados dos exploradores estrangeiros com chefes indígenas que fizessem surgir entre nós, como surgio depois na Africa, o artificio juridico da subrogação do pretenso descobridor

⁷⁶ NABUCO, Joaquim, *Um estadista do Império – Nabuco de Araújo*, tomo 1, Rio de Janeiro: H. Garnier, 1898.

⁷⁷ NEEDELL, Jeffrey D., *A Liberal Embraces Monarchy: Joaquim Nabuco and Conservative Historiography*, *The Americas*, vol. 48, n. 2, 1991, p.20.

⁷⁸ GRAHAM, Richard, *Joaquim Nabuco, Conservative Historian*, *Luso-Brazilian Review*, vol. 17, n. 1, 1980, p.3.

⁷⁹ NABUCO, Joaquim, *Um estadista do Império – Nabuco de Araújo*, tomo 2, Rio de Janeiro: H. Garnier, 1898, p.381.

⁸⁰ NABUCO, Joaquim, *Um estadista do Império – Nabuco de Araújo*, tomo 3, Rio de Janeiro: H. Garnier, 1898, p.18.

do direito virgem do autochtone.”⁸¹

Essa passagem revela que pelo menos desde 1898, ano de lançamento do livro em homenagem a seu pai, Joaquim Nabuco estava a par da questão das fronteiras e da possibilidade de que os povos indígenas influenciassem na sua delimitação, hipótese que ele desde já interpreta como simulação de tratados entre falsos descobridores e os nativos.

A navegação do rio Amazonas é aberta em 1866, mas com aquelas restrições defendidas por Nabuco de Araújo. Assim, a livre navegação entre os Estados que não haviam definido suas fronteiras ainda estava pendente.

Joaquim Nabuco comenta a situação no seu diário em 8 de junho de 1892, fazendo referência a uma anedota de que o Brasil teria duas teorias uma no Câncer (rio Amazonas) e outra no Capricórnio (rio da Prata). Na época ainda não sabia que seria designado advogado da arbitragem entre Brasil e Inglaterra, contudo já afirmara que o interesse dos ingleses era navegar livremente pelo Amazonas⁸².

3. A arbitragem

Foi no dia 9 de março de 1899 que Nabuco aceita o convite do Governo Brasileiro para atuar na arbitragem que decidiria a fronteira entre o Brasil e a Guiana Inglesa, o árbitro seria o Rei Victor Emanuel da Itália⁸³.

A defesa de Joaquim Nabuco na arbitragem se fundamenta exclusivamente nos atos do governo português sucedido pelo brasileiro. Conforme o primeiro memorial do Brasil, escrito em 27 de fevereiro de 1903, por Joaquim Nabuco, do início do século XVIII até 1755 a soberania portuguesa sobre a região se baseava na atuação de tropas de resgates, bandeiras reais e entradas. De 1755 até 1840 a soberania portuguesa passada para o Brasil se assenta na expulsão dos espanhóis; na ocupação e domínio militar da região; no controle das tribos indígenas⁸⁴ e na introdução de gado. Em 1842 foi assinado pelo Brasil e pela Inglaterra um acordo de neutralização, assim o território disputado depois dessa data não poderia ser adquirido por descobrimento, ocupação, prescrição etc⁸⁵. Logo para Nabuco o

⁸¹ *idem*.

⁸² NABUCO, Joaquim, *Diários*, vol.2, Rio de Janeiro: Ben-te-vi produções literárias, 2005, pp. 45 e 46.

⁸³ *ibidem*, p.160.

⁸⁴ Nabuco argumenta que os índios estavam completamente dominados pelas fortalezas e escoltas militares, cf. NABUCO, Joaquim, *O direito do Brasil*, São Paulo: Instituto Progresso Editorial, 1949, p. 130.

⁸⁵ *ibidem*, p. 284.

juízo deveria se pautar pelos acontecimentos prévios a esse acordo, todos os atos posteriores deveriam ser ignorados para o arbitramento da fronteira⁸⁶.

No tratado que estipulou as regras da arbitragem o artigo 11 reconhece o direito de opção dos índios e outros habitantes da região de deslocar-se para o território de qualquer das partes, caso não quisessem ficar no seu território original depois de definida a fronteira, e nesse processo seriam respeitadas suas propriedades móveis e imóveis⁸⁷. Mas quer isso dizer que Nabuco reconhecia a propriedade original dos índios sobre as terras que eles ocupavam? A resposta está no segundo memorial submetido por Nabuco. Nele há uma relação de todas as propriedades imobiliárias que existiam na região contestada. Ele cita a propriedade de brasileiros, inclusive detalha quantas casas existem e quantos índios estão às ordens do proprietário. Nessa lista não aparece a propriedade de nenhuma tribo indígena, mas apenas dos índios já integrados. A intenção de Nabuco ao apresentar essa lista é mostrar que a maioria dos proprietários é de nacionalidade brasileira e não inglesa, todavia indiretamente mostra que Nabuco não reconhecia que as tribos indígenas não integradas eram proprietárias das terras que ocupavam⁸⁸.

A argumentação inglesa na arbitragem destoa da brasileira por justamente se utilizar da opinião dos índios como fundamento. Nabuco relata isso em seus memoriais e critica essa utilização, diz que os ingleses vão se utilizar do que pensam e sentem os índios⁸⁹. Os ingleses argumentam que os índios habitam uma região delimitada por eles e sabiam que se ficassem dentro da fronteira inglesa teriam proteção deles⁹⁰. Também alegam que comerciavam com os índios, e que os índios reconheciam os comerciantes como seus protetores⁹¹.

Nabuco nega a influência dos ingleses sobre os índios dizendo que estes se mantiveram católicos apesar da influência protestante inglesa, e também afirma que os índios não têm a noção do que seja soberania e por isso não podem dar opinião sobre ela⁹²,

⁸⁶ *ibidem*, p. 282.

⁸⁷ “*Treaty and declaration between Great Britain and Brazil, for referring to arbitration the question of the boundary between Brazil and British Guiana, signed at London, 6 November 1901*”, in *The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain)*, nota 65 *supra*, pp. 18 e 19.

⁸⁸ NABUCO, Joaquim, *Frontières du Brésil et de la Guyane Anglaise*, second mémoire, vol.I, Paris: A. Lahure, 1903, pp. 197-200.

⁸⁹ *ibidem*, p. 174.

⁹⁰ *idem*.

⁹¹ *ibidem*, p. 184.

⁹² *ibidem*, p. 175.

e diz que o comércio realizado pelos ingleses era insignificante⁹³. Para Nabuco a região havia sido conquistada pelos portugueses e as terras indígenas incorporadas à Coroa portuguesa⁹⁴. Assim as tribos indígenas deveriam estar sujeitas à nação civilizada que ocupasse a região⁹⁵. Alega que as nações civilizadas sempre reconheceram aos índios apenas a ocupação do solo para suas necessidades de caça e agricultura, sem se reconhecer a propriedade. Cita o Barão do Rio Branco para dizer que os índios não tem o direito de alienar suas terras às nações estrangeiras⁹⁶. Diz que em toda América não há nenhum território que se ocupe por um título atribuído por um plebiscito ou referendo feito com os índios⁹⁷. E pergunta se vai se levar em conta mais a opinião dos índios que ainda vivem como viviam antes da descoberta da América ou dos posseiros rancheiros e criadores brasileiros que lá habitavam⁹⁸.

Para os ingleses os índios têm uma forte ligação com o território que ocupam e assim depois de definida a fronteira explicam que a possibilidade de ter que deslocar uma tribo traria grandes sofrimentos aos índios e, por isso, alegam que eles têm direito de serem ouvidos na questão da fronteira⁹⁹.

Quando Nabuco resume os seus argumentos, entre outras razões faz referência aos índios apenas para dizer que o Brasil realizou a submissão das tribos¹⁰⁰.

Em outro volume do memorial Nabuco diz que um índio selvagem que nunca viu não-índios não poderia dizer o que pensa sobre propriedade de um território. E se são índios civilizados, suas ideias dependem do que lhes foi sugerido, se eles tiveram mais contato com os ingleses ou com os brasileiros. Diz que não existe uma pesquisa sobre esses índios, que são poucos, e que o elemento ainda selvagem desaparece na região inexplorada do interior ou de um país vizinho. Argumenta que a maioria dos índios nômades, pelo contato da antiga tradição portuguesa, transformaram-se em elementos da população estável¹⁰¹. Ainda afirma que se deve dar mais importância ao elemento indígena já estabelecido e não

⁹³ *ibidem*, p. 186.

⁹⁴ *ibidem*, p. 276.

⁹⁵ *ibidem*, p. 293.

⁹⁶ *ibidem*, pp. 295 e 296.

⁹⁷ *ibidem*, p. 297.

⁹⁸ *ibidem*, p. 298.

⁹⁹ *ibidem*, p. 307.

¹⁰⁰ *ibidem*, p. 329.

¹⁰¹ NABUCO, Joaquim, *Frontières du Brésil et de la Guyane Anglaise*, second mémoire, vol.II, Paris: A. Lahure, 1903, p. 242.

àquele ainda inteiramente selvagem¹⁰².

Assim na defesa do direito do Brasil perante a Corte Arbitral Nabuco não defendeu que a região disputada era de propriedade dos índios, defendeu que era propriedade do Estado e que a vontade dos índios que ocupavam a região não era relevante para a solução da demanda.

Nabuco defendeu esses argumentos como agente do Estado, portanto expressando a opinião do Estado, o que evidencia que o Estado brasileiro considerava as terras de ocupação originária indígena de tribos não integradas como de propriedade do Estado.

C. Novas leis e novas práticas

Mas o começo do século XX também será marcado por uma mudança no tratamento jurídico dos índios. Essa mudança decorreu de uma reação contra a forma anterior de tratamento marcada pelas guerras indígenas de D. João VI, chegando a defender-se, na primeira década do século XX, o extermínio dos índios.

O historiador Varnhagen no seu livro *“Hitoria Geral do Brazil”*, expressa bem o pensamento do século XIX, que tinha como base o governo de D. João VI: *“Não hesitamos em asseverar que sem o emprego da força não era, nem é possível reduzir os selvagens (...)”*¹⁰³.

Apenas o índio pacífico e submisso encontravam proteção no governo de D. João VI, e assim o uso da força era justificável para atingir-se esse fim, o que Varnhagen defende em 1854:

“Assim longe de condemnarmos que se fizesse uso da coacção pela força para civilisar os nossos índios, estamos persuadidos que não era possível haver empregado outro meio; e que delle havemos ter que lançar mão nós mesmos, em proveito do paiz, que augmentará seus braços úteis, em favor da dignidade humana, que se vexa em presença de tanta degradação, e até em beneficio desses mesmos infelizes, que ainda quando nas nossas cidades passassem á

¹⁰² *ibidem*, p. 243.

¹⁰³ VARNHAGEN, Francisco Adolpho de, *Hitoria Geral do Brazil*, tomo 2, Madrid: Imprensa de J. del Rio, 1857, p. XIX.

*condição em que se acham os nossos Africanos, viveriam nellas mais tranquillos e mais livres do que vivem, sempre horrorisados na sua medonha liberdade dos bosques, temendo a cada momento ser apanhados e trucidados por seus visinhos (...)*¹⁰⁴.

Tal linha de raciocínio será retomada e elevada a outro nível pelo Diretor do Museu Paulista, Hermann von Ihering, em 1907:

*“Os actuaes índios do Estado de S. Paulo não representam um elemento de trabalho e de progresso (...) são um empecilho para a colonização das regiões do sertão que habitam, parece que não há outro meio de que se possa lançar mão, senão o seu extermínio (...), pois que não se pode contar, de modo efficaz e seguro com os serviços dessa população indígena, para os trabalhos que a lavoura exige.”*¹⁰⁵

Em 1911, Hermann von Ihering, em outro artigo, volta ao assunto e regrede na sua posição de sugerir o extermínio dos indígenas:

*“(...) não recomendei e não quero recomendar o extermínio dos índios; mas protesto contra a anarchia reinante em tudo quanto respeita aos índios bravios (...) os índios assaltantes, que impedem o desenvolvimento regular da civilização, serão aldeados mesmo à força e até por meio de bandeiras, como já há muito recomendava José Bonifácio(...)*¹⁰⁶.

Tais opiniões resultaram em uma reação por segmentos da sociedade em favor dos índios, sendo um dos fatores que culminaram na criação do Serviço de Proteção ao Índio¹⁰⁷.

Uma das vozes que se levantou contra a opinião de Hermann von Ihering foi a de Leolinda Daltro como ela mesmo narra no livro *Da catechese dos indios no Brasil*¹⁰⁸.

¹⁰⁴ *ibidem*, p. XXI.

¹⁰⁵ IHERING, Hermann von, *A antropologia do Estado de S. Paulo*, in Revista do Museu Paulista, vol. VII, 1907, p.215.

¹⁰⁶ IHERING, Hermann von, *A questão dos índios do Brasil*, in Revista do Museu Paulista, vol. VIII, 1911, pp. 134 e 138.

¹⁰⁷ Para mais informações sobre a polêmica criada por Hermann von Ihering ver em geral GAGLIARDI, nota 50 *supra*.

¹⁰⁸ Leolinda Daltro, *Da catechese dos indios no Brasil - noticias e documentos para a Historia 1896-1911*, Rio de Janeiro: Typ. da Escola Orsina da Fonseca, 1920.

Daltro foi uma professora que realizou uma excursão de 5 anos nas margens do Rio Araguaia, Tocantins, sertões de Goiás e Mato Grosso, demarcou uma colônia indígena e abriu uma escola com 82 indígenas. Defendia que os índios deveriam ser integrados, mas de uma maneira laica. Em 1902 participa de reuniões no Instituto Histórico Geográfico para formação de uma associação de proteção aos índios, associação que depois de muitas discussões é criada com o nome “*Associação de Protecção e auxilio aos selvícolas do Brasil*”. Em Memoria apresentada no “*1 Congresso de Geographia dos Estados Unidos do Brasil*” em 1909, discorre sobre como se deveria dar o contato com os índios e defende os seguintes pontos:

- “1. reunir diversas tribus autochtones em logar préviamente escolhido pelas suas condições favoraveis de clima, urberdade e salubridade, pela sua boa adaptação ao desenvolvimento da agricultura, do comercio e da industria, e ahi localiza-os, construindo, com elles mesmos, sob a instrução de bons mestres, habitações regulares em ruas bem delineadas e espaçosas.*
- 2. Construir em primeiro logar as habitações dos chefes de tribu fornecendo-lhes os principaes utensílios domesticos e proporcionando-lhes o maior conforto possivel.*
- 3. Construidas as casas de moradia, demarcar o terreno destinado á lavoura que deve ser cultivado de parceria, ou em commum.*
- 4. Estimular, em seguida o desejo pelo conforto e o gosto esthetico, incitando-os ao empenho de melhorar e embellezar as condições exteriores. Fornecer-lhes as machinas e os instrumentos indispensaveis para realizar tal desideratum, mas ensinar-lhes o uso desses instrumentos e machinas para que possam, por si mesmos, tirar delles os proveitos adequados.*
- 5. Tendo-lhes feito sentir por esta fórma as vantagens do conforto ensinando a conquistal-o pelo trabalho intelligente.*
- 6. Despertar nelles o gosto mais elevado pelas Artes e Bellas*

Artes, a Litteratura, a Sciencia, e o cultivo mental, sem nenhuma preocupação religiosa ou sectaria e sem instruil-os de superstições, de fanatismo, e de preconceitos irrationaes.

7. (...) Governo (deve) (...) garantir aos Sevilcolas a liberdade e os direitos de cidadãos da Republica, concedendo-lhes por lei uma extensão territorial que baste para o seu desenvolvimento e installação definitiva.

8. Não é necessario nem conveniente que o Governo tenha uma intervenção directa nesse serviço, que, deturpado pelos seus encarregados mercenarios exigiria, além disso, despesas fabulosas para os cofres publicos. O que o Governo póde e deve fazer, porém, é secundar os esforços honestos e philantropicos daquelles que, sinceramente, se dedicarem, por amor, a esta causa humanitaria de salvar os destroços dessas raças perseguidas e conduzir essa Gente digna de nossas sympathias, á aggreiação suprema da Especie Humana”¹⁰⁹.

Assim, Daltro defendia que os índios deveriam ser protegidos e integrados, mas sem a participação direta do Estado. Apesar de suas sugestões não serem totalmente acatadas por outros defensores dos índios, seu trabalho ajudou a colocar a questão indígena na pauta do governo. Desse modo, outras vozes foram surgindo em favor de maiores proteções aos índios.

1. Influência dos Estados Unidos da América

José Bonifácio já apontava a prática dos Estados Unidos da América, como exemplo a ser seguido no que se refere ao tratamento dos índios, e a prática Norte-Americana, segundo Bonifácio, era de se reconhecer o domínio dos índios sobre suas terras e se houvesse necessidade de usá-las dever-se-ia comprá-las ao invés de tomá-las a força¹¹⁰.

Igualmente, quando da discussão do projeto da Lei de Terras, no Senado Imperial,

¹⁰⁹ *ibidem*, p.553,

¹¹⁰ ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de, nota 44 *supra*, pp. 48-62.

foi lembrada a forma que o Estados Unidos da América trataram a questão: como na discussão da colonização e ocupação das terras devolutas, disse o senador Hollanda Cavalcanti:

"O que fizeram os Americanos? A colonização da América do Norte é a colonização do Brasil? É necessário estar muito prevenido para não ver o que se passa no país. Como se povoou a América? Como foi Guilherme Penn tomar posse do seu território? Como progrediu a sua associação? ... Não foi até um terreno limitado que ele comprou aos indígenas, reconhecendo até a propriedade dos indígenas.? Como se espalhou? Não foi negociando com os mesmos índios, sempre comprando terras, indo da concentração para a expansão?"¹¹¹.

Hollanda Cavalcanti explica que a colonização dos Estados Unidos da América foi diferente da do Brasil. Lá o reconhecimento da propriedade do índio chegou ao ponto de comprarem terras dos índios. E no Brasil não se compraram terras dos índios. O senador Visconde de Abrantes, em resposta ao discurso de Cavalcanti, diz:

"Queria o nobre senador dar a entender que hoje o governo do Brasil devia também, como Penn, ir comprar terras aos índios (...)? (...) seguimos o exemplo dos Estado Unidos quando queremos extremar o domínio público do particular, e vender as terras devolutas que temos (...). Seguimos à risca o exemplo dos Estados Unidos, porque estes Estados não compraram terras a índios (...). Em vez de comprar terras aos índios, sabe o senado que a União Americana tem feito por muitas vezes guerras as tribos ou nações índias,(...)"¹¹².

Para o Visconde de Abrantes, os Estados Unidos da América não só compraram terras de índios, também conquistaram muitas pela guerra.

Quando a discussão volta à Câmara dos Deputados, para aprovar as alterações do

¹¹¹ *Anais do Senado do Império do Brasil (1850)*, vol.6, Rio de Janeiro, Diretoria de Anais e Documentos parlamentares, 1950, sessão de 02 de agosto de 1850, p. 31.

¹¹² *ibidem*, sessão de 03 de agosto de 1850, p. 42.

Senado, o deputado Franco de Sá compara a colonização brasileira com a colonização estadunidense:

"Quando nos Estados Unidos tratou-se da divisão das terras, tratou-se também de verificar o domínio que os mesmos estados tinham sobre ellas; então reconheceu-se que parte dellas pertencião a muitas tribus indianas, e com ellas fizeram tratados, para serem consideradas comunidades differentes e independentes; ficarão com o direito de viver nas terras que occupavão, (...)"¹¹³.

Nos Estados Unidos foi reconhecido a plena capacidade dos índios ao ponto de se convencionar tratados com eles como nações independentes, com o direito à terra. E compara com o Brasil:

"(...) isto aconteceu naquella nação, quando ainda estava mais pequena do que a nossa, quando era menos civilizada do que ora somos, (...)"¹¹⁴.

João Mendes Júnior retoma essa linha de raciocínio no começo do século XX. De fato, em 1902 ele apresenta três conferências na “*Sociedade de Etnographia e Civilização dos Indios*”, que foram reunidas e publicadas no livro “*Os indígenas do Brasil seus direitos individuaes e políticos*”, em 1912¹¹⁵.

Nesse sentido, a primeira conferência é a mais significativa, e tem como título: “*Sobre as relações politicas e administrativas dos indios no regimen da federação*”. Mendes Júnior estava particularmente interessado nas relações entre os estados federados, a união e os índios, estrutura comparável a dos Estados Unidos, sendo que a pauta dessa primeira conferencia foi construída “*estudando a legislação, a jurisprudencia, a doutrina dos publicistas e a organização administrativa dos Estados-Unidos da America do Norte*”

Mendes Júnior explica que nos Estados Unidos os negócios dos índios são de competência do Governo Federal, não obstante o regime de federação. Lá as tribos indígenas são consideradas como corporações autônomas e acham-se no mesmo nível dos estados federados, citando tratados entre tribos e o governo para demonstrar isso.

¹¹³ *Anais da Câmara dos Senhores Deputados (1850)*, tomo 4, Rio de Janeiro: Tipografia da viúva Pinto & Filho, 1883, sessão de 02 de setembro de 1850, p. 772.

¹¹⁴ *idem*.

¹¹⁵ MENDES JÚNIOR, João, *Os Indigenas do Brasil, seus direitos individuaes e políticos*, São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

Ademais, argumenta que segundo a Corte Suprema Americana não há sobre as tribos indígenas supremacia dos estados federados em que se localizam, mas apenas a União tem supremacia sobre elas de maneira ampla. A Corte Suprema decidiu que as tribos de índios são nações dependentes e devem ser mantidas na posse de suas terras como usufrutuárias, com direito de vender esta posse ao governo, aos seus concessionários ou delegados.

Diz que apenas em 1869 os índios foram declarados como pupilos do governo, para maior proteção deles. E explica que caso o governo americano quisesse apropriar-se de alguma terra indígena, teria que pagar aos índios o preço das terras, tendo, também, que lhes pagar indenizações por ocupações ilegais.

Mendes Júnior também discorre sobre os programas estadunidenses para “civilizar” os índios. E termina essa conferência com as seguintes palavras:

*“Fico aqui, nesta primeira conferencia: já basta, para que corramos de vergonha, contemplar a criminosa desidia em que temos incorrido, comparativamente a este resultado que o esforço combinado do Governo Federal, dos legisladores, dos juizes, dos missionarios, dos lavradores honestos, têm obtido nos Estados-Unidos da America do Norte, luctando contra a pequena politica, contra os interesses de campanario e contra a ganancia de aventureiros despidos de toda a caridade e de todo o escrupulo.”*¹¹⁶

Assim, para Mendes Júnior deveríamos ter as práticas norte-americanas como exemplo para o Brasil.

A segunda conferência teve como título: “*Os indigenas do Brazil em parallelo com os da America do Norte*”. Para Mendes Júnior a grande diferença entre o Brasil e os Estados Unidos da América foi a escravidão indígena que no Brasil foi muito mais intensa. A escravidão indígena entre outras circunstâncias propiciaram a mistura dos índios com a população não-índia, o que aconteceu em muito menor número nos Estados Unidos da América. E com a mistura, no Brasil, foram desaparecendo as grandes tribos indígenas independentes que habitavam o território brasileiro.

Afirma que o Rei de Portugal, no período colonial brasileiro, tratava diretamente

¹¹⁶ *ibidem*, pp. 18 e 19.

com as tribos indígenas. E assim como aconteceu nos Estados Unidos da América, onde é a União que tem competência nos assuntos dos índios, com a independência brasileira a mesma relação dever-se-ia ter mantido entre os índios e o Império brasileiro.

Mendes Júnior, também, critica as guerras indígenas de D. João VI, e diz que sua real intenção foi de reduzir os índios à servidão, e não de defender a população de índios hostis e canibais¹¹⁷.

É com base nessa comparação entre Brasil e Estados Unidos da América que Mendes Júnior irá, na terceira e última conferência, defender a proteção do indigenato.

2. O indigenato de João Mendes Júnior

A terceira conferência tem como título “*Situação dos índios depois da nossa independência*”. É nela que Mendes Júnior discorre sobre o indigenato.

Segundo o dicionário Houaiss a origem da palavra indigenato é do francês “*indigénat*” e apresenta como seu significado “*condição de indígena, tratamento e regime administrativo aplicados pela metrópole aos indígenas de uma colônia*”¹¹⁸.

De fato, a França aplicou um regime administrativo chamado “*indigénat*” aos nativos da sua colônia, Argélia, no século XIX¹¹⁹.

Mendes Júnior ao discorrer sobre o indigenato cita o filósofo francês, Proudhon, no livro “*Essais d'une philosophie populaire*”, mas não menciona a qual passagem se refere. No entanto, nesse livro, Proudhon, comenta sobre o “*indigénat*” sendo possivelmente esta a passagem à qual Mendes Júnior faria referência:

“Par cet 'indigénat', l'homme et la terre deviennent immanents l'uns à l'autre, je veux dire, non pas enchaînés comme le serf et la glèbe, mais doués de mêmes qualités, des mêmes énergies, et si j'ose le dire, de la même conscience. C'est ce qu'exprime ce principe d'économie et de droit, pour lequel il n'est plus besoin désormais d'épuiser les ressources de la controverse: 'La terre appartient à la race que y est née', aucune autre ne pouvant lui donner mieux la façon

¹¹⁷ *ibidem*, p. 40.

¹¹⁸ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.1605.

¹¹⁹ SAUTAYRA, E., *Législation de L'Algérie*, seconde édition, Paris: Maisonneuve et cie., 1883.

qu'elle réclame.”

Em resumo, Proudhon diz que os homens como as plantas e os animais são indígenas ao solo onde se encontram originalmente e por esse indigenato o homem e a terra se tornam ligados. Assim a terra pertence ao homem que lá se origina, e nenhum outro homem a possui de melhor maneira¹²⁰. Em outra obra, Proudhon diz que pelo direito de indigenato os aborígenes se tornam os primeiros proprietários da terra que ocupam¹²¹.

Assim, a argumentação de Mendes Júnior parte da distinção entre o colonato e o indigenato. O colonato é a ocupação de uma região por uma população não aborígine (tanto índia ou não-índia), sendo que essa região nunca teve dono ou está, no momento, abandonada. Em termos jurídicos, poderia dizer-se que o colono é titular do *ius possessionis* e para sê-lo do *ius possidendi* precisa legitimar sua posse conforme a lei¹²². Já o indigenato não é a ocupação de uma nova região, mas a continuação de um domínio por uma população, que começou com os longínquos ancestrais dessa população. No indigenato se é titular do *ius possessionis* e do *ius possidendi*. Esse domínio não precisa ser legitimado, mas apenas reconhecido. Uma vez que as autoridades tivessem conhecimento dessas terras, elas não poderiam ser concedidas em sesmarias e nem vendidas; e mesmo que o fossem, devia prevalecer o indigenato que é prévio a qualquer transmissão.

No colonato há apenas um simples título de ocupação que precisa ser legitimado para a obtenção do *ius possidendi*. A terra é desta forma adquirida pelo colono. No indigenato há um direito congênito¹²³, não há terra a ser adquirida: quando o homem nasce já nasce com a terra, isto é, ela é parte desse homem¹²⁴.

Outra distinção importante, que Mendes Júnior faz, é entre aldeamento¹²⁵ e

¹²⁰ PROUDHON, P. J., *Oeuvre complètes de P. J. Proudhon, tome XXII, Essais d'une philosophie populaire – De la justice dans la révolution et dans l'église, tome deuxième*, Bruxelles: A. Lacroix, Verboeckhoven et cie, 1868, p. 195.

¹²¹ PROUDHON, P. J., *Oeuvre complètes de P. J. Proudhon, tome XVI, Les Majorats Littéraires*, Bruxelles: A. Lacroix, Verboeckhoven et cie, 1868, p. 240.

¹²² MENDES JÚNIOR, J., nota 115 *supra*, p. 59.

¹²³ Mendes Júnior no livro *Direito Judiciário Brasileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, pp.6 e 7, explica que direitos “são congênitos, quando decorrem necessariamente da mesma natureza do homem, são adquiridos quando decorrem de um facto livre(...)”.

¹²⁴ MENDES JÚNIOR, J., nota 115 *supra*, p. 58.

¹²⁵ Na *Enciclopédia Saraiva de Direito*, coord. FRANÇA, R. Limongi, t. 6, Saraiva, 1978, p. 17, “aldeamento” é uma “povoação de índios dirigidos por missionários ou por leigos”. No *Caldas Aulete*, vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Delta, p.144, “aldeamento” é uma “povoação de índios sob a direção de missionário ou de autoridade leiga”. Esse significado também tem o termo “aldeia”, de fato, no *Diccionario da Lingua Portuguesa*, MORAES SILVA, Antonio de, tomo I, 4ª edição, Lisboa: Imprensa Regia, 1831, p.80, um dos possíveis significados de “aldeia” é “no Brasil, aldeias de Índios, são as povoações dos domesticados, e que descem dos sertões (aldeya) situação, e vivenda rustica.” Logo os termos

colonização. O aldeamento se faz com os índios aborígenes do local onde vai ser instalado o aldeamento. Diferentemente, a colonização se faz com índios não aborígenes do lugar em que vai ser instalada a colônia. Portanto, havia índios que moravam em aldeamentos e outros que moravam em colônias. Paralelamente, havia ainda os índios que habitavam regiões sem qualquer ingerência do Estado ou de missionários.

Mendes Júnior explica que a proteção ao indigenato foi estabelecida pelos portugueses no Alvará de 1º de abril de 1680¹²⁶, que dispõe que na doação de sesmarias deve ser observado o direito dos índios que são os “*naturaes senhores*” da terra¹²⁷.

Apesar da palavra indigenato não aparecer no texto legal, o seu espírito estaria presente na expressão “*naturaes senhores*”, e além de reconhecer esse domínio manda-se protegê-lo.

Segundo Mendes Júnior esse Alvará não foi revogado¹²⁸. Dessa forma, argumenta que desde 1680 o território ocupado por indígenas foi excluído da possibilidade de ser concedido em sesmarias.

Assim para Mendes Júnior a legislação portuguesa protegia as terras ocupadas por índios, reconhecendo o indigenato, e tal instituto foi reconhecido pela Lei de Terras de 1850 e o seu regulamento.

Dessa maneira, Mendes Júnior considera ilegal a tomada de terras indígenas pelos posseiros, porque a propriedade indígena deveria ser respeitada mesmo sem registro.

Em síntese, para os índios que estão em aldeamentos, Mendes Júnior explica que não seria necessário qualquer processo de legitimação ou registro: bastaria que os índios

“*aldeia*” e “*aldeamento*” são muitas vezes usados indistintamente, porém é importante lembrar que o termo “*aldeia*” também pode significar o local de habitação dos índios sem ingerência externas. Também, faz esta distinção a pesquisadora PERRONE-MOISÉS, Beatriz, *Terras indígenas na legislação colonial*, in Revista da Faculdade de Direito, vol. 95, 2000, p. 110.

¹²⁶ Na nossa investigação, pudemos averiguar que em realidade se trata de uma Provisão de 01-04-1680 e não de um alvará, como se pode atestar pela leitura dos *Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro*, volume 66, pp.51-57. Conjecturamos que tal erro não pode ser imputado por descuido de Mendes Júnior, visto que a maneira mais acessível de se encontrar a transcrição desse diploma legal se encontra no texto da Lei de 06-06-1755, in *Collecção da Legislação portuguesa - desde a última Compilação das Ordenações - Legislação de 1750 a 1762*, Lisboa: Typografia Maigrense, 1830, pp.369-376, que transcreve parte da Provisão de 01-04-1680, mas a nomeia como Alvará. Destacamos que existe um Alvará datado de 01-04-1680 que trata da administração dos indígenas, contudo não trata dos direitos à terra e nem apresenta as palavras que foram transcritas na Lei de 1755, palavras que são cópia exata da Provisão de 01-04-1680. Assim, apesar de não se tratar de um alvará, a provisão não é imbuída de menos poderes, posto ser assinada pelo mesmo punho real de D. Pedro II de Portugal, que em 1680 ainda era Príncipe e Regente.

¹²⁷ MENDES JÚNIOR, J., nota 115 *supra*, p. 58, p. 34.

¹²⁸ *ibidem*, p. 57.

mantivessem cultura e morada habitual para seus direitos prevalecerem contra terceiros¹²⁹. Esse direito à terra adivinha do indigenato, pois as terras em que se instalam os aldeamentos são as mesmas que os índios sempre habitaram. E para os índios em colônias, as suas terras eram reservadas das devolutas pelo artigo 12 da Lei de Terras¹³⁰.

E não é só Mendes Júnior que segue esta interpretação¹³¹. Alípio Bandeira e Manoel Tavares da Costa Miranda¹³² também defendem a tese de que as terras indígenas não são devolutas desde o alvará de 1º de abril de 1680, e adicionam que: “(...) *semelhante classificação opõe-se formalmente a própria significação gramatical do termo(...)*”¹³³.

De fato, uma das definições de devoluta é de desocupado, desabitado e vago¹³⁴. Logo, por serem terras habitadas por índios não poderiam ser devolutas. Nesse sentido, destacamos o trabalho de Lucy Paixão Linhares¹³⁵ que apesar de não citar Mendes Júnior, diz que as terras indígenas são terras públicas, todavia não são devolutas porque estão ocupadas.

Cabe ressaltar que a proteção do indigenato de Mendes Júnior não é irrestrita, abrangendo apenas as tribos indígenas que vivem de forma estável, sem englobar modos de vida nômades ou que ocupam as terras de maneira intermitente, conforme ele explica:

*“A extensão em que os índios são encontrados com
residência insistente, é mínima em relação à grande extensão*

¹²⁹ *ibidem*, p. 57.

¹³⁰ “Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, e assento de estabelecimentos públicos; 3º, para a construção naval.”

¹³¹ Seguiram o entendimento de Mendes Júnior: OCTAVIO DE LANGGAARD MENEZES, Rodrigo. *Les sauvages américains devant le droit*, in Recueil des cours, vol. 31 n. I, 1930, p. 271; CUNHA, Manuela Carneiro da, *Os Direitos do Índio - Ensaio e documentos*, Brasiliense, 1987, pp. 66 e 67; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *O Renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba: Juruá, 1998, p. 125; BARBOSA, Marcos Antonio, *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*, São Paulo: Plêiade, 2001, p. 66; VILLARES, Luis Fernando, *Direito e povos indígenas*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 101; LODEIRO, Nancy Sgursky, *O direito agrário e as terras indígenas*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a obtenção de grau de mestre. Orientador Professor Silvio Rodrigues, São Paulo, 1983, p.458; CARNEIRO, Edilton Borges, *A inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo demarcatório por caracterizar remoção*, Trabalho apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Ambiental, orientador Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Manaus, 2006; AZANHA, Gilberto *A lei de Terras de 1850 e as Terras dos índios*, 2001. Disponível em: <http://www.trabalhoindigenista.org.br/Docs/terra.pdf>. Acesso em: 19/06/2011.

¹³² BANDEIRA, A. - MIRANDA, M. T. da C, nota 42 *supra*.

¹³³ *ibidem*, p. 82.

¹³⁴ *Enciclopédia Saraiva de Direito*, coord. FRANÇA, Limongi, tomo 24, Saraiva, 1978, p. 488; *Caldas Aulete*, vol. II, 3ª edição, Rio de Janeiro: Delta, p.1068.

¹³⁵ LINHARES PAIXÃO, Lucy, *Ação discriminatória: terras indígenas como terras públicas*, in João Pacheco de Oliveira (org.), *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas, e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998, pp.125-152.

deserta que fica devoluta; deixem-lhes as terras em que se acham estabelecidas as suas tribus, porque, relativamente a essas terras de índios, a grande extensão restante é como um oceano em relação a uma gota d'agua."¹³⁶

Assim, para Mendes Júnior, ficariam devolutas as terras ocupadas de maneira não estável pelos índios. Só estariam protegidas da devolução aquelas terras que estivessem possuídas de forma permanente pelos indígenas. Ressalte-se ainda, que a intenção de Mendes Júnior em separar as terras indígenas das devolutas reside no fato de que as terras devolutas eram propriedade dos estados federados e assim os índios estariam sob a tutela destes e Mendes Júnior defendia que os índios deviam ser diretamente tratados pela União sem intermediação dos estados.

Igualmente deve destacar-se que Mendes Júnior não queria proteger o modo original de vida dos índios e defendia que “(o) Estado de S. Paulo tem providencialmente a atribuição de proteger os indígenas, promovendo a sua catechese e civilização.”¹³⁷

3. Serviço de proteção ao índio e localização de trabalhadores rurais - SPI

No prefácio, escrito em 15 de abril de 1912, do livro que coleciona as conferências sobre os direitos dos índios Mendes Júnior elogia Rodolpho Miranda, o Ministro da agricultura, pelo “impulso (...) que deu á catechese e civilização dos nossos indígenas”¹³⁸.

Tal homenagem se justificava pois em 20 de junho de 1910, pelo Decreto n. 8.072, se “(c)rêa o Serviço de Protecção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionaes e approva o respectivo regulamento”. O Presidente da República do Brasil era Nilo Peçanha e seu Ministro da agricultura era Rodolpho Nogueira da Rocha Miranda, que assina o decreto e o regulamento do SPI. Assim, a partir de 1910, o Estado brasileiro passa a adotar leis e práticas de maior proteção aos índios, atendendo aos anseios da criação de uma organização oficial de nível federal para tratar dos direitos indígenas.

Desde o começo da República o Apostolado Positivista atuou para se reconhecerem maiores direitos à população indígena. Raimundo Teixeira Mendes vice-diretor do Apostolado discordava da posição do Governo de proprietário das terras ocupadas por

¹³⁶ MENDES JÚNIOR, J., nota 115 *supra*, p. 67.

¹³⁷ *ibidem*, p. 70.

¹³⁸ *ibidem*, prefácio.

índios¹³⁹. Se apoiando nas ideias de José Bonifácio defendia a proteção dos índios no seu gradual processo de civilização¹⁴⁰. E ele também louva as medidas que Rodolpho Miranda estava adotando em benefício da população indígena.

Assim foi dentre os positivistas que Rodolpho Miranda buscou o primeiro diretor do SPI, o então Tenente-Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon. Nessa época Rondon já havia chefiado expedições pelo interior do Brasil para a instalações de linhas telegráficas para integrar o país, tendo adquirido uma experiência de sucesso nos encontros com os índios, inclusive pacificando algumas tribos.¹⁴¹. Foi em uma troca de correspondência que se deu o convite, Rondon aceita mas exige algumas condições as quais o Ministro Miranda aceita¹⁴².

As condições pedidas por Rondon eram: que o SPI deveria proteger a posse indígena, restituir terrenos usurpados e quando isso fosse impossível conceder-lhes outras terras; que se houvesse necessidade de mudar a localização de ocupação do índio, por interesse nacional, deveria ser feita de modo pacífico; que a extensão das terras concedidas para os índios dependeria da sua qualidade para o cultivo e pasto; que o governo forneceria as ferramentas e máquinas necessárias para desenvolver a agropecuária; que se respeitasse a organização interna das tribos, pois com o apoio para desenvolverem o cultivo e a criação de gado, eles gradualmente deixariam seus hábitos nômades e de caça; que garantida a amizade com os indígenas eles prestariam serviços ao Brasil nas linhas telegráficas, conservando e melhorando-as¹⁴³. E de fato, como veremos a seguir, essas condições refletem os Decretos que regulamentam o SPI, mostrando claramente como o SPI foi herdeiro do sucesso das políticas adotadas por Rondon nas construções das linhas telegráficas¹⁴⁴.

Em 15 de dezembro de 1911, no governo de Hermes da Fonseca, se promulga o Decreto n. 9.214, que altera em alguns pontos o Decreto n.8.072, mantendo a grande

¹³⁹ TEIXEIRA MENDES, nota 60 supra, p.4.

¹⁴⁰ *ibidem*, pp.9 e 10.

¹⁴¹ Para mais detalhes das missões de Rondon ver LINS, Ivan, *História do Positivismo no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1967, pp.543-558. Ver também VIEIRA SÁ, Luiza, *Rondon: O Agente Público e Político*, tese apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor. Orientador: Prof. Dra. Nanci Leonzo, São Paulo, 2009.

¹⁴² RONDON, Cândido Mariano da Silva-MIRANDA, Rodolpho Nogueira da Rocha, *Correspondência trocada entre o Ministro da Agricultura e o Tenente-Coronel Rondon*, in Revista da Igreja e apostolado positivista do Brasil, n.300, 1910, pp.19-21.

¹⁴³ *ibidem*, pp.22-25.

¹⁴⁴ VIEIRA SÁ, Luiza, nota 141 supra, pp. 101, 145 e 169.

maioria das disposições sobre o SPI.

Eram dois os objetivos do SPI, conforme o primeiro artigo do Decreto n. 9.214:

“a) prestar assistencia aos indios no Brazil, quer vivam aldeiados, reunidos em tribus, em estado nomade ou promiscuamente com civilizados;

b) estabelecer em zonas ferteis, dotadas de condições de salubridade, de mananciaes ou cursos de agua e meios faceis e regulares de comunicação, Centros Agricolas, constituídos por trabalhadores nacionaes que satisfaçam as exigencias do presente regulamento.”

Primeiro dever-se-ia proteger os índios respeitando seu modo de vida e, paralelamente, criar-se centros agrícolas para reunir-se trabalhadores nacionais.

Enquanto os indígenas estivessem aldeados, ou vivendo em tribos, ou vivendo *“promiscuamente com civilizados”*, o segundo artigo do regulamento determinava que devia ser respeitada a posse indígena¹⁴⁵. Se a terra indígena estivesse em território federal estava mais facilmente protegida¹⁴⁶, todavia quando a terra ocupada estivesse em território de algum estado federado, ainda indiscriminada das terras devolutas, aí se dependia de acordos entres os entes federados¹⁴⁷ para o reconhecimento da posse indígena¹⁴⁸, conforme o parágrafo segundo, do artigo segundo do regulamento, que diz, que nas questões de terra indígenas deve entrar-se *“em accôrdo com os governos locaes, sempre que fôr necessario;”*.

E esse reconhecimento da posse nos estados federados continuou problemático visto que em 27 de julho de 1928, com o Decreto n. 5.484, afirma-se que nas terras devolutas dos estados se encontram ocupações de índios e determina que essas terras

¹⁴⁵ “Art. 2º A assistencia de que trata o art. 1º terá por objecto:

(...) 2º, garantir a efectividade da posse dos territorios occupados por indios e, conjunctamente, do que nelles se contiver, entrando em accôrdo com os governos locaes, sempre que fôr necessario;”

¹⁴⁶ “Art. 9º O governo providenciará para que nos territorios federaes os indios sejam mantidos na plenitude da posse dos terrenos pelos mesmos actualmente occupados.”

¹⁴⁷ SOUZA LIMA, Antonio Carlos de, *O governo dos índios sob a gestão do SPI*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 160; GAGLIARDI, nota 50 *supra*, pp. 229.

¹⁴⁸ “Art. 3º O Governo Federal, por intermedio do Ministerio da Agricultura, Industria e Commercio e sempre que fôr necessario, entrará em accôrdo com os governos dos Estados ou dos municipios:

(...) c) para que sejam cedidas aos Ministerio da Agricultura as terras devolutas que forem julgadas necessarias ás povoações indigenas ou á installação de centros agricolas.”

devem ser transferidas para a União, que poderá formar povoações indígenas com elas¹⁴⁹.

As terras assim protegidas seriam concedidas em usufruto aos índios, sendo lhes vedado o poder de vender as terras¹⁵⁰.

Para a efetiva proteção deveria haver a demarcação¹⁵¹. Se os índios já estivessem aldeados a poderiam requerer¹⁵²; se os índios fossem nômades não haveria demarcação de suas terras, mas se deveria levá-los a algum aldeamento, sem o uso da força¹⁵³.

Ao mesmo tempo em que existia essa proteção dever-se-iam criar centros agrícolas para a fixação de índios, que assim se tornariam trabalhadores rurais, ou seja, o objetivo era educar os índios para se tornarem mão de obra rural remunerada nesses centros agrícolas¹⁵⁴. E essa intenção se manteve durante todo funcionamento do SPI¹⁵⁵.

Enquanto o índio não estivesse nos centros agrícolas o Decreto de 1911 determinava, no seu parágrafo quarto do artigo segundo, que:

*“A assistencia de que trata o art. 1º terá por objecto : (...)
4º, fazer respeitar a organização interna das diversas tribus,
sua independencia, seus habitos e instituições, não
intervindo para alteral-os, sinão com brandura e*

¹⁴⁹ “Art. 10. O Governo Federal promoverá a cessão gratuita para o dominio da União das terras devolutas pertencentes aos Estados, que se acharem occupadas pelos indios, bem como a das terras da extintas aldeias, que foram transferidas ás antigas Provincias pela lei de 20 de outubro de 1887.”

§ 1º As terras cedidas serão delimitadas em zonas correspondentes á occupação legal já existente, sendo respeitada a posse dos indios, assim como o uso e gozo por elles das riquezas naturaes ahi encontradas.

§ 2º Respeitada essa posse, poderá o Governo Federal empregar as ditas terras para a fundação de povoações indígenas, ou qualquer outra fórmula de localização de indios.”

¹⁵⁰ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 6º Satisfeito o disposto nos artigos anteriores, o governo providenciará para que seja garantido aos indios o usufructo dos terrenos demarcados.

Art. 7º Os indios não poderão arrendar, alienar ou gravar com onus reaes as terras que lhes forem entregues pelo Governo Federal.”

¹⁵¹ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 4º Realizado o accôrdo, o Governo Federal mandará proceder medição e demarcação dos terrenos, levantar a respectiva planta com todas as indicações necessarias, assignalando as divisas com marcos ou padrões de pedra.”

¹⁵² Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 10. Si os indios, que estiverem actualmente aldeados, quizerem fixar-se nas terras que occupam, o governo providenciará de modo a lhes ser mantida a effectividade da posse adquirida.

Art. 11. As terras de que trata o artigo anterior serão medidas e demarcadas na fórmula do art. 4º.”

¹⁵³ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 14. A directoria, por intermedio dos inspectores, procurará, por meios brandos, attrahir os indios que viverem em estado nomade e prestará aos que se mantiverem em promiscuidade com civilizados a mesma assistencia que lhe cabe dispensar aos mais indios.”

¹⁵⁴ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 23. O Governo Federal, por intermedio do Ministerio da Agricultura, Industria e Commercio, e de conformidade com este regulamento, promoverá a installação de centros agrícolas, onde serão localizados os trabalhadores nacionaes que, por sua capacidade de trabalho e absoluta moralidade, possam merecer os favores consignados para esse fim.”

¹⁵⁵ Nesse sentido: RIBEIRO, Darcy, *The Social Integration of Indigenous Populations in Brazil*, in *International Labour Review*, v.85, 1962, p.459; SOUZA LIMA, nota 147 *supra*, p.159.

consultando sempre a vontade dos respectivos chefes;”

Mas, nos centros agrícolas que deveriam ser fundados em todos os estados federados¹⁵⁶, os índios não poderiam viver livremente e tinham que obedecer o regulamento para poderem ganhar os benefícios que existiam para quem morasse nos centros agrícolas.

Esses centros deveriam ter uma boa infraestrutura para permitir o desenvolvimento da agricultura na região, com escolas, oficinas, instrumentos de lavoura e animais reprodutores¹⁵⁷.

Aos trabalhadores dos centros, seria concedida a posse de lotes de terras para terem suas casas individuais¹⁵⁸. Depois, esses lotes de terra poderiam ser comprados pelos trabalhadores e no final do pagamento eles ganhavam a propriedade plena da terra, sendo que se o trabalhador tivesse uma boa conduta no centro agrícola poderia ter um desconto de 20% do valor do lote, que se poderia elevar a 30% nos caso em que a terra do lote estivesse cultivada com sucesso¹⁵⁹.

Para morar no centro agrícola havia algumas obrigações: o índio deveria levar sua família para morar junto com ele no seu novo lote de terra e deveria obedecer as regras do representante da diretoria do centro agrícola, entre outros¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 25. O governo promoverá, desde já, a fundação de um ou dous Centros Agrícolas, em cada um dos Estados, em que julgar conveniente, inclusive o Districto Federal, devendo sempre ser preferidas para esse fim zonas cortadas por estradas de ferro da União e que reünam os requisitos exigidos pelo artigo anterior.”

¹⁵⁷ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 33. O Governo Federal estabelecerá nos Centros Agrícolas escolas primárias com curso diurno e nocturno, officinas, campos de experiencia e de demonstração, com aprendizado agrícola, depositos de instrumentos de lavoura e de animaes reproductores mais adequados á zona: animaes de trabalho para serem utilizados pelos trabalhadores localizados durante os primeiros seis mezes de sua installação, a juizo do director do Centro: bem assim as installações necessarios para e beneficiamento dos productos da lavoura local.”

¹⁵⁸ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 37. A área destinada a cada Centro Agrícola será dividida em lotes ruraes de 20 a 50 hectares, nos quaes serão construidas casas destinadas aos trabalhadores nacionaes, de conformidade com o plano e as condições estabelecidas pela directoria do serviço e lotes urbanos com a área maxima de 5.000 metros quadrados, destinados á formação da futura povoação.”

¹⁵⁹ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 38. Os trabalhadores nacionaes poderão adquirir os lotes que lhes couberem, mediante pagamento immediato ou dentro do prazo de sete annos, a contar da data da sua installação no Centro, cabendo-lhes, conforme a hypothese, titulo definitivo ou provisorio da propriedade.

§ 1º O prazo fixado para o pagamento do lote poderá ser reduzido pelo adquirente, de modo a permittir-lhe mais prompta acquisição do titulo definitivo de propriedade, cabendo-lhe, no caso, o abatimento que fôr arbitrado pelo ministro da Agricultura, até o maximo de 20 %, de accôrdo com os seus habitos de trabalho e sua conducta.

§ 2º O abatimento a que se refere o paragrapho anterior, poderá ser elevado a 30 %, si, dentro de quatro annos, da data de sua installação, tiver o trabalhador cultivado com successo, a juizo do Governo, toda a área do seu lote, com reserva de 10 % do total das terras, que deverá ser conservada em mattas, de preferencia nas partes altas. ”

¹⁶⁰ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 44. O trabalhador nacional que estiver de incorporar-se a um Centro Agrícola obrigar-se-ha:

1º, a estabelecer-se, com sua familia, quando a tiver, no lote que lhe fôr designado pelo director do serviço e a

O governo deveria incentivar com prêmios os trabalhadores nacionais a morarem nos centros agrícolas¹⁶¹. Inclusive incentivando as famílias dos trabalhadores nacionais a terem mais filhos¹⁶².

Quando todos os lotes de terra de um centro agrícola fossem passados para a propriedade dos trabalhadores o centro poderia ser emancipado, deixando de ser regulado pelo decreto. Isso também poderia acontecer em outros centros, por discricionariedade da administração¹⁶³.

Deve frisar-se que esses trabalhadores, a quem o decreto chama de “*trabalhadores nacionaes*”, eram índios que haviam sido atraídos para morarem nos centros.

Portanto, deve entender-se a dinâmica do funcionamento do SPI da seguinte maneira: enquanto os índios vivessem segundo seu modo de vida, deveriam ser protegidos e assistidos e aos poucos atraídos e incentivados a morarem nos centros agrícolas. Morando nos centros, os índios deveriam deixar o seu modo de vida tradicional para se incorporarem aos demais trabalhadores do Brasil, contando para isso com incentivos¹⁶⁴.

Na questão de terras, enquanto o índio morasse conforme suas tradições era lhe garantido o usufruto da terra, mas somente poderia conseguir a propriedade plena de uma terra se morasse em um centro agrícola. Assim, na medida em que os índios optassem por morar nos centros agrícolas, suas terras originais ficavam abandonadas e perdendo a concessão do usufruto essa terra revertia para a propriedade plena do Estado.

cultival-o pessoalmente;

2º, a não crear animaes sinão em terrenos fechados, de accôrdo com instrucções que lhe forem dadas pelo director do centro;

3º, a não arrendar, vender ou hypothecar o lote e as respectivas bemfeitorias, nem fazer sobre elle proposta de venda ou qualquer contracto que o prive de cultivar livremente, até que obtenha o titulo definitivo de propriedade; não podendo vendel-o ou arrendal-o, mesmo depois de obtido o titulo definitivo, sinão a pessoas que reunam as condições do art. 32, a juizo do director do serviço e com approvação do ministro;

4º, a submetter-se ás regras providencias que lhe forem estabelecidas pelo representante da directoria a bem da ordem e da disciplina, quer em relação aos funcionarios do Centro Agricola, quer para com os seus proprios companheiros. ”

¹⁶¹ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 48. O Governo Federal procurará estimular os trabalhadores nacionaes, incorporados aos centros agricolas, concedendo premios de animação para certas culturas organizando exposições regionaes, etc.”

¹⁶² Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 49. As familias de trabalhadores, que tiverem filhos maiores de 14 annos, aptos para o trabalho agricola, poderá ser concedida, além do lote destinado ao respectivo chefe, a área de 12 hectares para cada um delles, com a approvação do ministro da Agricultura. ”

¹⁶³ Decreto n. 9.214. 15-12-1911: “Art. 54. A criação e emancipação de Centros Agricolas serão feitas por decretos.

§ 1º A emancipação de cada Centro terá logar quando houverem sido expedidos a todos os concessionarios de lotes os titulos definitivos de propriedade, ou antes disso, si fôr conveniente.

§ 2º Decretada a emancipação, observar-se-ha, em relação aos Centros Agricolas, o disposto nos arts. 228 e 230 do regulamento annexo ao decreto n. 9.081, de 3 de novembro de 1911. ”

¹⁶⁴ SOUZA LIMA, nota 147 *supra*, p.160.

Revelam bem esse planejamento os seguintes artigos, do Decreto n. 5.484 de 27 de junho de 1928:

“Art. 37. Até a passagem dos índios para o centro agrícola ou sua incorporação á sociedade civilizada, nos termos desta lei, são os inspectores, cada um na sua circumscrição encarregados da gestão dos bens que os ditos índios venham a possuir por doação ou qualquer outro meio: e, Como tal, apresentação, annualmente, á autoridade judiciaria competente as contas da mencionada gestão, para o necessario julgamento. (...)”

Art. 38. Desde que passe para centro agrícola ou se incorpore á sociedade civilizada, receberá o índio os bens que lhe pertençam individualmente, para que os possa livremente administrar.

Art. 39. No caso da collectividade (grupo, horda, tribu ou nação) passar na totalidade para centro agrícola ou ser incorporada á sociedade civilizada, far-se-ha entrega dos bens communs ao chefe respectivo; si, porém, uma parte da dita collectividade permanecer em povoação indígena ou posto do Serviço, ficará sob a gestão do inspector a quota que proporcionalmente caiba a essa parte.”

Também por esse Decreto ficou proibido o uso da força armada contra os índios¹⁶⁵. Foi com a guerra que se conquistaram muitas terras indígenas, então, proibido esse recurso, para se obter terras indígenas licitamente dever-se-ia atrair o índio para os centros agrícolas, e assim suas terras originais ficariam abandonadas e disponíveis.

Dentro desse contexto o Código Civil de 1916 determinou a capacidade relativa do índio que cessaria conforme sua integração¹⁶⁶. E com o Decreto 5.484 findou o a tutela

¹⁶⁵ Decreto n. 5.484. 27-06-1928 : “Art. 49. (...) § 1º Sob pretexto algum será licito a quaesquer autoridades promover ou effectuar expedição armada contra índios.” Destaca-se nesse assunto o esforço de Rondon que desde o tempo da instalação das linhas telegráficas defendia apenas o contato pacífico com os índios, cf. VIEIRA SÁ, Luiza, nota 141 *supra*, p. 143.

¹⁶⁶ “Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: (...) IV - os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.”

orfanológica do índio¹⁶⁷, entretanto, dependendo do grau de integração, o índio ficava sob a tutela do Estado¹⁶⁸.

Ressalta-se que apesar do objetivo assimilatório do SPI, é possível que sem sua proteção, com a interiorização da ocupação do Brasil durante a república, o índio fosse dizimado¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Decreto n. 5.484. 27-06-1928 : “Art. 1º Ficam emancipados da tutela orfanologica vigente todos os indios nascidos no territorio nacional, qualquer que seja o grão de civilização em que se encontrem.”

¹⁶⁸ Decreto n. 5.484. 27-06-1928 : “Art. 6º Os indios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o grão de adaptação de cada um, por intermedio dos inspectores do Serviço de Proteção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultado aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos indios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permittidos em direito. ”

¹⁶⁹ VIEIRA SÁ, Luiza, nota 141 *supra*, p. 163

II- A posse constitucional: proteção e restrição

Até a Constituição de 1934, nenhuma Constituição brasileira tratou sobre os direitos dos índios, que como vimos estavam disciplinados em legislação federal. Vejamos como se deu a introdução da questão indígena na esfera constitucional.

A. A constituinte de 1934

A Constituição de 1934 teve como base um anteprojeto, elaborado por uma comissão criada pelo Decreto n. 22.040 de primeiro de novembro de 1932. No anteprojeto não há artigo regulando os direitos indígenas¹⁷⁰.

Foi somente na comissão da Constituinte que uma emenda relacionada aos direitos dos índios seria apresentada e aprovada. É o constituinte Alvaro Maia que traz o assunto para a discussão, afirmando que os índios estiveram abandonados por 102 anos até o surgimento do Serviço do Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores rurais e afirma:

“(...) após tantos assassínios, tantos incêndios, tantas cobardias dos civilizados, ainda o possuímos como há quatro séculos. Procuremos corrigir o êrro. Já nos explicou o Sr. Assiz Brasil que errar é dos homens; perseverar nos êrros é dos bêstas. Deixemos de 'trucidar' o índio.”¹⁷¹

Defende, também, que é necessário distribuir o índio em lotes de terras, evitando que o índio fique isolado na selva para poder melhor civilizá-lo¹⁷². Na mesma ocasião diz que por esse motivo irá defender a emenda n. 1.193¹⁷³ à Constituição que se fundamenta no Decreto n. 5.484 de 1928, no que dispõe sobre a proteção da posse dos índios¹⁷⁴.

Em 12 de abril de 1934, Alvaro Maia diz que aceita as alterações na emenda n.1.193

¹⁷⁰ BARCELLOS, Milton, *Evolução Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933, pp. 391 e 423-463.

¹⁷¹ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte (1934)*, vol. 7, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935, sessão do dia 30 de janeiro de 1934, p.108.

¹⁷² Reafirma tal entendimento na sessão do dia 8 de fevereiro de 1934, *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte (1934)*, nota 171 *supra*, p.563.

¹⁷³ Emenda n.1.193: “A União, os Estados, ou os municípios respeitarão a posse dos indígenas sôbre as terras onde estiverem localizados, tudo nos têrmos da legislação federal sôbre o assunto.”

¹⁷⁴ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte (1934)*, nota 171 *supra*, p.108.

feitas pelo constituinte Leví Carneiro, mudando o número da emenda para 664¹⁷⁵. Depois explica que a ideia inicial da emenda partiu do Instituto Geográfico e Histórico, o qual justifica a necessidade da emenda por ter sido o índio espoliado de suas terras nos períodos colonial, imperial e mesmo na república, e que somente em 1910 a legislação mudou, mas não a prática. O Instituto também questiona porque não se pode fazer como a legislação dos Estados Unidos da América, afirmando que lá se repetiu a posse do índio e por fim afirmando a necessidade de civilizar o índio¹⁷⁶.

A maioria dos constituintes apoiou essas ideias e a emenda apresentada pelo senhor Alvaro Maio tornou-se o artigo 129 da Constituição aprovada.

Outra questão discutida na Constituinte foi a emenda n. 1.417¹⁷⁷, proposta por Pereira Lira, que determinava a competência exclusiva da União para legislar sobre a incorporação dos índios¹⁷⁸. Pereira Lira argumenta:

*“José Bonifácio teve ocasião de se referir ao problema dos selvícolas nacionais, sustentando que os antigos possuidores do território dessa pátria imensa, espoliados pelo imperialismo do comércio das Índias, no ciclo das grandes navegações, - tinham direito a uma proteção efetiva dos órgãos superiores da Nação.”*¹⁷⁹

O Constituinte Renato Barbosa apoia essa emenda e diz preferir o indígena civilizado ao imigrante estrangeiro:

*“(...) se temos uma população de mais de milhão de índios que podem ser civilizados e incorporados á nacionalidade, se possuímos êsse número considerável de brasileiros vivendo na selva, sem conhecer o conforto nem a alegria do trabalho, por que não havemos de, (...), limitar a colonização estrangeira(...)?”*¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Emenda n. 664: “Será respeitada a posse de terras por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

¹⁷⁶ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte (1934)*, vol. 14, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, sessão do dia 12 de abril de 1934, pp. 395-403.

¹⁷⁷ Emenda n. 1.417: “Compete privativamente á União legislar sôbre a incorporação do selvícola á comunhão nacional”.

¹⁷⁸ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte (1934)*, vol. 20, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, sessão do dia 9 de maio de 1934, pp. 238 e 239.

¹⁷⁹ *idem*.

¹⁸⁰ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte (1934)*, vol. 16, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936,

Assim a emenda é aprovada¹⁸¹ passando a ser a letra m, do inciso XIX do artigo quinto da Constituição de 1934.

B. Proteção constitucional da posse indígena

Assim, somente em 1934 a posse indígena torna-se protegida, passando a ser tratada diferentemente das terras devolutas, pois na Constituição de 1934 se reconhece a posse dos índios e se prescreve o seu respeito¹⁸². Assim mesmo se os índios estivessem em terras devolutas, a sua posse permanente lhes garantiria a conservação da terra.

Entretanto, mesmo com essa proteção constitucional, esse entendimento vai precisar ser confirmado e explicitado pelo artigo terceiro do Decreto n. 736 de 6 de abril de 1936¹⁸³, que diz que as posses indígenas não podem ser tratadas como se fossem terras devolutas¹⁸⁴.

Ao mesmo tempo, a propriedade delas permanece com a União ou com o Estado membro, dependendo de quem pertencer a terra devoluta em que se encontram os índios.

Outro ponto importante na proteção constitucional de 1934 é a qualificação da posse indígena como permanente, ou seja, a posse protegida não abrange todas as terras que os índios usam para manter seu modo de vida original, mas somente aquelas necessárias para morar e manter uma mínima subsistência, isto é, as que fossem ocupadas constantemente. Isso ocorre porque ainda não se protegia o modo de vida tradicional do índio. Seu modo de vida era apenas entendido como um período de transição até que adquirisse o modo de vida do não-índio e, assim, ocuparia a terra sem deixar grandes vazios, ocupando de forma densa como fazem os não-índios¹⁸⁵. Uma exceção que não substituiu esse esquema geral de distribuição de terras aos índios foi o Parque do Xingu criado em 1961, a área reservada se estendia por uma imensa porção de terra,

sessão do dia 5 de maio de 1934, p. 399.

¹⁸¹ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte (1934)*, nota 178 supra, p.240.

¹⁸² “Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem, permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

¹⁸³ “Art. 3º O Serviço de Protecção aos indios promoverá os actos mais convenientes:

a) para impedir que as terras habitadas pelos selvicolas sejam tratadas como se devolutas fossem, demarcando-as, fazendo respeitar, garantir, reconhecer e legalizar a posse. dos indios, já pelos Governos Estadoaes ou Municipaes, já pelos particulares; (...).”

¹⁸⁴ Apesar desses esclarecimentos legais, ainda hoje existe polêmica para se distinguir terras devolutas de terras indígenas, nesse sentido: STF, 1ª Turma, RMS 22021/PA, Relator: Min. Ilmar Galvão 18/04/1995; STF, Plenário, Pet-AgR 3755/RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, 21/02/2008.

¹⁸⁵ GARFIELD, Seth, *The Roots of a Plant That Today Is Brazil: Indians and the Nation-State under the Brazilian Estado Novo*, in *Journal of Latin American Studies*, vol. 29, n. 3, 1997, p. 752.

possibilitando-se a preservação da fauna e flora, além de ser um espaço em que os índios pudessem viver conforme seu modo de vida original¹⁸⁶. Ressalte-se, contudo, que no parque foram reunidas tribos indígenas que não se localizavam na região, o que permitia que suas ocupações originais fossem distribuídas para não-índios. De fato, quando da criação do parque seu perímetro era rodeado por florestas e hoje seus limites estão desmatados e ocupados por fazendas¹⁸⁷.

O SPI continua funcionando, sendo regulado pelo Decreto n. 736 de 6 de abril de 1936. A novidade que esse decreto traz é determinar que sejam criados postos¹⁸⁸ nas aldeias para organizar a assistência aos índios, além de atrair índios nômades¹⁸⁹. E continua-se o método de conseguir a cooperação dos índios por meio de incentivos e premiações:

“Art. 20. Nos Postos de Assistencia, Nacionalização e Educação os indios aprenderão a trabalhar sem contrangimento, sendo levados a isto, por conselhos, premios, demonstrações e outros meios suasorios.”

A incorporação dos índios, segundo o Decreto n.736, seguiria ensinamentos que são assim classificados

“Art. 7º As medidas e ensinamentos a que se refere a letra b do art. 1º, têm por fim a incorporação dos indios à sociedade brasileira, economicamente productivos, independentes e educados para o cumprimento de todos os deveres civicos; e podem ser assim classificados:

- a) medidas e ensinos de natureza higienica;*
- b) escolas primarias e profissionaes;*
- c) exercicios phisicos em geral e especialmente os militares;*

¹⁸⁶ SOUZA LIMA, nota 147 *supra*, p.168.

¹⁸⁷ FRANCHETTO, Bruna, *O aparecimento dos caraíba – Para uma história kuikuro e alto xinguana*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.352 e 353.

¹⁸⁸ Decreto n. 736. 06-04-1936: “Art. 17. Os Postos Indigenas são órgãos do Serviço de Protecção aos Indios em immediato contacto com os aborigenes, agindo directamente sobre elles; e classificam-se em:

- a) Postos de Attracção, Vigilancia e Pacificação;
- b) Postos de Assistencia, Nacionalização e Educação.”

¹⁸⁹ Decreto n. 736. 06-04-1936: “Art. 5º Nas zonas habitadas por indios serão installados Postos que além do amparo e mais funcções consignadas neste o no seguinte Capitulo, procurarão especialmente, por meios brandos, attrahir os indios que viverem em estado nomade, pacificador os que se mantiverem hostis, reeducar os habituados ao nomadismo pelas cidades e povoados e nacionalizar os indios em geral, especialmente os das regiões de fronteiras.”

d) educação moral e civica;

e) ensinios de applicação agricola ou pecuaria;”

Os índios poderiam se instalar em núcleos agrícolas, mas não poderiam vender os lotes que lhes fossem gratuitamente distribuídos.¹⁹⁰

Na Constituição de 1937¹⁹¹ e de 1946¹⁹² a situação permanece a mesma da Constituição de 1934. De fato na constituinte de 1946 é novamente Alvaro Maia quem defende a manutenção do artigo de proteção constitucional da posse indígena, propondo revigorar o artigo da Constituição de 1934 de proteção aos índios, que foi repetido na Constituição de 1937. Alvaro Maia defende que a proteção da posse se dá para a incorporação dos índios à “civilização brasileira”, além de ser importante para a questão da demarcação das fronteiras brasileiras¹⁹³.

Inicialmente a proposta para o artigo era a seguinte:

“Será respeitada aos selvícolas a posse de terras que lhes tenham sido reservadas e também daquelas em que se acham localizados, e sejam necessárias à sua manutenção de acôrdo com as respectivas condições do estado social, sendo-lhes, porém, vedado, em qualquer caso, a alienação das mesmas¹⁹⁴.”

Alvaro Maia também relata em seu discurso, o problema de se considerar devolutas as terras ocupadas por índios, tendo em vista que coube aos estados membros a distribuição ou demarcação das suas terras devolutas. E isso levou a uma grande tragédia, pois para o constituinte a distribuição das terras devolutas favoreceu os latifundiários. E para defender a aprovação do artigo lembra que já sugeriram que se eliminasse o selvagem da população brasileira, sendo que a maior responsabilidade pelo extermínio dos índios é das populações atuais. Em apertes os constituintes Leopoldo Peres e Pereira da Silva concordam com o discurso. Além disso, Alvaro Maia defende que *“o índio precisa ser incorporado por elementos materiais, precisa ser localizado e distribuído em núcleos e*

¹⁹⁰ Decreto n. 736. 06-04-1936: “Art. 11. Os indios que se quizerem installar em nucleos agricolas fundados pelo Governo Federal, não poderão alienar os lotes que lhes forem gratuitamente distribuidos. ”

¹⁹¹ “Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”

¹⁹² “Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

¹⁹³ *Anais da Assembléia Constituinte (1946)*, vol.IX, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, sessão n.64, 16 de maio de 1946, p.215.

¹⁹⁴ *idem*.

entre as massas trabalhistas brasileiras”¹⁹⁵.

O artigo vai sofrendo alterações até receber a emenda 408 do constituinte Alves Palma nos seguintes termos: “*será respeitada a posse de terras de Silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sob a condição de não as transmitirem*”. Justifica a alteração pelo motivo de que para ele apenas a propriedade se aliena e no caso trata-se de posse, que é um fato que não se aliena, mas se transmite. A emenda é aprovada e se torna o artigo 216 da Constituição de 1946¹⁹⁶.

Para José Duarte, o artigo 216 da constituição de 1946 foi proposto por Arthur Bernades, continuando a intenção do passado de uma proteção aos índios, enquanto não puderem ser incorporados a comunidade dita civilizada¹⁹⁷.

Destaca-se também que o constituinte Abílio Fernandes propõe artigo em que o processo referente à aquisição de terras devolutas só poderia receber homologação, por parte dos governadores dos Estados e Territórios, com parecer do Serviço Nacional de Proteção aos Índios, de que as ditas terras não são de índios. A proposta conta com apoio do constituinte Carlos Prestes. Para Prestes tal procedimento se faz necessário pois as terras indígenas geralmente são indevidamente apropriadas e depois quando o SPI quer trazê-las de novo ao poder dos selvícolas, é muito mais difícil do que se previamente essa aquisição não tivesse sido permitida. Entretanto para o constituinte Costa Neto já bastava para isso a proteção do artigo que garante a posse dos silvícolas permanentemente localizados, sendo desnecessário outro artigo sobre o assunto. Na votação essa proposta é rejeitada¹⁹⁸.

¹⁹⁵ *ibidem*, p.216.

¹⁹⁶ *Anais da Assembléia Constituinte (1946)*, vol.XXV, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1951, Sessão 173 (extraordinária), 12 de setembro de 1946, p.346.

¹⁹⁷ DUARTE, José, *A Constituição brasileira de 1946*, vol. 3, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p.431.

¹⁹⁸ *Anais da Assembléia Constituinte (1946)*, vol.XXIV, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1950, Sessão 162, 5 de setembro de 1946, pp.217 e 218.

III- Centralização do sistema: internacionalização e fechamento

Em 14 de julho de 1966, pelo Decreto 58.824, o Brasil ratifica a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Segundo suas disposições, os Estados devem ter como responsabilidade proteger as populações indígenas e progressivamente integrá-las a vida do respectivo país¹⁹⁹; para isso se deve reconhecer o direito de propriedade dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam²⁰⁰.

Por essa Convenção reconhece-se o direito que essa população tem de não ser retirada de sua terra à força, exceptuadas as razões de segurança nacional, desenvolvimento econômico ou por razões de saúde, sendo que as populações removidas seriam materialmente compensadas²⁰¹.

Ainda pelo seu artigo 13, devem ser reconhecidos os costumes das populações indígenas no que se refere à transmissão de propriedade, apenas não se permitindo transmissões que prejudiquem a economia e o desenvolvimento social dessas populações²⁰². E por fim determina que os programas governamentais de desenvolvimento agrário auxiliem os índios de maneira equivalente à outras populações nacionais²⁰³.

¹⁹⁹ “Artigo 2º (1) Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.”

²⁰⁰ “Artigo 11 O direito de propriedade, coletivo ou individual será reconhecido aos membros das populações interessadas sôbre as terras que ocupem tradicionalmente.”

²⁰¹ “Artigo 12 (1) As populações interessadas não deverão ser deslocadas de seus territórios habituais sem seu livre consentimento, a não ser de conformidade com a legislação nacional por motivos que visem à segurança nacional, no interêsse do desenvolvimento econômico do país ou no interêsse da saúde de tais populações.

(2) Quando, em tais casos, se impuser um deslocamento a título excepcional, os interessados receberão terras de qualidade ao menos igual à das que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades atuais e assegurar seu desenvolvimento futuro. Quando houver possibilidade de encontrar outra ocupação ou os interessados preferirem receber uma indenização em espécie ou em dinheiro, serão assim indenizados com as devidas garantias.

(3) As pessoas assim deslocadas deverão ser integralmente indenizadas por tôda perda ou dano por elas sofrido em consequência de tal deslocamento.”

²⁰² “Artigo 13 (1) As modalidades de transmissão dos direitos de propriedade e de disposições das terras, consagradas pelos costumes das populações interessadas, serão respeitadas no quadro da legislação nacional, na medida em que atendam às necessidades de tais populações e não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social.

(2) Serão tomadas medidas para evitar que pessoas estranhas a essas populações possam prevalecer-se de seus costumes ou da ignorância dos interessados em relação a lei, com o objetivo de adquirir a propriedade ou o uso de terras pertencentes a essas populações.”

²⁰³ “Artigo 14 Programas agrários nacionais deverão garantir às populações interessadas condições equivalentes às de que se beneficiam os demais setores da comunidade nacional, no que respeita:

(a) à concessão de terras suplementares quando as terras de que tais populações disponham sejam insuficientes para lhes assegurar os elementos de uma existência normal ou para fazer face a seu crescimento demográfico.

(b) à concessão dos meios necessários ao aproveitamento das terras já possuídas por tais populações.”

Como veremos, algumas dessas disposições foram incorporadas na legislação interna brasileira, destacando-se a questão da integração e da possibilidade de remoção de índios de suas terras por interesse nacional.

Contudo, antes disso se resolveu em definitivo a antiga confusão de se saber se as terras indígenas eram da União ou dos estados federados²⁰⁴. Pois, com a Constituição de 1967 determinou-se que as terras ocupadas por indígenas são do domínio da União²⁰⁵.

As primeiras constituições da República não trataram da matéria do usufruto, apenas garantindo a posse da terra aos índios. Assim foi a Constituição de 1967 que pela primeira vez, em nível constitucional, definiu que os índios eram usufrutuários das terras que ocupam²⁰⁶.

A. A FUNAI e o Estatuto do Índio

O SPI foi alvo de severas críticas na década de 60, sendo que em 20 de março foi instituída uma comissão de inquérito no Congresso Nacional, para apurar irregularidades do SPI. A criação dessa comissão se justificou devido às denúncias do Diretor Chefe de Serviço do SPI, Cel. Moacyr Ribeiro Coelho, de que terras indígenas estavam sendo arrendadas, gerando uma receita não declarada pelo SPI, entre outras²⁰⁷.

A comissão de inquérito parlamentar deveria apurar as condições de vida dos índios e as medidas de assistência estatal visando sua incorporação à nação:

“A Comissão Parlamentar de Inquérito sobre as Condições de Vida dos Silvícolas verificará as causas de mortalidade

²⁰⁴ De fato antes da Constituição de 1967 o Supremo Tribunal Federal entendeu que os estados membros eram competentes para decidirem questões sobre terras indígenas localizadas no seu território, por exemplo STF RE18.621/SP, Relator: Min. Hahnemann Guimarães, 21/12/1951. E depois da Constituição de 1967 o STF teve que por diversas vezes afirmar a mudança da competência nessa questão para a União: STF RE 183.188-0/MS, Relator: Min. Celso de Mello, 10/12/96; STF, 2a Turma, RE 270.379, Rel. Min. Maurício Corrêa, 17/4/2001; STF, RE 416.144-3/MT, Relatora: Min. Ellen Gracie, 10/08/2004; STF, Plenário, Rcl 2833/RR, Relator: Min. Carlos Britto, 14/04/2005; STF, Plenário, Rcl-AgR 3205/SC, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22/11/2007.

²⁰⁵ “Art. 4º Incluem-se entre os bens da União: (...) IV - as terras ocupadas pelos silvícolas”: Logo após a entrada em vigor da Constituição de 1967 o Supremo Tribunal Federal reconheceu o domínio da União sobre essas terras, o que por sua vez levou a uma maior proteção das terras indígenas, nesse sentido STF MS16.443/DF, Relator: Min. Raphael de Barros Monteiro, 09/12/1967; STF AC9.620/MT, Relator: Min. Amaral Santos, 27/03/1969; Mesmo depois da Constituição de 1988 o Supremo teve que continuar a reafirmar o domínio da União sobre as terras indígenas: STF, 1a Turma, RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, 10/12/96.

²⁰⁶ “Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”

²⁰⁷ Resolução n.1. 20-03-1963, in *Diário do Congresso Nacional*, 28 de março de 1963, p. 944.

mais freqüentes entre os índios e os meios de combatê-las, as condições econômicas e sociais em que êles se organizam e os recursos para melhorá-las, seus usos e costumes, a aplicação das verbas do Serviço de Proteção aos Índios e de outras repartições federais direta ou indiretamente relacionadas com a assistência estatal aos nativos, a eficácia dessa assistência e outros fatos correlatos. Investigará especialmente as notícias das práticas de antropofagia entre os índios verificando as medidas que tenham sido ou possam ser adotadas para extinguir tais práticas.”²⁰⁸

Assim até mesmo práticas de antropofagia seriam investigadas.

Em 1965 foram apresentadas as conclusões dessa comissão, que constatou graves irregularidades no SPI, confirmando as denúncias que deram origem à comissão:

“II - dessas irregularidades resultaram sérios prejuízos ao índio, quanto à sua integração à comunidade nacional, e ao seu patrimônio;

III - ficou evidenciada a prática de delitos contra a Fazenda Nacional e o Patrimônio Indígena;

*IV - ficou positivado, ainda, o abandono sob o aspecto social em que se encontra o índio e a precária ou quase nula assistência médico-sanitária, educacional e técnico-agrícola par parte do SPI, através dos diferentes postos, em contraste com o trabalho desenvolvido pelas missões religiosas visitadas;”*²⁰⁹

E a comissão recomendou, entre outras, a reformulação da organização administrativa do SPI.

Assim, no dia 5 de dezembro de 1967, pela Lei n. 5.371, autorizou-se a instituição da Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Essa nova organização foi criada para substituir o SPI²¹⁰, e entre suas funções continuava a assistência às aldeias com a progressiva

²⁰⁸ Resolução da Câmara dos Deputados n. 5. 18-03-1963, in *Diário do Congresso Nacional*, seção 1, dia 27 de abril de 1963, p. 1801.

²⁰⁹ Resolução da Câmara dos Deputados n. 142. 13-07-1965, in *Diário do Congresso Nacional*, seção 1, dia 14 de julho de 1965, p. 5693.

²¹⁰ Lei n. 5.371. 05-12-1967: “Art. 6º Instituída a Fundação, ficarão automaticamente extintos o Serviço de

integração do índio²¹¹. A atuação da FUNAI foi no sentido de que com a integração as aldeias se tornassem economicamente autônomas de ajuda financeira do governo federal²¹².

Com essa nova organização deveria vir um novo regulamento que viria a ser o Estatuto do índio. Assim, o projeto desse Estatuto é discutido na Câmara dos Deputados, do ano de 1970 até 1973. O projeto é apresentado para os deputados em 26 de outubro de 1970, acompanhado de uma exposição de motivos assinada por Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça, e José Costa Cavalcanti, Ministro do Interior²¹³.

Nessa exposição de motivos, os Ministros, explicam que o projeto foi elaborado pelo Ministro Themístocles Cavalcanti e que deveria estabelecer normas para a preservação dos usos e costumes dos índios, para a assistência deles e, ao mesmo tempo, a “*sua integração na comunidade nacional*”²¹⁴.

Os Ministros classificam os índios em dois grupos: aqueles em processo de integração e aqueles que ainda não iniciaram esse processo²¹⁵.

A origem do projeto se deu em estudos de direito comparado, principalmente do direito dos Estados Unidos da América. Além disso três documentos serviram de base para Proteção aos Índios (SPI), o Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI) e o Parque Nacional do Xingu (PNX).”

²¹¹ Lei n. 5.371. 05-12-1967: “Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada “Fundação Nacional do Índio”, com as seguintes finalidades:

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

- a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais;
- b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;
- c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional;
- d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

VII - exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.”

²¹² Para LOPES DA SILVA, nota 42 *supra*, p.376, a atuação da FUNAI não atingiu seus objetivos, visto que com a interferência no modo de vida dos índios as aldeias se tornaram mais fragmentadas, mais dependentes e mais controladas pelo governo.

²¹³ *Anais da Câmara dos Deputados*, vol. 15, Brasília, 1970, sessão do dia 26 de outubro de 1970, pp. 166-170.

²¹⁴ *ibidem*, p. 166.

²¹⁵ *idem*.

o projeto: o Decreto n. 5.484 de 1928, a Convenção n. 107 de OIT e a Lei que criou a FUNAI²¹⁶.

Quanto à questão das terras indígenas os Ministros explicam:

“O critério de fixação do índios ao solo é o da posse da terra, não nos termos da legislação civil, mas de acordo com os seus usos e costumes e as necessidades de sua subsistência. (...) Faculta o projeto, em caráter excepcional e com tôdas as cautelas, a intervenção ou desocupação pela União de áreas ocupadas pelos silvícolas, para atender a interesses nacionais e dos próprios indígenas.

Essa intervenção, cercada sempre de reservas e garantias, com objetivos específicos, justifica-se pela posição da União, como titular do domínio direto e eminente, de que resultam os poderes de polícia e de jurisdição. Deve, contudo, realizar-se por meios suasórios, respeitando a tranqüilidade, o direito à vida e ao uso dos bens pelos indígenas.”²¹⁷

Para os Ministros os índios deveriam ser preservados na posse das terras que necessitam para sua subsistência, no entanto por interesses nacionais os índios poderiam ser removidos de suas ocupações, o que se justificaria por essas terras serem do domínio da União.

Na Câmara dos Deputados o deputado Nina Ribeiro defende o projeto dizendo:

“O Brasil respeita ainda o processo natural, a própria civilização indígena.

Acreditamos – e aí estão os parques nacionais para bem expressar isto – acreditamos também seja o índio mais feliz no estado em que se encontra do que incorporado de maneira forçada, coacta, ao nosso grau de civilização. Vamos dar-lhe oportunidade para que ele possa integrar o processo de desenvolvimento da civilização brasileira, por certo. Mas não vamos forçá-lo a isto, porque seu tipo de

²¹⁶ *ibidem*, pp. 167 e 168.

²¹⁷ *ibidem*, p. 169.

civilização não é necessariamente inferior ao nosso.”²¹⁸

Portanto, há um reconhecimento do valor da civilização indígena, que se reflete no texto do projeto.

O projeto também passa pelo Senado com parecer do Senador José Augusto²¹⁹. E é finalmente aprovado na Câmara dos Deputados na sessão do dia 3 de dezembro de 1973²²⁰.

O Estatuto do Índio aprovado é a Lei federal número 6.001, promulgada em 19 de dezembro de 1973. O Estatuto expressamente declara no seu artigo primeiro a intenção de progressivamente aculturar os índios²²¹. No seu artigo 22 repete que os índios são usufrutuários das terras que ocupam²²². Também nas áreas reservadas aos índios se lhes concede o usufruto²²³. Ainda haveria colônias agrícolas²²⁴, onde viveriam tribos aculturadas²²⁵

Quanto aos aldeamentos abandonados, já o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 determinou que se incluíssem entre os bens da União os terrenos dos extintos aldeamentos de índios, que não tivessem passado, legalmente, para, o domínio dos Estados, Municípios ou particulares. Semelhante prescrição também está no Estatuto do Índio de 1973²²⁶.

O Estatuto permitia, inclusive, que índios, individual ou coletivamente, requeressem emancipação do regime tutelar que estavam submetidos, cessando toda restrição à sua capacidade jurídica²²⁷.

²¹⁸ *Anais da Câmara dos Deputados*, vol. 3, Brasília, 1973, sessão do dia 05 de abril de 1973, p. 368.

²¹⁹ *Anais da Câmara dos Deputados*, vol. 27, Brasília, 1973, sessão do dia 26 de novembro de 1973, p. 440.

²²⁰ *Anais da Câmara dos Deputados*, vol. 29, Brasília, 1973, sessão do dia 03 de dezembro de 1973, p. 194.

²²¹ “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.”

²²² “Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.”

²²³ “Art. 26. A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.”

²²⁴ Ressaltasse que pelo Decreto-Lei nº 2.009, de 9 de Fevereiro de 1940, os centros agrícolas passaram a ser chamados núcleos coloniais: “Art. 45. Os atuais centros agrícolas passam a denominar-se núcleos coloniais.”

²²⁵ “Art. 29. Colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.”

²²⁶ “Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União.”

²²⁷ “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.

Outra inovação trazida pelo Estatuto foi a determinação de que o processo demarcatório de terras indígenas não seria requisito prévio para a proteção das terras ocupadas por índios²²⁸.

Mas a maior mudança que o Estatuto traz, como já apontado na sua exposição de motivos, foi a previsão de situações em que o Estado poderia intervir e remover tribos indígenas de suas terras. A intervenção poderia ocorrer para a defesa da segurança nacional, para a construção de obras públicas, para a exploração de riquezas do subsolo, entre outros²²⁹.

Assim, embora o Estatuto trouxesse maior proteção às terras indígenas, havia permissão para o deslocamento de tribos de suas ocupações originais, quando necessárias

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.”

²²⁸ “Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República. “

²²⁹ “Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

§ 1º A intervenção poderá ser decretada:

- a) para pôr termo à luta entre grupos tribais;
- b) para combater graves surtos epidêmicos, que possam acarretar o extermínio da comunidade indígena, ou qualquer mal que ponha em risco a integridade do silvícola ou do grupo tribal;
- c) por imposição da segurança nacional;
- d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional;
- e) para reprimir a turbação ou esbulho em larga escala;
- f) para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional.

§ 2º A intervenção executar-se-á nas condições estipuladas no decreto e sempre por meios suasórios, dela podendo resultar, segundo a gravidade do fato, uma ou algumas das medidas seguintes:

- a) contenção de hostilidades, evitando-se o emprego de força contra os índios;
- b) deslocamento temporário de grupos tribais de uma para outra área;
- c) remoção de grupos tribais de uma para outra área.

§ 3º Somente caberá a remoção de grupo tribal quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas.

§ 4º A comunidade indígena removida será integralmente ressarcida dos prejuízos decorrentes da remoção.

§ 5º O ato de intervenção terá a assistência direta do órgão federal que exercita a tutela do índio.”

para o Estado²³⁰.

Cabe ainda destacar que o Estatuto do índio reafirmou o que a Emenda Constitucional n. 01 de 1969, que substituiu a Constituição de 1967, determinou, como se pode perceber na comparação dos parágrafos do artigo 198 da Constituição de 1969²³¹ e do artigo 63 do Estatuto do índio²³².

B. Estradas em terras indígenas

O governo brasileiro usou os poderes previstos no Estatuto do Índio para dispor das terras indígenas, como bem se ilustra pela construção de estradas visando à integração nacional.

O último governo militar brasileiro iniciado em 1964, adotando uma política de “*segurança nacional*” com a conseqüente ocupação e integração dos “*vazios demográficos*”, implementou planos de construção de estradas por todo o Brasil, inclusive em terras indígenas²³³.

Essas construções trouxeram problemas graves para as populações indígenas, pois além do deslocamento das tribos de suas ocupações originais²³⁴, também havia

²³⁰ ANDERSON, Samara D. *Colonialism continues: a comparative analysis of the United States and Brazil's exploitation of indigenous peoples' forest resources*, in Vermont Law Review, vol. 27, 2002-2003, p.989; WILLIAMS, Suzanne *Land Rights and the Manipulation of Identity: Official Indian Policy in Brazil*, in Journal of Latin American Studies, vol. 15, n. 1, 1983, p. 160.

²³¹ “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 tôdas as utilidades 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.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”

²³² “Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

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

§ 2º Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas conseqüências econômicas.

§ 3º Em caráter excepcional e a juízo exclusivo do dirigente do órgão de assistência ao índio, será permitida a continuação, por prazo razoável dos efeitos dos contratos de arrendamento em vigor na data desta Lei, desde que a sua extinção acarrete graves conseqüências sociais.”

²³³ VARGA, István van Deursen, *A insustentável leveza do estado: devastação, genocídio, doenças e miséria nas fronteiras contemporâneas da Amazônia, no Maranhão*, in Acta Amazonica, v. 38, n. 1, 2008, p. 94; LOPES DA SILVA, nota 42 *supra*, p. 374.

²³⁴ PARAÍSO, nota 33 *supra*, p.422, narra a atuação da FUNAI em 1971 no sentido de retirar à força os índios Krenak de suas ocupações para uma fazenda doada pelo Estado, apenas em 1980 após constantes pressões

desdobramentos, visto que as novas estradas atraíram uma nova colonização que foi incontrolada, como no caso dos garimpeiros particulares.

Entre as consequências dessa colonização, os índios perderam recursos alimentícios naturais e foram expostos a novas doenças, inclusive venéreas. Essa colonização levou os índios às práticas do consumo de bebidas alcoólicas, do uso de drogas e da prostituição. E em um curto espaço de tempo muitos índios pararam de praticar seus costumes de caça e uso de plantas medicinais²³⁵.

Dentre os projetos desenvolvidos pela ditadura brasileira destaca-se o projeto Calha Norte, que foi realizado em terras indígenas sem se consultar os indígenas que habitavam na região. O projeto visou a construção de estradas, ferrovias, hidroelétricas, instalações militares e civis. E a infraestrutura que projetos como o Calha Norte trouxeram facilitou a colonização da região por não-índios²³⁶. Destaca-se que havia também a intenção de que tais projetos facilitassem a integração dos índios²³⁷.

Uma das realizações do projeto Calha Norte foi a construção da BR-210. Seu impacto foi tão extremo e devastador para as populações indígenas que em 1985 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou a resolução 12/85 em que verificou, por documentos e testemunhos, que em 1973 por causa da construção da rodovia, que atravessou o território dos índios Yanomami, os índios foram obrigados a abandonar suas ocupações originais e buscar refúgio em outros lugares, o que foi agravado pela descoberta de depósito de minerais também nas terras desses índios. Além disso, verificou-se que muitos índios começaram a praticar a mendicância e a prostituição²³⁸.

A Comissão Interamericana tomou resolução reconhecendo a existência, no direito

dos índios e o apoio de organizações não-governamentais os Krenak conseguiram voltar a ocupar suas terras de origem, atualmente a FUNAI luta pela restituição total das terras dos Krenak.

²³⁵ WATSON, Fiona, *A view from the forest floor: the impact of logging on indigenous peoples in Brazil*, in *Botanical Journal of the Linnean Society*, v. 122, 1996, pp.75-77; ANDUJAR, Claudia, *Brasil: vida y tierras yanomami en peligro*, in *Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)*, v. 5, n.1/2, 1985, pp. 108 e 118; BUCHILLET, Dominique, *Brasil: Situación de los indios Tukano*, in *Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)*, v. 6, n.1/2, 1986, pp. 53-61; SARGENT, Laurie, *The indigenous peoples of Bolivia's amazon basin region and ILO Conventio No. 169: real rights or rhetoric?*, in *Inter-American Law Review*, v. 29, n. 3, 1997-1998, p. 475.

²³⁶ LAZARIN, Marco Antonio, *Brasil: Yanomami, proyecto calha norte y garimpos: dos facetas de una misma invasion*, in *Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)*, v. 8, n.1/2, 1988, pp. 27, 30 e 35.

²³⁷ MOORE, Sara Gavney, LEMOS Maria Carmen, *Indigenous Policy in Brazil: The Development of Decree 1775 and the Proposed Raposa Serra do Sol Reserve, Roraima, Brazil*, in *Human Rights Quarterly*, v.21, 1999 p.448.

²³⁸ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Resoluciones Relativas a Casos Individuales, Resolucion n° 12/85, Caso n° 7615 (BRASIL)*, 5 de março de 1985, in OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1, 1985.

internacional, de uma proteção especial para grupos indígenas como os Yanomami, e que o Brasil deveria adotar medidas para evitar que ações como essa se repetissem, e que em eventos como esse surgia uma responsabilidade do Estado brasileiro pela omissão de não haver adotado medidas oportunas e eficazes para proteger os direitos humanos dos Yanomami²³⁹.

Similares fatos ocorreram na construção da estrada transamazônica²⁴⁰.

Destaca-se que instalações militares, como pistas de aterrissagem de aviões, são usados pelos garimpeiros para iniciarem suas ações em regiões com pouco acesso como as terras indígenas²⁴¹. Nesse sentido, por exemplo, houve intervenção pelo Decreto n. 80.038, de 28 de julho de 1977, em faixa de terra no Parque Indígena do Araguaia, Ilha do Bananal, destinado à melhoria da infraestrutura do Aeródromo Santa Isabel do Morro. Havia, também, intervenções para a atração e pacificação de índios, como é exemplo o Decreto n. 88.018, de 4 de Janeiro de 1983, nos municípios de Prainha e Porto de Moz, no Pará.

Ainda, dentro desse espírito, em 1977, o governo começou uma campanha para estimular a emancipação de índios, visando a liberação de terras das comunidades emancipadas²⁴². De fato, em 1978, no final do governo de Geisel criou-se um projeto para emancipar os índios da tutela do Estado, cujo principal defensor era o então ministro do Estado, Maurício Rangel Reis, que prometia que até o ano 2000 todos os índios estariam emancipados e integrados à sociedade civil, sem necessitar mais de proteção especial do Estado²⁴³. O projeto não se concretizou sofrendo uma grande contestação por parte de antropólogos e indigenistas, que caracterizaram o projeto como a “*falsa emancipação dos índios*”²⁴⁴.

²³⁹ MACKAY, Fergus, *Guide to indigenous peoples' rights in the Inter-American Human Rights System*, Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), 2002.

²⁴⁰ *Brasil: Carreteras Genocidas*, in Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), v. 3, n. 2, 1983, p.16; WILLIAMS, Suzanne, nota 230 *supra*, p. 145.

²⁴¹ RAMOS, Alcida Rita, *Tierra y supervivencia cultural yanomami*, in Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), n. 1, 1991, p. 13.

²⁴² MELATTI, Julio Cesar, *Índios do Brasil*. São Paulo: editora USP, 2007, p. 272.

²⁴³ VALLE EVANGELISTA, Carlos Augusto, *Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988*, Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-graduação em História Social, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Orientador: Marcos Luiz Bretas da Fonseca, Rio de Janeiro, 2004, p. 16.

²⁴⁴ FANNY, Ricardo, *O Conselho Indigenista Missionário (CIMI)*, in Cadernos do ISER, n.10, 1980, p. 1-25.

IV- Abertura: Manutenções e inovações

A. Contexto Histórico

O final da década de 80 e início dos anos 90 marcaram grandes mudanças, não só no Brasil mas no mundo. Com o fim da União Soviética, a atuação da Organização das Nações Unidas ganhou mais legitimidade e abrangência, propiciando a elaboração e recepção de uma série de tratados internacionais relacionados a Direitos Humanos²⁴⁵. Nesse sentido também foi a atuação da Organização do Estados Americanos²⁴⁶. Além disso, Cortes Internacionais começaram a atuar de maneira mais ativa em relação aos direitos humanos²⁴⁷.

No Brasil, após intensos movimentos pelo fim da ditadura e pelo voto direto, conseguiu-se a redemocratização, o que por sua vez possibilitou elaboração de uma nova Constituição, que positivou os anseios da população por maior liberdade, maior participação política e mudanças em geral das práticas do governo. E esse ambiente favorável aos direitos humanos também possibilitou uma mudança nas normas constitucionais referentes aos índios.

B. Comissão Afonso Arinos

Em 18 de julho de 1985, pelo Decreto n. 91.450, foi instituída uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a Comissão Afonso Arinos, para elaborar um anteprojeto constitucional. Em 24 de setembro de 1986, os resultados dos trabalhos foram publicados no Diário Oficial²⁴⁸.

No preâmbulo do anteprojeto, assinado pelo próprio Afonso Arinos, explica-se que findo “*um período de contradições e desrespeito à identidade, à liberdade e à justiça*”

²⁴⁵ Por exemplo: a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984; Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989; Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte de 1989; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores de 1990;

²⁴⁶ Por exemplo a Convenção Americana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1994; Declaração Americana sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados de 1994.

²⁴⁷ Como a Corte Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.

²⁴⁸ *Diário Oficial*, suplemento especial ao n.185, Brasília, 26 de setembro de 1986.

devidas ao nosso Povo” foi elaborado um projeto que “dispõe-se a dotar o Brasil de instituições que atendam às mais sentidas necessidades do nosso povo, agora e para o futuro.”

E entre os direitos que o preâmbulo cita, que teriam necessidade de efetivação, está a *“proteção à personalidade e aos direitos dos grupos tribais indígenas”*²⁴⁹.

Nesse sentido, o anteprojeto, diferentemente das constituições anteriores, não dispõe sobre a incorporação dos índios. Reconhece-se o modo de vida tradicional indígena, independente de se adaptarem ao modo de vida do não-índio.

Continuam as disposições, já presentes em Constituições anteriores, de que as terras indígenas são bens da União. Concedendo-se o usufruto dos recursos naturais dessas terras aos índios, o que se adiciona é que esse direito abrange, também, os recursos naturais do subsolo²⁵⁰.

O anteprojeto inova, na questão do uso das terras indígenas pelo Governo ao estabelecerem que esse não poderia ser feito apenas justificando-se pelo interesse nacional:

“Art. 382 – A pesquisa, lavra ou exploração de minérios em terras indígenas poderão ser feitas, como privilégio da União, quando haja relevante interesse nacional, assim declarado pelo Congresso Nacional para cada caso, e desde que inexistam reservas, conhecidas e suficientes para o consumo interno, e exploráveis, da riqueza mineral em questão, em outras partes do território brasileiro.

§ 1º – A pesquisa, lavra ou exploração mineral de que fala este artigo dependem do registro da demarcação da terra indígena no Serviço do Patrimônio da União e da prévia regulamentação a ser baixada pelo órgão federal responsável pela política indigenista das condições em que se darão a pesquisa, lavra ou exploração.

§ 2º – A exploração das riquezas minerais em áreas indígenas obriga ao pagamento de percentual não inferior a

²⁴⁹ *idem.*

²⁵⁰ “Art. 381 – As terras ocupadas pelos índios são inalienáveis e serão demarcadas, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, do subsolo e de todas as utilidades nelas existentes.”

cinco por cento do valor do faturamento em benefício das comunidades autóctones.

§ 3º – Os contratos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de suas organizações federais protetoras e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§ 4º – Ficam vedadas a remoção de grupos indígenas de suas terras e a aplicação de qualquer medida coercitiva que limite seus direitos á posse e ao usufruto previstos no art. 381.”²⁵¹

Apenas poderiam ser explorados recursos minerais em terras indígenas caso houvesse falta do minério específico para o consumo interno, ainda necessitando de autorização do Congresso Nacional, mas não poderiam ocorrer remoções de índios de suas terras. Não se faz menção às demais hipóteses elencadas no artigo 20 do Estatuto do Índio²⁵².

Como Afonso Arinos explica, esse anteprojeto não foi apresentado oficialmente à Assembleia Nacional Constituinte²⁵³. No entanto, o texto do anteprojeto foi de conhecimento dos constituintes e por consequência o diploma por eles elaborado mostra semelhanças e influências oriundas do anteprojeto.

C. A Constituinte²⁵⁴

O último discurso da Constituinte foi pronunciado por Ulysses Guimarães, em 5 de outubro de 1988. Nele, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, entre outros pontos, destaca o grande trabalho empreendido, a análise de emendas populares e a participação de “*cerca de dez mil postulantes*” representando a população “*de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e*

²⁵¹ *Diário Oficial*, nota 248 *supra*, p.51.

²⁵² Nota 229 *supra*.

²⁵³ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 341ª Sessão, 5 de outubro de 1988, p.320.

²⁵⁴ Para a análise das discussões da Constituinte foi realizada uma pesquisa nas atas da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Foram buscadas as seguintes palavras-chave (todas no singular e plural): índio, silvícola, aborígene, indigenato, devoluta, bens da união, nativo, autóctone, gentio, direitos humanos, usufruto, aldeias abandonadas, taba, missão, convenção, ONU, indígena, aldeia, tratado, declaração, OIT.

militares”²⁵⁵.

Dessa maneira, na discussão dos direitos dos índios houve participação inédita de índios e estudiosos do assunto, outro benefício da abertura política e das instituições democráticas.

1. Propostas antigas

Muitas das discussões no tema dos direitos dos índios se pautaram no direito que já existia em Constituições passadas e o que estava estabelecido no Estatuto do Índio.

Na questão dos direitos à terra, em 17 de março de 1987, o constituinte Nilson Gibson, apresenta proposta determinando o resguardo e proteção das áreas destinadas aos usufruto dos índios e outras áreas que lhes pertençam a justo título²⁵⁶.

Alguns representantes de índios apoiam esses direitos, defendendo sua efetivação. Assim, no dia 22 de abril de 1987, o sr. Idjarruri Karajá, índio da tribo dos carajás, lê e apoia proposta para a nova Constituição que determina que as terras indígenas são da união, que aos índios será concedido o usufruto dessas terras, que assim são inalienáveis, mas devendo ser reconhecidos seus costumes e rituais originais²⁵⁷. Justifica a proposta dizendo:

*“Essas são as propostas indígenas, Srs. Constituintes, nosso povo dizimado pela irresponsabilidade de algumas autoridades ou por indefinições das leis brasileiras, embora nós, pré-colombianos, até agora, tenhamos sido relegados a segundo plano, estamos aqui esperançosos, confiantes nesses Constituintes que foram eleitos com a responsabilidade muito grande de garantir a nossa sobrevivência.”*²⁵⁸

Na mesma sessão o Cacique Raoni pede que as terras indígenas sejam respeitadas e que os povos indígenas e não-indígenas possam viver pacificamente²⁵⁹.

Em 23 de abril de 1987, a professora Manuela Carneiro discursa defendendo a posse

²⁵⁵ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, nota 253 *supra*, p.322.

²⁵⁶ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 34ª Sessão, 17 de março de 1987, p.148.

²⁵⁷ *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL, SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS, 3ª Reunião, 22 de abril de 1987, p.11.

²⁵⁸ *idem*.

²⁵⁹ *ibidem*, p.13

permanente dos índios nas terras que habitam, argumentando que desde o período colonial reconheceu-se os direitos originais dos índios, o que continuou com a Lei de Terras, se fundamentando em Mendes Júnior, e que se deve respeitar esses direitos por dois fundamentos: a vulnerabilidade da sociedade dos índios e por serem os primeiros ocupantes do território²⁶⁰.

Assim, no dia 14 de julho de 1987, a *Comissão da organização eleitoral, partidária e garantia das instituições*, sugere à *Comissão de sistematização* que se incluam entre os bens da união as terras ocupadas pelos índios²⁶¹.

A constituinte Anna Maria Rattes, no dia 31 de julho de 1987, explica que as terras indígenas são bens da união e aos índios se concede o usufruto porque eles não têm capacidade de participar politicamente do projeto de construção do Brasil²⁶².

Quanto à relação entre índios e não-índios, muitos defendem a assimilação dos índios. Em 14 de abril de 1987, o constituinte Chagas Duarte, defendendo os princípios do Estatuto do Índio, assim como da Convenção da OIT n. 107, que falam da integração do índio à sociedade nacional, afirma que tais valores devem ser mantidos na nova Constituição, e diz “*Nessa tarefa integracionista, é preciso respeitar o tempo do índio, seu ritmo próprio de aculturação, mas, principalmente, sua língua, sua religião, seus costumes.*” Ou seja, Chagas Duarte ressalva que a integração não pode ocorrer imediatamente, mas com tempo para a adaptação dos índios.²⁶³

No dia 30 de abril de 1987, o Coronel Luiz Antônio Mendes, em seu discurso sobre o Conselho de Segurança e proteção das fronteiras, defende a política disposta no Estatuto do Índio, que determina a incorporação do índio à comunidade nacional, sendo contra as demarcações indígenas que destinam, por exemplo, 25 mil hectares de terra por pessoa.²⁶⁴

Nessa mesma linha de raciocínio, em 4 de maio de 1987, o governador de Roraima, Getúlio Alberto de Souza Cruz, pronuncia discurso defendendo que os índios aculturados

²⁶⁰ *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL, SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS, 4ª Reunião, 23 de abril de 1987, p.18.

²⁶¹ *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO ELEITORAL, PARTIDÁRIA E GARANTIA DAS INSTITUIÇÕES, 10ª Reunião, 14 de junho de 1987, p.174.

²⁶² *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 117ª Sessão, 31 de julho de 1987, p.769.

²⁶³ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 50ª Sessão, 14 de abril de 1987, p. 327.

²⁶⁴ *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO ELEITORAL, PARTIDÁRIA E GARANTIA DAS INSTITUIÇÕES, SUBCOMISSÃO DA DEFESA DO ESTADO, DA SOCIEDADE E DE SUA SEGURANÇA, 11ª Reunião Ordinária, 30 de abril de 1987, p. 126.

podem ajudar o desenvolvimento dos estados, mas que não se devem formar parques ou reservas indígenas para índios que não estejam integrados e não se saiba o número de habitantes que irão ocupar a área reservada²⁶⁵.

Como se pode ver muitos defendem abertamente objetivos assimilatórios, não diferente do que foi defendido na história da República brasileira.

2. Propostas novas

Paralelamente, se propõe novas ideias para a proteção jurídica dos índios.

Em 24 de março de 1987, a constituinte Irma Passoni apresenta propostas na qual as comunidades indígenas são consideradas proprietárias das terras que forem a elas destinadas, incluindo o solo e subsolo, as propostas são:

“1) Que o Brasil seja considerado uma república federativa composta por Estados membros e Nações Indígenas, com autonomia e território para a se organizarem, não podendo, portanto, serem tutelados.

2) Que as nações indígenas escolhem a sua representação política, que dialogue e decida sobre as diversas questões de seu interesse, com igual número de representantes, com a representação política do Governo Federal.

3) As terras indígenas serão reconhecidas e demarcadas no prazo máximo de um ano. As comunidades indígenas, organizadas em nações étnicas, se tornarão proprietárias das terras a elas destinadas, solo e subsolo.

4) Sejam garantidos o apoio financeiro, o atendimento à saúde e educação dos povos indígenas a partir de sua cultura própria e do modo como eles o desejarem.”²⁶⁶

Além de maior poder sobre a terra que ocupam, os índios desejam maior participação política. Assim, em 1º de maio de 1987, Idijaruri Karajá, indígena de Goiás,

²⁶⁵ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO, SUBCOMISSÃO DA UNIÃO, DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 9ª Reunião Ordinária, 4 de maio de 1987, p.49.

²⁶⁶ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 38.ª Sessão, 24 de março de 1987, p.259.

pede que com a criação do estado de Tocantins sua reserva indígena seja respeitada e que os índios da reserva possam participar da política da região²⁶⁷.

No dia 5 de maio de 1987, apresenta proposta para a Constituição o Sr. Estevão Taukane, da área indígena Bakairi, na qual defende que deve ser reconhecida a propriedade coletiva dos índios sobre as terras que ocupam com o seu respectivo registro²⁶⁸. No mesmo dia é ouvido o Índio Valdomiro Terena, que igualmente diz: “(n)ós sabemos que a terra é de direito da União. Então, fizemos esta solicitação para que o reconhecimento dos direitos territoriais seja reconhecido para os índios.”²⁶⁹

Em 25 de maio de 1987, o constituinte Mário Lima, defende o direito do índio de preservar sua terra, de poder habitá-la e de desenvolver plenamente suas manifestações culturais²⁷⁰. No mesmo dia é ouvido discurso do sr. Ailton Krenak, defendendo a faculdade dos índios em permanecerem diferentes da sociedade brasileira, mas também de poderem participar dela, conforme suas opiniões²⁷¹. Ainda no dia 25, é apresentado o trabalho final da *Comissão da ordem social, subcomissão dos negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias*, que contém a disposição de que o índio é usufrutuário das terras que ocupa, que são bens da união. Essa proposta inova ao dispor a exigência de autorização da população indígena envolvida para o início de pesquisa, lavra ou exploração de minérios nas terras por eles ocupadas²⁷².

Nesse sentido, no dia 9 de junho de 1987, o constituinte Gabriel Guerreiro, defende que a possibilidade de se minerar em terras indígenas deve ser condicionada ao interesse e vontade dos índios, o que irá depender do grau de aculturação do índio²⁷³. Esse mesmo entendimento já havia sido exposto pelo Dr. Elmer Prata Salomão, Presidente da Sociedade

²⁶⁷ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO, SUBCOMISSÃO DOS ESTADOS, 9ª Reunião Ordinária (Quinta Reunião de Audiência Pública), 1 de maio de 1987, p.88.

²⁶⁸ *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL, SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS, 11ª Reunião Ordinária, 5 de maio de 1987, p.156; essa mesma proposta já havia sido apresentada em 19 de fevereiro de 1987 lida pelo constituinte Antero de Barros, *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 19 de fevereiro de 1987, 16ª sessão, p.363.

²⁶⁹ *ibidem*, p.160.

²⁷⁰ *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL, anexo à ata da 2ª Reunião, 25 de maio de 1987, p.11.

²⁷¹ *ibidem*, p.16.

²⁷² *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL, SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS, 16ª Reunião Ordinária, 25 de maio de 1987, pp.179 e 180.

²⁷³ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, COMISSÃO DA ORDEM ECONÔMICA, 13ª Reunião Ordinária, 9 de junho de 1987, p.133.

Brasileira de Geologia, na *Subcomissão da política agrícola e fundiária e da reforma agrária*²⁷⁴.

E ainda, em 11 de junho de 1987, o constituinte Tadeu França, propõe que se deve reconhecer aos índios o direito de se autogovernarem e não mais lhes impor a “civilização”²⁷⁵.

No dia 21 de setembro de 1987, o constituinte Ruy Nedel, em discurso, defende que o termo “*posse permanente*”, que estava sendo usado nas propostas para a Constituição, para se referir às ocupações indígenas, pode gerar ambiguidade, tendo em vista os índios nômades, podendo se pensar que apenas se protegem as terras dos índios sedentários, o que não seria o caso. Ruy Nedel igualmente defende que se deve pedir autorização da comunidade indígena envolvida para a exploração de minérios²⁷⁶.

O constituinte Tadeu França volta a discursar sobre o tópico, em 17 de maio de 1988, afirmando que não se deve tratar de forma diferente o índio aculturado do índio não-aculturado, o que geraria uma divisão entre os índios e a impossibilidade dos índios de decidirem sua própria identidade²⁷⁷. No mesmo sentido, foi o discurso da constituinte Irma Passoni²⁷⁸ e da constituinte Benedita da Silva, que além disso defende o direito de autodeterminação dos índios²⁷⁹.

Em resumo, todas essas propostas rompem com o planejamento integracionista disposto na legislação anterior.

3. Denúncia de interesses externos

Não são todos na Constituinte que defendem grandes inovações na temática indígena e para evitar a aprovação dessas transformações argumentam que as novas propostas expressam, na verdade, interesses internacionais sobre os recursos naturais brasileiros.

²⁷⁴ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, COMISSÃO DA ORDEM ECONÔMICA, SUBCOMISSÃO DE PRINCÍPIOS GERAIS, INTERVENÇÃO DO ESTADO, REGIME DA PROPRIEDADE DO SUBSOLO E DA ATIVIDADE ECONÔMICA, 9ª Reunião Ordinária, 4 de maio de 1987, p.96.

²⁷⁵ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 81ª Sessão, 11 de junho de 1987, p.287.

²⁷⁶ *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, COMISSÃO DA SISTEMATIZAÇÃO, 31ª Reunião Extraordinária, 21 de setembro de 1987, pp.758 e 759.

²⁷⁷ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 267ª Sessão, 17 de maio de 1988, p.297.

²⁷⁸ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 276ª Sessão, 31 de maio de 1988, p.736.

²⁷⁹ *ibidem*, p.749.

No dia 30 de junho de 1987, o constituinte Renato Vianna, afirma que não se deve prejudicar o potencial de exploração mineral do Brasil por uma proteção irrestrita dos territórios indígenas, que os interesses do Brasil e dos índios devem se compatibilizar, não devendo o Brasil se sujeitar a interesses estrangeiros e encerra seu discurso dizendo:

*“É preciso que fique presente e cravado na mente de cada brasileiro, índio ou não-índio, branco ou negro, cristão ou não cristão, que, se o Brasil reconhecer no seu instrumento constitucional, a soberania restrita sobre o território ocupado pelas populações indígenas, e com isso impedir que empresas nacionais de mineração adequadamente credenciadas possam atuar economicamente naquele território, sempre tendo como ponto central a integridade dos direitos, da vontade e dos interesses indígenas, estaremos, todos, não servindo à causa indígena, mas à causa dos interesses estrangeiros, em nome dos quais e sob os mais diversos pretextos serão os nossos irmãos índios exterminados e rasgada a integridade nacional.”*²⁸⁰

Poucos dias depois, em 8 de julho de 1987, o constituinte José Dutra, se coloca contra a proposta constitucional que restringe a possibilidade de exploração mineral em terras indígenas, afirmando que tal restrição impedirá o desenvolvimento dessas comunidades e dos estados do norte do país, servindo apenas a interesses estrangeiros²⁸¹. Outro discurso com as mesmas ideias foi pronunciado pelo constituinte Nilson Gibson que defende que há uma conspiração internacional para desnacionalizar as terras indígenas²⁸². Nilson Gibson explica que a origem de tais propostas, são uma resolução do Conselho Mundial das Igrejas Cristãs, e uma sugestão popular da Áustria:

“A emenda, mantendo o espírito de uma resolução do Conselho Mundial das Igrejas Cristãs e de uma sugestão popular encaminhada da Áustria, estabelece um novo Direito Constitucional, em que as nações indígenas teriam direito à

²⁸⁰ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 92ª Sessão, 30 de junho de 1987, p.648.

²⁸¹ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 97ª Sessão, 8 de julho de 1987, p.134.

²⁸² *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 138ª Sessão, extraordinária matutina, 15 de agosto de 1987, pp.696 e 697.

*justiça própria e ao estatuto de pessoa jurídica. A trama para desnacionalizar as terras e o subsolo das reservas indígenas é um problema muito mais grave do que se imagina. A reserva poderia ser futuramente declarada território independente e reconhecida por governos estrangeiros. Perderíamos assim uma parte do Território Nacional e estaria criada uma questão internacional.”*²⁸³

Também, em 23 de julho de 1987, o constituinte Mozarildo Cavalcanti, diz que a proposta de não possibilitar a exploração mineral em terras indígenas é um plano de empresas e governos externos que querem criar uma reserva de minérios estratégicas para o futuro, impedindo uma concorrência atual nesse mercado, além disso diz que o objetivo da política indigenista deve ser o de levar gradualmente o índio a se integrar à comunhão nacional.²⁸⁴

Alguns constituintes combatem esses argumentos. De fato, em 10 de Agosto de 1987, o constituinte Plínio Arruda Sampaio, faz um discurso dizendo que não existe uma conspiração internacional para restringir a soberania do Brasil na exploração de minérios em terras indígenas²⁸⁵. Também o constituinte Vasco Alves defende que não existe nenhuma conspiração²⁸⁶, assim como o constituinte Carlos Cardinal²⁸⁷. E sobre a participação austríaca no assunto, o constituinte Sérgio Spada explica:

“Efetivamente, cerca de 40 mil jovens austríacos, católicos, mobilizaram-se, em seu país, no sentido de externar, seu apoio e solidariedade com os povos indígenas que habitam o território brasileiro, e o fizeram através de um abaixo-assinado de apoio a três pontos, que, de resto, integram o Projeto de Constituição. (...) a iniciativa austríaca em nada, e muito menos, pretende emendar o Projeto de Constituição, mesmo porque seria regimentalmente impossível. Ademais, o que se tentou configurar como emenda nada mais é do que

²⁸³ *idem.*

²⁸⁴ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 109ª Sessão, 23 de julho de 1987, p.553.

²⁸⁵ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 130ª Sessão Extraordinária Vespertina, 10 de agosto de 1987, pp.383 e 384.

²⁸⁶ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 131ª Sessão, 11 de agosto de 1987, p. 410.

²⁸⁷ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 143ª Sessão, 19 de agosto de 1987, pp.183 e 184.

*um abaixo-assinado de apoio a reivindicações de setores da sociedade civil brasileira(...)*²⁸⁸.

Argumentos que não convencem o constituinte Assis Canuto, que em 17 de agosto de 1987 coloca-se contra a criação de reservas indígenas que violem a soberania nacional em favor de interesses externos²⁸⁹.

Toda essa discussão mostra como a questão das terras indígenas ainda é polêmica, gerando grande controvérsias nos tópicos de definição de fronteira e aproveitamento de recursos naturais.

4- Manutenções e inovações

Dessa maneira, a questão indígena foi exaustivamente analisada pelos constituintes, que, muitas vezes, apresentaram ideias diametralmente opostas. Assim, como resultado, alguns pontos da legislação indígena são mantidos e outros mudados.

No dia 29 de abril de 1987, o sr. Erwin Krautler, faz discurso expondo a posição do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), defendendo que se deve proteger as terras indígenas, garantir o seu usufruto, incluindo o subsolo das terras que ocupam, e que cabe ao Estado proteger os direitos dos índios²⁹⁰. E continua dizendo que não se deve buscar a incorporação do índio, mas sim uma convivência pacífica entre os povos²⁹¹.

Ainda no dia 29, o Dr. Carlos Marés, Membro da Comissão de Criação do Parque Yanomani e Membro da Comissão Pró-Índio de São Paulo, defende que a Constituição deve reconhecer que os direitos dos índios são anteriores às leis escritas, sendo fundamental reconhecer que a terra indígena não é uma fazenda dentro dos conceitos do direito agrário. Explica que a terra indígena não pode ser vendida pois, pela sua essência, tem um uso específico segundo a cultura indígena. Por isso a terra indígena deve ser pública, pois não se submete às regras do direito privado e sim aos usos, costumes e tradições dos índios. Mas deve haver limites nos direitos dos índios usarem essa terra. Não se pode permitir que a terra seja invadida e explorada, e assim o Estado deve colocar-se

²⁸⁸ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 145ª Sessão, 20 de agosto de 1987, p.242.

²⁸⁹ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 140ª Sessão, Extraordinária, vespertina, 17 de agosto de 1987, p.23.

²⁹⁰ *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL, SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS, 8ª Reunião, 29 de abril de 1987, p.83.

²⁹¹ *ibidem*, p.84.

como protetor dessa terra, contudo nunca se colocando como um interventor dessas terras. Também defende que não se devem fixar normas para a organização interna das sociedades dos índios e nem a respeito de modo como elas devem integrar-se à nação brasileira²⁹².

No mesmo dia discutem-se as propostas da Comissão Afonso Arinos, em relação aos índios. O Dr. Vanderlino, Presidente da Coordenação Nacional dos Geólogos, afirma que o anteprojeto Afonso Arinos é insuficiente, pois com ele haveria a possibilidade de, mediante legislação ordinária, se permitir a exploração mineral em terras indígenas, o que colocaria em risco a sobrevivência dessas comunidades. Por isso, propõe transformar os recursos minerais das terras indígenas em uma reserva nacional, somente utilizável em momentos de emergência e de maneira a não interferir com o modo de vida do índio: fora desse caso, somente os índios poderiam explorar esses minérios²⁹³.

Por fim, nesse dia, a professora Manuela Carneiro volta a discursar explicando a recente mudança de pensamento global com relação aos índio, de que não se deve forçar a sua assimilação à sociedade não-índia²⁹⁴.

Outra polêmica que surge é como caracterizar a posse indígena, sendo as possibilidades debatidas três: “*posse imemorial*”, “*posse tradicional*” ou “*posse permanente*”²⁹⁵. No dia 4 de março de 1988, é proposta emenda na qual se incluem entre os bens da união apenas as terras de posse imemorial dos índios²⁹⁶. Já o constituinte Sigmaringa Seixas, apresenta emenda no sentido de apenas se caracterizar a posse indígena como permanente e não usar o termo imemorial²⁹⁷. A questão começa a ser resolvida no dia 3 de junho de 1988, quando o constituinte Divaldo Suruagy, argumenta que deve se usar o termo “*tradicional*” no lugar de “*imemorial*” para impedir ambiguidades²⁹⁸, o constituinte Odacir Soares é do mesmo entendimento e justifica:

“A redação que confere aos índios direito sobre as terras que ocupam conseguiu contornar dois problemas que comumente tem envolvido a questão. Primeiramente, conseguiu afastar o

²⁹² *ibidem*, pp.85-87.

²⁹³ *ibidem*, pp. 89 e 90.

²⁹⁴ *ibidem*, p. 92.

²⁹⁵ Tal caracterização se mostrou importante tendo em vista que antes da Constituição de 1988, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal em uma disputa sobre a propriedade de terras decidiu contra a FUNAI e a favor do Estado do Mato Grosso, tendo em vista que não se conseguiu provar que os índios ocupavam a terra de forma permanente: STF AC 278-8/MT, Relator: Min. Soares Muñoz,10/08/1983.

²⁹⁶ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 216ª Sessão, 4 de março de 1988, p. 167.

²⁹⁷ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 219ª Sessão, 7 de março de 1988, p.234.

²⁹⁸ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 280ª Sessão, 3 de junho de 1988, pp.150 e 151.

*conceito juridicamente impreciso de “terras de posse imemorial”, que poderia suscitar ambigüidades na aplicação da norma. Ao definir “terras tradicionalmente ocupadas”, o texto constitucional supera, ademais, certa concepção simplista que pretendia estender aos índios o conceito de habitar da sociedade dita civilizada.”*²⁹⁹.

E uma emenda com o uso do termo “*tradicional*”, substituindo “*imemorial*”, é aprovada em 30 de agosto de 1988³⁰⁰. O reconhecimento da posse indígena “*tradicional*” significou reconhecer o modo de vida e ocupação original do índio como tendo eficácia jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

D. Um capítulo novo na Constituição

A Constituição de 1988 é a primeira Constituição brasileira a incluir entre seus capítulos um voltado exclusivamente aos direitos das populações indígenas: trata-se do capítulo VIII, do título VIII da ordem social.

Na nova Carta Magna, não há nenhuma norma de planejamento de aculturação dos índios, abandonando a ideia de assimilação do índio³⁰¹. Assim, não há uma determinação de impor a incorporação dos índios aos costumes considerados civilizados, e isso seria um contrassenso com o princípio do pluralismo político e do estado democrático; enfim, abandona a caracterização do indígena como tendo uma cultura inferior³⁰². Mantém-se a concessão do usufruto das terras de domínio da União, mas agora para a posse tradicional dos índios³⁰³.

²⁹⁹ *ibidem*, p.154.

³⁰⁰ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988)*, 335ª Sessão, extraordinária vespertina, 30 de agosto de 1988, p.353.

³⁰¹ SIQUEIRA ABRÃO, Paulo de Tarso, Paulo de Tarso, *Comentários aos artigos 226 a 232 da Constituição de 1988*, in COSTA MACHADO, Antônio Cláudio – CUNHA FERRAZ, Anna Candida (coord.), *Constituição Federal Interpretada*, Barueri: Manole, 2010, pp. 1227-1229; RAMOS, Alcida Rita, *The Special (or Specious?) Status of Brazilian Indians*, in *Citizenship Studies*, v.7, n.4, 2003, p.401.

³⁰² BÉO, Cíntia Regina, *Comentários aos artigos 18 a 24 da Constituição de 1988*, in COSTA MACHADO, Antônio Cláudio – CUNHA FERRAZ, Anna Candida (coord.), *Constituição Federal Interpretada*, Barueri: Manole, 2010, pp. 176 e 177.

³⁰³ “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.

§ 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

E há possibilidade de exploração de recursos minerais em terras indígenas, desde que autorizado pelo Congresso Nacional, e na forma da lei³⁰⁴. A Lei à que a Constituição se refere é o Estatuto do índio, que não foi revogada, apesar de o Estatuto dispor como seu objetivo a integração do índio.

O Supremo Tribunal Federal, o interprete máximo da Constituição de 1988, em setembro de 2009, decidiu ação popular sobre a demarcação da terra indígena Raposa da Serra do Sol. Essa decisão foi particularmente interessante, pois além de decidir a questão específica de demarcação, definiu parâmetros para os direitos constitucionais indígenas.

No ponto nove da ementa do acórdão afirma-se que a integração e aculturação dos indígenas são a concretização de um valor constitucional de inclusão comunitária e não a subtração de uma cultura, mas um ganho. Esse entendimento coloca a visão do Estatuto do Índio em aplicação no Brasil.

No ponto quatorze da sua ementa determina-se que os índios não podem se opor a construção de repartições públicas, estradas e abertura de vias de comunicação no seu território. No acórdão destaca-se esta salvaguarda:

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 a 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."

³⁰⁴ "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;(...)

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

"e) (...)instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI);"³⁰⁵

Assim, essa decisão interpretou a Constituição de uma maneira restritiva dos direitos dos índios, reafirmando objetivos de assimilação do índios e a impossibilidade das tribos indígenas opinarem sobre os projetos estatais em terras indígenas, como obras públicas e exploração de recursos estratégicos, conforme se praticou na última ditadura militar brasileira.

E. Direito Internacional - A afirmação do direito à autodeterminação

Da mesma maneira como o Brasil reformulou suas normas sobre os índios, também a comunidade internacional mudou e fez novos tratados sobre os direitos dos mesmos.

A Convenção da OIT n.107, que fundamentou o Estatuto do índio, é substituída em 27 de junho de 1989 pela Convenção da OIT n. 169. O Brasil ratifica essa nova convenção em 19 de abril de 2004 pelo Decreto 5.051.

A doutrina também destaca a grande mudança de percepção com relação aos povos indígenas que aconteceu no séc. XX, transformação que é bem ilustrada pelas Convenções da OIT n. 107 e n. 169. A Convenção n. 107 da OIT referia-se aos povos indígenas como menos desenvolvidos e assim queria promover sua integração para desenvolvê-los. A Convenção 169 da OIT foi criada justamente para mudar essa visão integracionista, para permitir que os índios possam viver como quiserem e possam se desenvolver como quiserem³⁰⁶.

³⁰⁵ Ação Popular Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, Pet 3388 / RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, DJe-181 publicação: 25-09-2009, Acórdão.

³⁰⁶ SWEPSTON, Lee, *A new step in the International Law on indigenous and tribal peoples: ILO Convention No. 169 of 1989*, in *Oklahoma City University Law Review*, v. 15, n.3, 1990, pp. 682, 689 e 690; BARSH, Russel Lawrence, *Revision of ILO Convention No. 107*, in *The American Journal of International Law*, v. 81,

Essa nova Convenção reafirma o dever de reconhecer e proteger a propriedade dos povos indígenas³⁰⁷. Ademais, deve-se reparar os eventuais prejuízos sofridos pelos índios na exploração econômica de recursos naturais em seus territórios³⁰⁸. Também reconhece-se o direito de decisão desses povos no que tange ao uso de suas terras, desenvolvimento econômico, social e cultural³⁰⁹.

Por fim, os países ao ratificarem a Convenção da OIT n.169 se vincularam à obrigação de consultar os povos indígenas com relação a quaisquer medidas legislativas ou administrativas que os afetem diretamente, conforme o seu artigo sexto³¹⁰.

Destaca-se que o direito à consulta dos povos indígenas é uma das emanções do direito à autodeterminação dos povos. Contudo, a titularidade desse direito não é facilmente atribuível aos povos indígenas.

n.3, 1987, pp. 759 e 762.

³⁰⁷ “Artigo 14 (1) Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

(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.

(3) Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.”

³⁰⁸ “Artigo 15 (...) (2) Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.”

³⁰⁹ “Artigo 7 (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.”

³¹⁰ “Artigo 6 (1). Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

(a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

(b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

(c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

(2) As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

Na visão tradicional, são as nações que têm a titularidade do direito à autodeterminação. Entendendo-se nação como um grupo de indivíduos que decidem se unir para formar uma sociedade, assim uma nação oprimida pode-se rebelar para formar suas próprias instituições e seu governo independente, e dessa forma alcançar suas aspirações.

Em um primeiro momento esse ideal inspirou a independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa e depois os demais processos de independência dos Estados americanos, africanos e asiáticos. Dessa maneira, ligar autodeterminação aos povos indígenas é uma evolução recente e ainda muito questionada, visto que os povos indígenas na maioria das vezes ficam à margem dos processos de independência.

A referência à autodeterminação nos Pactos Internacionais sobre Direitos foi originalmente pensada para os povos dos Estados e não para povos segmentados ou minorias. É por isso que a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, ressalva que o direito à autodeterminação não pode ser interpretado autorizando movimentos separatistas e similares³¹¹.

Logo o conceito moderno de autodeterminação para os povos indígenas visa alcançar objetivos diferentes. Não se quer criar outro Estado, mas exigir que no Estado em que vivem estejam protegidos os direitos individuais de um grupo minoritário, que todas as pessoas possam livremente dispor dos seus recursos naturais e não ser privados de seus meios de subsistência³¹².

O próprio Comitê de Direitos Humanos da ONU, ao analisar casos particulares, já reconheceu que os povos indígenas têm direito à autodeterminação³¹³. Também para o *Special Rapporteur* da ONU, Rodolfo Stavenhagen, o direito à autodeterminação é um direito humano universal e se aplica aos povos indígenas conforme a Convenção 169 da OIT³¹⁴.

³¹¹ HANNUM, Hurst, *New Developments in Indigenous Rights*, in *Virginia Journal of International Law*, v. 28, 1987-1988, pp. 649-678.

³¹² CASTELLINO, Joshua & GILBERT, Jérémie, *Self-Determination, Indigenous Peoples and Minorities*, in *Macquarie Law Journal*, v. 3, 2003, pp.155-178.

³¹³ United Nations, Human Rights Committee, *Concluding Observations, Canada*, Documento da ONU: CCPR/C/79/ Add.105, 1999, para. 8; United Nations, Human Rights Committee, *Concluding Observations, Norway*, Documento da ONU: CCPR/C/79/ Add.112, 1999, para. 10 e 17; United Nations, Human Rights Committee, *Concluding Observations, Mexico*, Documento da ONU: CCPR/C/79/Add.109,1999, para. 19.

³¹⁴ United Nations, Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, submitted in accordance with Commission resolution 2003/56, Documento da ONU: E/CN.4/2004/80/Add.3, 17, 2003, p.18.

E a recente Declaração da Organização das Nações Unidas sobre os povos indígenas sustenta o direito à autodeterminação dos povos indígenas. Logo no seu preâmbulo se afirma o direito à autodeterminação dos povos com base na Carta da ONU, nos Pactos internacionais sobre os Direitos e na Declaração e Programa de Ação de Viena³¹⁵.

E de fato, a Carta da ONU, ratificada pelo Brasil no decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945, determina no seu primeiro artigo que se deve respeitar a autodeterminação dos povos³¹⁶, o que é repetido no seu artigo 55³¹⁷.

No Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificados respectivamente pelo decreto 591 e 592, ambos de 6 de julho de 1992, há artigos que prescrevem que todas as pessoas têm direito à autodeterminação³¹⁸.

Posteriormente, na Conferência Internacional de Direitos Humanos, de 25 de junho de 1993, foi adotada a Declaração e Programa de Ação de Viena. Nessa declaração recomenda-se aos Estados o respeito ao direito de autodeterminação dos povos, fazendo referência aos países colonizados, mas explicando que não quer com isto incentivar ações separatistas³¹⁹.

³¹⁵ "The General Assembly, (...) Acknowledging that the Charter of the United Nations, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, as well as the Vienna Declaration and Programme of Action, affirm the fundamental importance of the right to self-determination of all peoples, by virtue of which they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development, (...)"

³¹⁶ "Article 1 The Purposes of the United Nations are: (...)"

(2). To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;(...)"

³¹⁷ "Article 55 With a view to the creation of conditions of stability and wellbeing which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, (...)"

³¹⁸ "Article 1 (1). All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

(2). All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

(3). The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations."

³¹⁹ "2. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status, and freely pursue their economic, social and cultural development. Taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, the World Conference on Human Rights recognizes the right of peoples to take any legitimate action, in accordance with the Charter of the United Nations, to realize their inalienable right of self-determination. The World Conference on Human Rights considers the denial of the right of self-determination as a violation of human rights and underlines the importance of the effective realization of this right. In accordance with the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in accordance with the Charter of the United Nations, this shall not be construed as authorizing or

Dessa maneira, a Declaração da ONU sobre os povos indígenas recupera e inova o sentido de autodeterminação, no sentido de imputar a titularidade desse direito também aos índios.

A Declaração foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007. Como outras Declarações da ONU não tem força vinculante sobre os Estados, no entanto é um dos passos para a formação de um costume internacional e indica possíveis caminhos para futuras convenções obrigatórias.

A Declaração da ONU especifica que a autodeterminação indígena é o direito de poder organizar sua política interna e os meios para financiar suas funções autônomas³²⁰, com a ressalva de que nada da Declaração pode ser interpretado como direito ou encorajamento de desmembramento ou divisão da unidade política e territorial de um Estado independente³²¹.

Deve destacar-se que a Declaração determina, sem exceções, que os índios têm o direito de não serem retirados de suas terras sem o seu consentimento, e, se concordarem na mudança, deve haver um acordo prevendo as devidas reparações³²². A Declaração também reconhece o direito de propriedade dos índios, como as Convenções da OIT fizeram³²³.

Finalmente a Declaração reconhece o direito à reparações para os índios por danos e perdas causados no passado ao seu território e recursos tradicionais³²⁴.

O Brasil votou a favor dessa Declaração da ONU, sendo que ela determina que sem

encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind."

³²⁰ "Article 4 Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions."

³²¹ "Article 46 (1). Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations or construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States. (...)"

³²² "Article 10 Indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories. No relocation shall take place without the free, prior and informed consent of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, with the option of return."

³²³ "Article 26 (...) (2). Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired. (...)"

³²⁴ "Article 28 (1). Indigenous peoples have the right to redress, by means that can include restitution or, when this is not possible, just, fair and equitable compensation, for the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and which have been confiscated, taken, occupied, used or damaged without their free, prior and informed consent.(...)"

consentimento prévio dos índios não podem ser adotadas medidas governamentais que os afetem³²⁵.

Também a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu casos em que foram estabelecidos precedentes em relação aos direitos dos povos indígenas.

Na sentença do caso da comunidade Mayagna, a Corte explica que entre as comunidades indígenas e suas terras há uma relação diferenciada, não é simplesmente uma relação de posse e produção, mas também uma relação espiritual e cultural, de forma que o domínio da terra não está centrado em um indivíduo, ele é mais abrangente, se expandindo para o grupo social. Nessa terra o índio tem o direito de viver livremente³²⁶.

A Corte explica que, para o reconhecimento da propriedade e conseqüente registro das terras habitadas pelas comunidades indígenas, não é necessário um título de direito real, a posse deve bastar para o reconhecimento e nesse sentido o direito consuetudinário dos indígenas é importante, pois a posse indígena é produto do costume indígena³²⁷. Esses entendimentos foram repetidos no caso Moiwana³²⁸.

De volta ao caso Mayagna, complementa a sentença o voto em separado em conjunto dos juízes A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez e A. Abreu Burelli, em que explicam que os índios têm o direito de preservar suas manifestações culturais e podem desenvolvê-las em sua terra³²⁹.

Esses casos demonstram uma preocupação da Corte na proteção do modo de vida tradicional dos índios.

No caso Yakye Axa, a Corte se utiliza das disposições da Convenção n.169 da OIT para defender os direitos territoriais dos indígenas³³⁰.

E mais recentemente, em 2007, foi decidido o caso da população Saramaka contra o Suriname, que trata do tema das construções de obras de desenvolvimento como hidrelétricas, mas também da exploração de minérios e outros recursos, em terras de

³²⁵ “Article 19 States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them.”

³²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, para. 146.

³²⁷ *ibidem*, para. 151.

³²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de junio de 2005, para. 131.

³²⁹ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, nota 326 *supra*, voto razonado, para. 8.

³³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, para. 130.

ocupação tradicional indígena. Tais empreendimentos tiveram como consequência o deslocamento do povo Saramaka de sua ocupação original. Sendo que as construções não contaram com o consentimento dos Saramakas³³¹.

A Corte de novo afirma que a terra para os povos indígenas é mais que uma fonte de subsistência, é também necessária para a continuidade da sua vida e da sua identidade cultural³³². Dessa maneira, para garantir sua sobrevivência física e cultural, a Corte demonstrou que os povos indígenas precisam de medidas especiais para a proteção de seus direitos, principalmente o direito de propriedade, tendo os Estados uma obrigação positiva de garantir o exercício pleno dos direitos de propriedade³³³. Essa propriedade está protegida pelo artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos³³⁴.

Ainda nesse caso, a Corte cita novamente a Convenção 169 da OIT³³⁵. Mas, também, se utiliza do Pacto Internacional de Direitos Civis Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ambos dispõem no seu primeiro artigo do direito de autodeterminação que para a Corte também se aplicaria aos povos indígenas, no sentido de que eles têm o direito de prover seu desenvolvimento econômico, social e cultural, podem dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais e não se pode privá-los de seus meios de subsistência. Pela Convenção Americana de Direitos Humanos³³⁶ a Corte não pode interpretar os direitos humanos, mesmo aqueles previstos em outros tratados, para limitar seu gozo e exercício, e nesse caso não pode limitar o direito à autodeterminação³³⁷.

No Suriname, como no Brasil, não se reconhece a titularidade da propriedade das

³³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, para.11 e 12.

³³² *ibidem*, para. 82.

³³³ *ibidem*, para. 85 e 91.

³³⁴ “Artigo 21. Direito à propriedade privada (1) Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

(2) Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

(3) Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.”

³³⁵ *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 331 *supra*, para. 92.

³³⁶ “Artigo 29 (...)Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

(b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;”

³³⁷ *ibidem*, para. 93.

terras tradicionalmente ocupadas pelos índios aos índios. Para a Corte o mero privilégio para usar a terra não garante o direito de efetivamente controlar e usar a terra sem interferência externa. Assim, a Corte entende que mais que um privilégio para usar a terra, que pode ser retirado pelo Estado e ocupado por direitos de propriedade de terceiros, os indígenas devem obter a titularidade de seu território para garantir o uso e gozo permanente da dita terra³³⁸.

Ressalva-se que a Corte reconhece que a proteção à propriedade não é absoluta, que pode estar submetida aos interesses da sociedade. Para a Corte, o Estado pode restringir o direito à propriedade se as restrições forem estabelecidas por lei, sejam necessárias, proporcionais e que tenham um fim legítimo em uma sociedade democrática. Apenas nesses termos o direito de propriedade dos indígenas pode ser limitado³³⁹. Entretanto, os índios têm o direito de participar efetivamente nos planos de desenvolvimento do Estado que irão ocorrer em terras indígenas, têm o direito de se beneficiarem deles razoavelmente, devendo haver estudo prévio de impacto social e ambiental³⁴⁰.

Deve haver a consulta efetiva dos povos indígenas nos planos de desenvolvimento Estatal dentro do seu território. Essa consulta deve ser feita segundo os costumes e tradições dos índios, o que implica em uma comunicação constante entre as partes. Devem se realizar de boa-fé, com a finalidade de se chegar a um acordo, e não apenas com o objetivo de se conseguir a aprovação do plano de desenvolvimento. Deve ser feito em tempo que permita a discussão interna da questão dentro da comunidade indígena, e os índios devem ser informados dos riscos do empreendimento³⁴¹.

Mas, além disso, a Corte considerou que nesse caso os planos de desenvolvimento que eram de grande escala e teriam um grande impacto sobre o território indígena, não só exigiriam a obrigação do Estado em consultar os índios mas também o dever de obter seu consentimento livre, informado e prévio, para justamente evitar danos irreparáveis a essas populações³⁴².

Desse modo, como o Brasil aceitou a jurisdição compulsória da Corte³⁴³, o Brasil não pode se comprometer com obrigações internacionais e não cumpri-las, sendo função

³³⁸ *ibidem*, para. 115.

³³⁹ *ibidem*, para. 127.

³⁴⁰ *ibidem*, para. 129.

³⁴¹ *ibidem*, para. 133.

³⁴² *ibidem*, para. 134.

³⁴³ O Brasil aceitou a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Justiça pelo Decreto n. 4.463 de 8 de novembro de 2002.

do judiciário brasileiro se adequar aos precedentes da Corte Interamericana evitando posteriores condenações brasileiras³⁴⁴.

Nas última década o Brasil se comprometeu internacionalmente a respeitar os direitos dos índios e o seu modo de vida. E os olhos da comunidade internacional estão voltados para as práticas brasileiras, por exemplo o *Special Rapporteur* da ONU, Rodolfo Stavenhagen, recentemente, recomendou que as autoridades brasileiras consultem os índios com relação a construção de projetos de infra-estrutura no Rio Madeira, para evitar que se violem os direitos das populações indígenas que habitam a área³⁴⁵.

O Comitê da OIT está esperando resposta do Brasil sobre seu relatório a respeito da aplicação da Convenção 169 da OIT, de 2005, e de uma denúncia feita contra o Brasil pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), de 2009. Resumidamente os questionamentos e comentários do Comitê foram os seguintes:

- *que a legislação brasileira ainda não está de acordo com a Convenção 169 no que diz respeito à consulta dos índios;*
- *que o Estatuto do Índio é contrário à Convenção 169 quanto ao seu objetivo de integração;*
- *que a Constituição brasileira no artigo 231 (3) fala de consulta aos índios somente nos casos de exploração dos recursos hídricos e minerais. E nota que pelo artigo sexto da Convenção 169 o Estado tem a obrigação de consultar os índios em relação a todos os atos legislativos e administrativos que os afetem;*
- *que recebeu denúncia da CUT de que o Brasil não consultou os povos indígenas na elaboração e implementação dos seguintes projetos: (1) Hidrelétrica Belo Monte, (2) transposição do rio São Francisco, (3) hidrelétrica no rio Cotingo, (4) projetos realizados no território dos índios da reserva indígena de Dourados e (5) mineração nas terras ocupadas pelos índios Cinta Larga. E pede ao Brasil*

³⁴⁴ CARVALHO RAMOS, André de, *O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*, in AMARAL JÚNIOR, Alberto de - JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 824 e 838.

³⁴⁵ United Nations, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, Rodolfo Stavenhagen, in A/HRC/11/11, 2009, para.91.

*informações detalhadas sobre esses casos*³⁴⁶.

Assim, apesar do entendimento do STF no caso Raposa Serra do Sol, o direito internacional, ao qual o Brasil se comprometeu, é contra as práticas de integração e prescreve o dever do Estado de consultar os índios antes de realizar medidas administrativas ou legislativas que os afetem.

F. O indigenato na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 determina no seu artigo 231 que são reconhecidos aos índios “*os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*”. É essa expressão “*direitos originários sobre as terras*” que alguns tentam ligar ao indigenato defendido por Mendes Júnior³⁴⁷.

O indigenato, pedra fundamental da tese de Mendes Júnior, é o direito congênito de um povo aborígine à sua terra natal. É um direito que não precisa ser legitimado por ninguém, é legítimo por si só e é anterior às leis escritas. O indigenato se opõe à ocupação, que é a posse de um povo que imigra para terras novas. O indigenato se mistura com os costumes e cerimônias de um povo. A terra é parte da cultura desse povo. Os pais, avôs e outros antepassados viveram nessa terra, e por isso seus descendentes têm direito a ela.

Desde a apresentação das conferências sobre os direitos dos índios de Mendes Júnior até a presente década, existem autores que defendem a validade dos pensamentos de Mendes Júnior.³⁴⁸

Como vimos, a professora Manuela Carneiro da Cunha, em discurso na Assembleia Constituinte da Constituição de 1988, se fundamentou nos argumentos de Mendes Júnior³⁴⁹.

Também juristas que interpretam a atual Constituição defendem esse entendimento,

³⁴⁶ International Labour Organization, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Direct request*, Brazil, 76th Session, 2005, paras. 1, 3 e 7; International Labour Organization, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Individual Observation concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) Brazil*, documento n. 062009BRA169, 2009.

³⁴⁷ Conforme exposto no tópico I. C. 2 *supra*. Ver, por exemplo, VILLARES, Luis Fernando, nota 131 *supra*, p. 105, afirma que a ideia do indigenato, que se origina em 1680, foi acolhida no texto da Constituição de 1988.

³⁴⁸ Ver nota 131 *supra* para uma lista de autores que seguem o entendimento de Mendes Júnior.

³⁴⁹ *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões) (1988)*, nota 260 *supra*.

como José Afonso da Silva³⁵⁰, Pinto Ferreira³⁵¹ e Paulo de Tarso Siqueira Abrão³⁵².

Até mesmo no voto do Relator, o Ministro Carlos Ayres Britto, no caso Raposa Serra do Sol, foi citado o indigenato:

*“Um discurso jurídico-positivo que já não antagoniza colonização e indigenato, mas, ao contrário, intenta conciliá-los operacionalmente e assim é que nos coloca na vanguarda mundial do mais humanizado trato jurídico da questão indígena”*³⁵³.

No voto da Ministra Carmem Lúcia há citação expressa de Mendes Júnior e da importância do seu indigenato na construção dos direitos dos índios a partir da Constituição de 1934:

*“Disso dá notícia fecunda e preciosa João Mendes Júnior, (...) já então se reconheceu – o que apenas se reforçou a partir das Constituições brasileiras de 1934 e de 1988 – o indigenato, a distinguir a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação.”*³⁵⁴.

Dos outros Ministros, apenas se coloca claramente contra esse entendimento o Ministro Menezes Direito:

“Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas sim, a do fato indígena.

*A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.”*³⁵⁵

Para Menezes de Direito deveria se aferir a ocupação indígena a partir da Constituição de 1988 e não realizar uma pesquisa histórica para aferir se a ocupação em questão é imemorial e pode ser considerada um direito congênito como o indigenato.

³⁵⁰ AFONSO DA SILVA, José, *Comentário Contextual à Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 867.

³⁵¹ PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição brasileira*, vol.7. São Paulo: Saraiva, 1995, pp.446-448.

³⁵² SIQUEIRA ABRÃO, Paulo de Tarso, nota 301 *supra*, pp. 1227-1229.

³⁵³ Ação Popular Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, nota 305 *supra*, voto do Relator, p. 136.

³⁵⁴ *ibidem*, voto da Ministra Carmem Lúcia, pp. 282 e 283.

³⁵⁵ *ibidem*, voto-vista do Ministro Menezes Direito, p. 222.

A primeira ressalva que queremos fazer é que mesmo para o Ministro Menezes Direito, indigenato é a posse indígena abrangendo inclusive a posse indígena tradicional, aquela sob os moldes originais dos índios sem interferência do não-índio. No entanto, como vimos, Mendes Júnior defende a “*civilização e catecheze*” do índio, afirmando que apenas deve proteger-se a posse estável do índio³⁵⁶. Defesa que quando feita por Mendes Júnior, no começo do século XX, era inovadora, mas hoje a Constituição de 1988 garante inclusive a posse tradicional do índio, mesmo se não estável. Assim, a defesa atual do indigenato adiciona sentido àquele dado por Mendes Júnior.

Mesmo assim, não se pode negar a importância de Mendes Júnior para o desenvolvimento dos direitos indígenas no Brasil, mas a construção histórica que ele faz do indigenato merece alguns reparos nos seguintes pontos: a proteção ao indigenato no período colonial e a tese de que a Lei de Terras não considerou as terras indígenas como devolutas. Assim, entendemos que nem a proteção colonial ou imperial das terras indígenas pode se ligar à atual proteção constitucional.

1. Diferenças em relação à proteção colonial das terras indígenas

Ao contrário da Constituição de 1988, a proteção da terra indígena no período colonial se limitava ao índio convertido, “*civilizado*”, em vias de ou àqueles que se previa a possibilidade: os índios que resistissem ou se recusassem não tinham garantias. As proteções gerais que eventualmente aconteceram, como em 1680, foram de caráter temporário e se justificaram para proteger os índios já aliados, visto que, muitas vezes, capturavam-se índios de forma abusiva, alegando-se que eram canibais ou rebeldes quando já estavam pacificados.

Assim, essas proteções existiram para a conversão religiosa e a convenção de alianças com os índios contra invasões de outros Estados europeus³⁵⁷. Fora dessas funções, o índio que resistisse não tinha suas terras garantidas.

Na prática apenas com uma Carta de Sesmaria, ou alguma evidência de sua conversão haveria alguma garantia. Ademais os índios necessitavam de intermediários, que muitas vezes eram religiosos, para terem seu direito tutelado, dessa forma, uma autoridade

³⁵⁶ Conforme notas 136 e 137 *supra*.

³⁵⁷ Sobre essas funções ver KIEMEN, Mathias C., *The Indian Policy of Portugal in America, with Special Reference to the Old State of Maranhão, 1500-1755*, in *The Americas*, vol. 5, n. 2, 1948, p. 138.

poderia requerer a concessão de sesmaria em favor de um grupo de indígenas e assim protegê-lo contra turbações e esbulhos. Normalmente eles se associavam a ordens religiosas e assim conseguiam ter suas terras respeitadas. Sozinho o índio não contava com proteção das leis metropolitanas, ele precisava de uma assistência.

E mesmo nas épocas de maior proteção não se proibiram as guerras defensivas contra os nativos. De modo que não se pode atribuir a paternidade da atual proteção das terras indígenas às leis coloniais³⁵⁸.

2. Diferenças em relação à proteção da Lei de Terras de 1850

Defendemos que a atual proteção das terras indígenas também não se originou com a Lei de Terras. Essa é uma questão ainda muito controversa, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, é da opinião de que no Império as terras ocupada pelos índios foram consideradas devolutas pela Lei de Terras e assim continuaram até a Constituição de 1934³⁵⁹. Mas, de outro lado, José Afonso da Silva não é desse entendimento e concorda com Mendes Júnior, que a Lei de Terras protegeu as terras indígenas.³⁶⁰

No começo do século XIX, D. João VI declara guerra aos índios e ordena a ocupação das terras indígenas. Assim, ordena-se a conquista das terras indígenas, inclusive considerando devolutas as terras reconquistadas.

Somente em 1831, por meio de Lei, é declarado o fim dessa guerra. A Lei de 1831 não prescreve que as terras conquistadas dos índios devam ser devolvidas a eles e nem defende a ideia do indigenato. O índio, nessa Lei, é igualado ao órfão. Os órfãos são indefesos e submissos, e é assim que as leis protegem o índio a partir desse momento.

Com a proclamação da independência acaba o sistema das sesmarias³⁶¹ e não é criado nenhum novo sistema para a aquisição de terras. Por falta de lei, a ocupação acontece desordenadamente, fato que acontecia antes, mas era ilegal. Porém com o fim do

³⁵⁸ Ressalvamos que não se busca julgar a justiça das práticas colônias em relação aos índios. Queremos mostrar que tais atos foram realizados em realidades totalmente distintas das atuais e, portanto, defender a permanência de um instituto de caráter colonial nos dias de hoje é por si só muito difícil.

³⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol.4, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 117.

³⁶⁰ AFONSO DA SILVA, nota 350 *supra*, pp. 865-869.

³⁶¹ JUNQUEIRA, Messias, *Justificativa e Ante Projeto de Lei de Terras*, São Paulo: Empresa Gráfica da "Revista dos Tribunais" Ltda, 1942, p.17.

sistema de sesmarias, a ocupação não é mais ilegal e se torna costume³⁶². Essa ocupação desordenada dá-se em qualquer lugar, inclusive em terras indígenas. Não há lei que proteja o indigenato dessa ocupação.

O Decreto n. 426, de 1845, feito para regulamentar a civilização e catequese dos índios, contém disposições para proteger os índios que vivem pacificamente em aldeias, porém não existe nenhum artigo que manda proteger as terras dos índios que não vivem em aldeamentos. Para esses resta a opção de descer para morar nas aldeias já existentes ou se sujeitar a fixar-se em nova aldeia, conforme dizem os parágrafos sete e oitavo, do artigo primeiro desse Decreto³⁶³.

Quando da elaboração da Lei de Terras, em diversos momentos³⁶⁴, os parlamentares mostram o seu receio da invasão dos índios nas propriedades dos não-índios. Para eles os índios infestam as terras e o governo falha ao não fazer a devida proteção dessa invasão. Esses discursos, que entendem os índios como invasores de terras, mostram que não era corrente a ideia de proteção do indigenato.

E fica sem apoio o discurso de Franco de Sá³⁶⁵, que reclama ao perceber que o projeto considera as terras indígenas como devolutas. Ao contrário, o discurso do deputado Sayão Lobato, em resposta a Franco de Sá, diz que as terras indígenas foram conquistadas pelos portugueses, e assim o Império poderia legislar sobre elas como quisesse, discurso que é apoiado pela Câmara:

“O nobre deputado principiou por desconhecer o direito que assistia á assembléa geral para dispôr de terras devolutas, porque disse elle que no Brazil não existem terras devolutas, visto que não forão ellas compradas aos indigenas, que erão

³⁶² LIMA, nota 46 *supra*, p. 53; GARCIA, nota 40 *supra*, p.25.

³⁶³ “Art. 1º Haverá em todas as Provincias hum Director Geral de Indios, que será de nomeação do Imperador. Compete-lhe:(...) § 7.º Inquirir onde ha Indios, que vivão em hordas errantes; seus costumes. e linguas; e Mandar Missionarios, que solicitará do Presidente da Provincia, quando já não estejão á sua disposição, os quaes lhes vão pregar a Religião de Jesus Christo, e as vantagens da vida social.

§ 8.º Indagar se convirá fazel-os descer para as Aldêas actualmente existentes, ou estabelecel-os em separado; indicando em suas informações ao Governo Imperial o lugar, onde deve assentar se a nova Aldêa.”

³⁶⁴ *Anais da Câmara dos Senhores Deputados (1843)*, tomo 2, Rio de Janeiro: Tipografia da viúva Pinto & Filho, 1883, sessão de 24 de julho de 1843, pp.396, sessão de 31 de julho de 1843, pp. 496 e 499; *Anais do Senado do Império do Brasil (1845)*, vol.1, Rio de Janeiro: Diretoria de Anais e Documentos parlamentares, 1950, sessão de 10 de janeiro de 1845, p. 27; *Anais do Senado do Império do Brasil (1847)*, vol.1, Rio de Janeiro: Diretoria de Anais e Documentos parlamentares, 1950, sessão de 15 de maio de 1847, p. 79; *Anais do Senado do Império do Brasil (1850)*, vol.5, Rio de Janeiro: Diretoria de Anais e Documentos parlamentares, 1950, sessão de 17 de julho de 1850, p. 304.

³⁶⁵ *Anais da Câmara dos Senhores Deputados (1850)*, tomo 4, Rio de Janeiro: Tipografia da viúva Pinto & Filho, 1883, sessão de 02 de setembro de 1850, p.772.

os verdadeiros senhores e possuidores.(...) Realmente, foi necessário que ouvisse ao nobre deputado para suppôr que pudesse haver uma opinião de que não é dado aos poderes do estado tomar quaesquer disposições a respeito do sólo, isto é, que dentro do Brazil quasi todo o terreno não pertence nem ao estado, nem propriamente aos brazileiros civilizados que o occupão!"³⁶⁶

Sayão Lobato reconhece que nas terras devolutas estão contidas as terras indígenas, mas explica que as terras indígenas são do Império, que pode dispor dessas como quiser:

"Seguramente foi a conquista o verdadeiro principio pelo qual um povo se apropriou de terrenos que não tinha, e nelles se constituiu em grande associação. Ora, que os portuguezes conquistárão os terrenos que hoje formão o estado do Brazil ninguem o duvida; que o conquistárão as hordas selvagens que nenhum direito certo, fixo, podião mesmo pretender nesses terrenos. (...) Em todo o caso os indigenas quasi que desapparecêrão do solo do Brazil; apenas restão em algumas localidades fragmentos de uma ou outra nação (...) se é possível reconhecer-se direitos em barbaros vivendo mais ao modo de fêras do que de homens. Emfim, Sr. Presidente, é escusado gastar tempo em discutir esta questão."³⁶⁷

Mendes Júnior diz que o governo imperial não podia se julgar com ampla jurisdição sobre os índios³⁶⁸. Porém, essa não é a visão que vence nas discussões parlamentares da Lei de Terras.

Não há artigo na Lei de Terras que lembre o indigenato e os índios apenas são mencionados quando se fala da reserva de colônias indígenas. E a própria reserva de terras devolutas para a colonização dos índios se contradiz com o indigenato, pois se realmente fosse reconhecido o indigenato os índios não precisariam de terras para sua colonização, a

³⁶⁶ *ibidem*, sessão de 03 de setembro de 1850, p.785.

³⁶⁷ *idem*.

³⁶⁸ MENDES JÚNIOR, nota 115 *supra*, p. 43.

não ser que se pense no caso de índios que estão sem terra e precisam de terras novas. E essa possibilidade demonstra a existência de índios que foram expulsos de suas terras, o que seria ilegal com o reconhecimento e proteção das terras originalmente ocupadas por indígenas.

Também, não se exclui expressamente as terras indígenas no artigo terceiro da Lei de Terras, artigo que exclui detalhadamente da devolução os tipos de terras dos não-índios. Por fim, nessa Lei, as posses são legitimadas e não se faz ressalva de que não se legitimariam as posses que foram feitas em terras indígenas.

Mendes Júnior argumenta que o Decreto n. 1.318, que regulamenta a Lei de Terras, mesmo que não diretamente, garante o indigenato no parágrafo primeiro do seu artigo 24 em que existe a ressalva de que as posses do primeiro ocupante só precisariam de legitimação se não tiverem outro título senão o da sua ocupação³⁶⁹. Assim, haveriam outros títulos pelos quais não se precisaria proceder à legitimação. Mendes Júnior diz que esse outro título para o primeiro ocupante é o indigenato³⁷⁰. Daí, o seu entendimento de que o Decreto n. 1318 e a Lei de Terras reconhecem e protegem o indigenato.

Mas essa interpretação exige que toda a proteção do indigenato, que é uma ideia complexa, estivesse subentendida em um único artigo do Decreto, entendimento que alteraria a Lei, pois essa não fala de indigenato.

O Decreto fala de títulos de compra, de doação e das concessões de sesmarias, além de explicar que os títulos legítimos são aqueles aptos para transferir o domínio. Assim o primeiro ocupante não-índio poderia ter qualquer um desses títulos e não precisaria legitimar sua posse. O índio não tinha nada disso e não há artigo que lhe conceda título especial de indigenato a fim de ter sua posse reconhecida.

Consequentemente, as terras dos índios não aldeados, que viviam fora da interferência do Estado, estavam fora de qualquer proteção.

Isso se confirma no episódio que ocorreu em 1879 da concessão de terras ocupadas por indígenas para particulares na região do vale do Xingu, pois se as terras dos índios fossem protegidas não poderiam ter sido concedidas³⁷¹.

Na arbitragem da fronteira entre a Guiana Inglesa e o Brasil, Joaquim Nabuco,

³⁶⁹ “Art. 24. Estão sujeitas á legitimação. § 1. As posses, que se acharem em poder do primeiro ocupante, não tendo outro título senão a sua ocupação.”

³⁷⁰ MENDES JÚNIOR, nota 115 *supra*, p. 59.

³⁷¹ Ver nota 50 *supra*.

advogado pelo Brasil, defende que os índios que habitam a região tem apenas a posse da terra, sendo que a propriedade seria do Estado brasileiro³⁷².

E mesmo a série de leis que se iniciou a partir da criação do SPI, precisou afirmar que as terras indígenas localizadas em terras devolutas dos estados federados deveriam ser protegidas. Apenas com a Constituição de 1934 as terras indígenas foram definitivamente protegidas, não sendo consideradas devolutas, e mesmo assim o Decreto n. 736 de 6 de abril de 1936³⁷³ precisou afirmar expressamente que as terras indígenas não se devem considerar devolutas. O que comprova que, pela Lei de Terras, as ocupações originárias indígenas ficaram devolutas, caso contrário todas essas leis não precisariam afirmar o que já existia.

Nesse sentido é interessante notar o voto do Ministro Nelson Jobim em decisão do Supremo Tribunal Federal, em que reconhece que as terras indígenas ficaram devolutas com a Lei de Terras de 1850, e que passaram para o domínio dos estados federados na começo da República até a Constituição de 1967, quando passaram para o domínio da união:

“Historicamente, no início do descobrimento – é evidente que todo o território nacional estava sob a posse indígena -, por força do direito de conquista, esse patrimônio todo passou às mãos da Coroa Portuguesa e depois evoluiu, chegando-se ao ponto, até mesmo, na Lei de Terras de 1850, Lei n. 610 – que V. Exa. Conhece -, de estabelecer como terras devolutas, que pertenciam à Coroa. Com a Constituição de 1891, as terras devolutas todas passaram para os Estados, e as terras ocupadas pelos índios eram tratadas como tal.”³⁷⁴

Assim, também não há ligação evolutiva entre a Lei de Terras e a proteção constitucional de 1988 sobre as terras indígenas.

G. O domínio estatal sobre as terras indígenas

³⁷² Ver tópico da Capítulo I. B. *supra*.

³⁷³ Nota 183 *supra*.

³⁷⁴ Voto do Ministro Nelson Jobim, STF, Plenário, RE 219.983, Rel. Min. Marco Aurélio, 9/12/1998.

Dispõe o inciso XI do artigo 20 da Constituição de 1988 que as terras indígenas são bens da União³⁷⁵. E sendo as terras indígenas bens da União decorre o dever da União de tutelar especialmente esta propriedade, protegendo-a de turbações e esbulhos.

Porém, não foi a Constituição de 1988 que deu à União o domínio das terras indígenas e, como vimos, nem sempre as terras indígenas foram bens do Estado. Os primeiros habitantes do Brasil eram proprietários da terra que ocupavam antes dos portugueses chegarem e estes, muitas vezes, lhes concederam sesmarias. Somente depois da independência do Brasil foi que as terras de ocupação indígena passaram para a propriedade da União³⁷⁶.

A grande transformação política do Brasil de colônia para país independente é um importante motivo para a mudança do tratamento jurídico das terras indígenas, mas não é o único. Ainda no período colonial, mesmo com a concessão de sesmarias para os índios, existiram diversas disposições legislativas que determinavam a administração das terras indígenas. E no período imperial as disposições relativas a essa administração se deram todas no campo infra constitucional. Todas essas disposições de administração das terras e posteriormente domínio das terras pelo Estado seguem uma linha comum de desenvolvimento do tratamento dos índios, no sentido de regular a vida dos nativos brasileiros.

Durante toda a história do Brasil, culminando no Estatuto do índio de 1973, houve expressamente uma política estatal com o objetivo de integração do índio aos modos de vida do não-índio e para isso foram criadas ferramentas jurídicas que ainda estão presentes na Constituição atual.

Quando se fala em tutela do índio deve se ter em vista dois aspectos: a tutela do índio em si e a tutela de seus bens. É a tutela dos bens dos índios que irá evoluir para o domínio das terras indígenas pela União.

Ao se submeter à tutela administrativa colonial ou à ordens religiosas, o índio deveria obedecer as regras de como ocupar sua terra, destaca-se nesse sentido o Diretório do período pombalino. As ocupações que obedeciam essas normas eram protegidas da expansão agropecuária feita pelos fazendeiros e colonos europeus.

Tanto é assim que D. João VI, precisou declarar guerra aos índios de São Paulo e

³⁷⁵ "Art. 20. São bens da União: (...) XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."

³⁷⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidações da Leis Civis*, Ed. fac-sim. da 3ª edição de 1876, vol. I, Brasília: Senado Federal, 2003, p. 373; HOLSTON, James, nota 53 *supra*, p. 709.

Minas Gerais, alegando que eram índios antropófagos e rebeldes, para poder conquistá-lhes as terras e distribuí-las em sesmarias para fazendeiros.

Com o Decreto n. 426, de 1845, é dado poder para os administradores dos índios de deslocar aldeamentos inteiros caso houvesse interesse. E isso se confirma pela Lei de Terras e o Decreto que o regulamenta. As terras ocupadas por indígenas, que ainda não foram encontrados e não estavam sob o regime do Decreto n. 426, são consideradas devolutas e dever-se-ia formar aldeamentos e reservas com esse índios, que seriam localizados onde o governo decidisse ser melhor.

Tudo isso evitou os confrontos entre o governo e os fazendeiros, que, diferentemente do período colonial, não teriam que respeitar a ocupação indígena, pois mesmo se a tribo indígena já estivesse fixada em reserva ou aldeamento, esta poderia ser deslocada.

Mas isso apenas se tornou possível quando o Estado brasileiro incorporou aos seus bens as terras ocupadas por índios, podendo então justificadamente e discricionariamente alterar a sua localização.

Com a República essa política continua. Como vimos, a posse indígena foi reconhecida e protegida pela Constituição de 1934, mas não a propriedade do índio.

A inovação da atual Constituição é o reconhecimento da posse indígena tradicional, que não precisa seguir os moldes de aproveitamento de terra do não-índio, não precisa ser uma posse estável. Assim uma região pode não ser usada para agricultura e sim para a caça, que mesmo assim é área reconhecida de posse indígena, conforme o parágrafo primeiro do artigo 231 da Constituição³⁷⁷.

Entretanto, com a Constituição Federal de 1988 continua a determinação de que as terras indígenas são do domínio do governo, prática iniciada no período imperial por não se considerar o índio capacitado para ocupar as terras sem a intervenção do Estado, que assim decidiria o lugar para a localização das ocupações e a maneira de desenvolvê-las.

Para José Afonso da Silva, assim deve ser pois *“a outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente a preservá-las e a manter o vínculo que se acha embutido na norma (...), ou seja: cria-se, aí, uma propriedade vinculada ou*

³⁷⁷ “ § 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.”

propriedade reservada, com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis.(...) Isso mostra que a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do direito civil”³⁷⁸.

H. A concessão de usufruto como etapa para integração

O parágrafo segundo do artigo 231 da Constituição determina que os índios têm o usufruto das terras que ocupam³⁷⁹. A União, proprietária dessas terras, concede aos índios o seu usufruto.

A primeira vez que a concessão de usufruto aos índios aparece na legislação nacional é no Decreto n. 426 de 24 de julho de 1845, que regulamentou o funcionamento das Missões de catequese e civilização dos Índios. Destaca-se que na época não houve nenhuma distinção do usufruto voltado aos índios para o usufruto comum. Então vejamos como era regulado o usufruto em geral na época.

1. Usufruto no direito colonial e imperial

Nas Ordenações Filipinas não existe definição legal do usufruto, mas apenas alguns casos em que é aplicada, por exemplo o usufruto do pai sobre os bens adventícios do filho não emancipado (Ord.liv.IV.tit.97,§19).

O jurista português Pascoal José de Melo Freire, no final do século XVIII, classifica em suas Instituições o usufruto como uma das servidões pessoais. Ele se fundamenta no direito romano, mas como ele diz “*sem as suas reprovadas subtilezas*”, que muitas vezes se chocavam com os costumes portugueses.³⁸⁰ Para explicar o que é o usufruto cita o Digesto 7.1.1: “*ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.*” Assim para Melo Freire o usufruto “*seria o direito de usar e fruir as coisas alheias sem alterar a sua substância*” esse direito compreende os frutos da coisa que se destinam à utilidade, necessidade e deleite do usufrutuário, sendo que essa utilização deve

³⁷⁸ AFONSO DA SILVA, nota 350 *supra*, pp. 865-869.

³⁷⁹ “(...)§ 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.”

³⁸⁰ MELO FREIRE, Pascoal José de, *Instituições de Direito Civil*, tradução MENESES, Miguel Pinto de, in Boletim do Ministério da Justiça, v.165, Lisboa, 1967, L.3, Tit.13, §§I-VIII.

ser feita como “*bom e sóbrio pai de família*”.

Mais uma vez utilizando-se do Direito Romano, Melo Freire cita as *Institutas* 2.4.3, para explicar que o usufruto pode se extinguir pelo mal uso da coisa pelo usufrutuário, ou por sua morte, ou perecimento da coisa, ou consolidação, ou não-uso da coisa no tempo legítimo.

No Digesto Português, de 1836, o usufruto também é classificado como uma espécie de servidão, se fundamentando no Direito Romano. Explica que o não-uso por 30 anos supõe que o usufrutuário renunciou ao usufruto, conforme o Código Civil francês art.617. Além disso, se há mal uso da coisa, o proprietário pode requerer o sequestro dos bens ou cominação de pena de perdimento do usufruto com base em artigos do Código Prussiano e Francês³⁸¹.

No Brasil, do mesmo modo, trata o assunto Lourenço Trigo de Loureiro. Utilizando as fontes do Direito Romano e artigos do Código Civil Francês e Prussiano, afirma que o usufruto não se acha regulado nas leis brasileiras e que as Ordenações apenas indicam alguns casos em que ele acontece, devendo por isso se socorrer ao Direito Romano e aos Códigos modernos das nações cultas. Ainda explica que o usufrutuário não pode abusar, dispor ou deteriorar a coisa usufruída³⁸². Também Antonio Joaquim Ribas se utiliza do Direito Romano ao tratar do usufruto³⁸³.

Lafayette Rodrigues Pereira, da mesma maneira, se utilizando do Direito Romano e Códigos de outras nações, explica que o usufrutuário não pode alterar, transformar, destruir a coisa usufruída de sua forma atual e também não pode mudar o destino da coisa. Para ele o usufruto tem um caráter temporário, se extingue pelo não-uso e, também, com a transformação substancial da coisa³⁸⁴.

Joaquim Antonio Caneiro da Cunha Miranda, igualmente usando o Direito Romano e Códigos estrangeiros, expõe que o usufruto acaba pelo não-uso, ou com uma mudança absoluta, quando se torna diverso do que era antes³⁸⁵.

Assim no século XIX, os índios que recebiam a concessão de usufruto das terras

³⁸¹ CORRÊA TELLES, José Homem, *Digesto Portuguez*, Tomo III, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1836, §§ 504, 579 e 585.

³⁸² TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, 4ª edição, Tomo II, Rio de Janeiro: B.L.Garnier, 1872, pp. 84-88.

³⁸³ RIBAS, Antonio Joaquim, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Tomo II, Rio de Janeiro: B.L.Garnier, 1880.

³⁸⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Cousas*, vol.I, Rio de Janeiro: B.L.Garnier, 1877, pp. 244-287.

³⁸⁵ CUNHA MIRANDA, Joaquim Antonio Caneiro da, *Estudo Elementar de Direitos de usufruto*, Recife: Typ.Mercantil de Carlos Eduardo Muhlert, 1871, pp. 1, 16, 156 e 162.

que estavam na sua posse submetiam-se às regras do usufruto do Direito Romano, da maneira que foi adaptado, em Portugal, além das regras dos códigos então vigentes na Europa, já que o Brasil ainda não tinha código próprio. Segundo essas regras, o usufruto tinha caráter temporário e, de fato, o mesmo era concedido aos índios até o momento em que se integrassem à sociedade considerada civilizada, quando poderiam adquirir a propriedade de terras como qualquer outra pessoa. Ainda com base nessas regras, deveriam manter a terra usufruída nas mesmas características em que a receberam. Se ocorresse uma alteração substancial o usufruto terminaria, o que também ocorreria se a terra fosse abandonada.

Ressalta-se, ainda, que na época o índio era equiparado ao órfão, logo estava submetido à tutela do juiz dos órfãos. Interessante observar como com os índios, apesar de serem tratados como órfãos, se operou uma inversão da função do usufruto, pois o órfão mantém a propriedade da coisa e ao gestor de seus bens é dado o usufruto, para que possa melhor administrá-los até sua emancipação. Com os índios a propriedade do bem fica com o tutor e ao tutelado fica o usufruto, evidenciando-se a expropriação dos bens do protegido que, ao se emancipar, perdia os bens de que tinha a posse original.

Apesar disso, a concessão de usufruto era tida como uma das vantagens dadas aos índios bem comportados, sendo um meio para incentivar a catequese e a civilização dos índios. Somente àqueles integrados era concedida a propriedade da terra.

O usufruto também foi uma maneira de controlar o modo de ocupação do índio restringindo as maneiras de aproveitamento da terra considerados civilizados, pois ao índio que não estivesse em processo de integração não era concedido usufruto.

2. Usufruto no direito republicano

Com o Código Civil de 1916 o usufruto adquire uma legislação nacional. É nesse período que o usufruto concedido aos índios começa a se diferenciar do usufruto civil.

Clovis Bevilacqua, o autor do Código Civil de 1916, explica que, segunda a nova lei, o usufruto não se aliena ou transmite hereditariamente e que é temporário.

A legislação determina que o usufruto do direito de família dispensaria registro, sendo que o usufruto poderia ser concedido por testamento, enquanto que a concessão por

ato entre vivos exigiria registro. Bevilacqua explica que a principal vantagem do usufruto é a inalienabilidade e o fato de ser ordinariamente gratuito, criado para beneficiar alguém, dando meios de prover à sua subsistência, ou pelo menos um subsídio, mas, além disso, o seu exercício poderia ser transferido.

Quanto às restrições, o usufrutuário não poderia transformar, por exemplo, uma fazenda de gado em engenho de açúcar. Contudo, essa restrição não existe no usufruto do direito de família. E a extinção do usufruto por culpa do usufrutuário deveria operar-se judicialmente³⁸⁶.

É o nu-proprietário que pode requerer a extinção do usufruto, quando o usufrutuário aliena ou deixa arruinar os bens. A destruição total da coisa põe termo ao usufruto. O usufruto pode prescrever-se pelo tempo e também há possibilidade de renúncia do usufruto³⁸⁷.

Para Pontes de Miranda, o usufruto é o exercício do direito de propriedade, que é limitado no tempo e adstrito à determinação econômica. Usufruto é direito subjetivo com faculdade, pretensão e ações. É um direito real limitado e é intransmissível, sendo que “*a temporariedade é essencial ao usufruto. Se pudesse ser concebido como perpétuo, teria quase todos os inconvenientes da enfiteuse.*”³⁸⁸. Mas, quando interpreta a Constituição de 1969, Pontes de Miranda entende que a posse do indígena tem maior proteção que a posse comum, pois não se cogita da duração da posse nem do seu limite temporal. Sua posse é imediata (direta) e imprópria, não a título de proprietário. O usufruto é normalmente intransferível e assim é o concedido constitucionalmente. E ele explica que apenas se o silvícola já tivesse capacidade civil poderia dispor de bens³⁸⁹.

Para Orlando Gomes, o usufrutuário tem obrigação de conservar-lhe a substância. O usufruto é temporário e é intransmissível, o que constitui um entrave à circulação da riqueza. Sua função econômica é precipuamente assegurar a certas pessoas meios de subsistência, com uma finalidade alimentar, razão porque se restringe praticamente às relações familiares. A posse é a condição para o exercício dos direitos do usufrutuário. Se

³⁸⁶ BEVILQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. III, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, pp. 263-299.

³⁸⁷ BEVILQUA, Clovis, *Direito das Coisas*, vol. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, pp. 358-386.

³⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 3ª edição, Tomo XIX, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp. 4-16.

³⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.1 de 1969*, 2ª edição, Tomo VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 456.

extingue por culpa do usufrutuário, se esse não conserva o bem³⁹⁰.

Também Washington de Barros Monteiro aponta a temporariedade como característica do usufruto. Sua extinção se dá pela cessação da causa da qual se origina. Na sua exposição cita a possibilidade de usufruto em favor dos silvícolas, mas não dá maiores explicações sobre seu funcionamento³⁹¹.

Limongi França explica que o usufruto é um desmembramento da propriedade, é temporário, não afeta a substância da coisa e é inalienável, a não ser no seu exercício. Sua extinção se dá com a cessação da causa que lhe deu origem, pelo perecimento do objeto, por prescrição ou por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora ou deixa arruinar o bem³⁹².

Darcy Bessone ensina que o usufruto é um direito real em que o usufrutuário pode usar e gozar da coisa sem a intermediação ou colaboração do nu-proprietário. É direito temporário, nunca perpétuo. Tem em regra função alimentar “*quase sempre é instituído para proporcionar meios de subsistência ao usufrutuário*”. Não podem ser objeto de usufruto as coisas fora do comércio. A substância da coisa deve ser conservada; assim, o usufrutuário tem como principal obrigação restituir a coisa no fim do usufruto, devidamente conservada. O usufrutuário deve respeitar a destinação própria dos bens que receba em usufruto. Se extingue pela cessação da causa de que se origina como, por exemplo, a emancipação de menor ou a dissolução da sociedade conjugal³⁹³.

Dessa maneira, no século XX, além de haver uma legislação nacional sobre usufruto, há também leis específicas em relação ao índio. O índio não é mais equiparado juridicamente a um órfão, mas está sob a tutela do SPI, e depois, da FUNAI, enquanto não estiver integrado.

Com o SPI proíbe-se definitivamente o uso da força para lidar com os índios, sendo concedido o usufruto para os índios que vivessem conforme seu hábitos originais. Mas, ao mesmo tempo, o SPI administrava centros agrícolas, que funcionavam como polos de atração de índios para se tornarem trabalhadores rurais. Nos centros agrícolas o índio recebia um lote de terra que deveria ocupar conforme as normas do centro, ou seja, com uma casa individual e uma produção agropecuária, não sendo permitido ocupar o lote

³⁹⁰ GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 294-309.

³⁹¹ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, 22ª edição, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 304-325.

³⁹² LIMONGI FRANÇA, R., *Instituições de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 529-538.

³⁹³ BESSONE, Darcy, *Direitos Reais*, São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 348-358.

conforme suas práticas de vida originais. No começo era concedido o usufruto desse lote de terra para o índio, que para obter a sua propriedade deveria pagar por ela, o que seria facilitado se ele tivesse bom comportamento. Assim, na medida que o indígena se adaptasse ao trabalho e à nova vida seria emancipado da tutela do SPI, tornando-se proprietário do seu lote de terra. E, paralelamente, as suas terras de ocupação originária ficavam abandonadas, podendo o Governo dispor delas como quisesse.

Esse método continuou presente mesmo com o Estatuto do índio, que prevê um procedimento para que o índio possa requerer a sua emancipação, deixando de ser tutelado pela FUNAI, e podendo ser proprietário de terra como qualquer outro brasileiro, sendo que antes da emancipação ele apenas podia ser usufrutuário delas³⁹⁴.

Com o Código Civil de 2002 a interpretação do usufruto civil pouco mudou. Continua sendo um direito essencialmente temporário, no máximo vitalício, que tem caráter alimentar e matiz personalíssimo³⁹⁵. O usufrutuário tem a obrigação de conservar a substância da coisa e seu direito é inalienável³⁹⁶. Também para Caio Mário da Silva Pereira, é temporário: “*se ao usufruto for atribuída perpetuidade, desfigura-se*”. Se extingue pela cessação de motivo ou por culpa do usufrutuário³⁹⁷. Não é proibida a cessão do exercício do usufruto e caso se quisesse esse efeito deveria se conceder o simples uso³⁹⁸.

Para Fábio Ulhoa Coelho, o usufruto é na maioria das vezes utilizado para relações patrimoniais entre familiares como, por exemplo, para facilitar a sucessão, sendo necessariamente temporário³⁹⁹.

Silvio Rodrigues explica que a preservação da substância é elementar à noção do usufruto e que só se pode alienar para o nu-proprietário. A finalidade do usufruto é assistencial, no sentido de assegurar ao usufrutuário os meios de prover a sua subsistência. O usufrutuário deve devolver a coisa no estado em que a recebeu, salvo deterioração resultante do exercício regular do usufruto. Não pode cortar árvores frutíferas, não pode

³⁹⁴ Ver PALLEMAERTS, Marc, *Development, Conservation, and Indigenous Rights in Brazil*, in Human Rights Quarterly, v. 8, 1986, p. 389, sobre as restrições na utilização da terra que o usufruto impõe ao índio.

³⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, *Comentários*, in Villaça Azevedo, Álvaro (coord.), *Código Civil Comentado*, vol. XIII, São Paulo: Atlas, 2004, pp. 118 e 134.

³⁹⁶ DOWER, Nelson Godoy Bassil, *Curso Moderno de Direito Civil*, 2ª edição, vol. 4, São Paulo: Welpa, 2006, pp. 375 e 377.

³⁹⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, 19ª edição, vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 290-304.

³⁹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*, 7ª edição, vol.5, São Paulo: Atlas, 2007, pp. 435, 439, 447, 451 e 461.

³⁹⁹ ULHOA COELHO, Fábio, *Curso de Direito Civil*, 2ª edição, vol. 4, São Paulo, Saraiva, 2009, pp.197 e 205.

exaurir a terra, deixar de adubá-la, de acordo com as regras elementares de agricultura e costumes locais: se violar tais obrigações, pode perder o direito. Se extingue também pela cessação da causa que o origina, pela prescrição ou não-uso⁴⁰⁰.

Interessante destacar a função alimentar do usufruto, de prover ou ajudar a prover a subsistência do usufrutuário. Caráter que se identifica com uma das funções da terra para o índio. No entanto, a terra não tem apenas finalidade econômica para o índio; também, e principalmente, é a terra que permite a sua reprodução cultural e social, de maneira que a mera concessão do usufruto da terra ao índio diminui-lhe a função que de fato representa.

O usufruto também é caracterizado pela necessidade de manter a coisa usufruída no estado em que se deu a concessão ou no estado em que seu uso razoável lhe transforma. Para os índios isso representaria a impossibilidade de alteração do seu modo de vida, ao menos no que diz respeito a exteriorização de seu modo produção, só poderia modificá-la se fossem integrados, ou seja, precisam deixar de viver conforme seus costumes para poderem aproveitar de maneira plena as terras que ocupam.

Mas, como José Afonso da Silva explica, não se pode entender o usufruto constitucionalmente concedido aos índios com as mesmas características do usufruto civil, pois é um usufruto especial. Para esse autor, não se pode ter uma cultura estática: os índios não param no tempo. E sua reprodução cultural não destrói a identidade cultural original da comunidade, nem a descaracteriza a adoção de instrumentos novos ou de novos utensílios, porque são mudanças dentro de uma mesma identidade étnica⁴⁰¹.

De fato a Constituição de 1988, no capítulo dos índios, dispõe sobre uma proteção dos direitos indígenas que dá importância a seu modo de vida, sua cultura e seus costumes. No entanto, coloca todos essas funções em um instituto jurídico que não foi originalmente pensado para esse fim. Esse usufruto para proteger o que a Constituição indica tem características tão distintas do usufruto do direito civil que melhor seria se não tivesse sido chamado usufruto e se tivesse criado um instituto especial e específico para essa relação jurídica.

Em outro sentido, Paulo de Tarso Siqueira Abrão defende que o usufruto não é limitador da atividade econômica do índio desde que não comprometa a sustentabilidade ambiental da terra. Para ele os frutos percebidos são bens coletivos e devem ser

⁴⁰⁰ RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, 28ª edição, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 295-311.

⁴⁰¹ AFONSO DA SILVA, nota 350 *supra*, pp. 865-869.

direcionados para a manutenção dos instrumentos do usufruto da comunidade⁴⁰².

Porém, além de não se voltar exclusivamente para suprir as necessidades de subsistência do índio, ele não é temporário, característica que, como vimos, a doutrina aponta como fundamental ao usufruto.

No entanto, assim como o usufruto civil, o usufruto constitucional não pode ser alienado. E ainda permanece a possibilidade de que se o bem for abandonado, sua propriedade se consolide na titularidade da União, o que também se aplica ao usufruto civil.

Assim explica Pinto Ferreira, a nua propriedade é da União, que tem a posse indireta, já o usufruto exclusivo e a posse direta é dos índios. E essas terras serão revertidas à posse e à propriedade plena da União, quando abandonadas de modo espontâneo e definitivo pelas populações indígenas. Pois, mesmo sendo um usufruto constitucional, continua sendo um direito real sobre coisa alheia⁴⁰³.

Historicamente, o usufruto foi utilizado como uma ferramenta de expropriação de terras dos índios e ao mesmo tempo de incentivo a sua aculturação, ambas funções que não se buscam mais. Ainda assim, hoje é concedido o usufruto ao índio⁴⁰⁴.

I. Destinação das aldeias abandonadas

Além da propriedade e do usufruto outro importante aspecto relativo aos índios teve uma interessante evolução: o tratamento jurídico das aldeias abandonadas.

Essa característica é outra evidência de como é protegida e reconhecida a posse indígena.

Durante o período colonial e no começo do Império eram concedidas cartas de sesmarias para os aldeamentos indígenas que estavam em processo de integração.

Vivendo em sesmaria, os índios deveriam cumprir as condições para a sua concessão. Assim, a sesmaria abandonada tornava-se devoluta e poderia ser novamente concedida como sesmaria, sendo que aos índios apenas restava a possibilidade de requerer uma sesmaria se fossem representados por um religioso ou alguma autoridade.

⁴⁰² SIQUEIRA ABRÃO, Paulo de Tarso, nota 301 *supra*, pp. 1227-1229.

⁴⁰³ PINTO FERREIRA, nota 351 *supra*, pp.446-448.

⁴⁰⁴ Ver RODRIGUES, Maria Guadalupe Moog, *Indigenous Rights in Democratic Brazil*, in *Human Rights Quarterly*, v. 24, 2002, pp. 487 e 488, que aponta que a continuação da prática de conceder o usufruto aos índios é fruto da política paternalista e assimiladora do Estado brasileiro em relação aos índios.

Logo uma das opções para um particular adquirir uma terra de aldeamento indígena era fazer com que ela fosse abandonada, o que muitas vezes foi feito com o uso da força⁴⁰⁵.

No período imperial se a aldeia já estava bastante integrada, contando com apenas descendentes de índios, podia ser considerada abandonada, pois não era mais habitada por índios, mas por índios já misturados à população. Assim era considerada devoluta, passível de aquisição por colonos⁴⁰⁶.

Durante a República, o SPI atuou no sentido de incentivar o abandono dos aldeamentos pelos índios para irem morar nos centros agrícolas. A ocupação original ficava, assim, na disposição total do governo. E com o Estatuto do índio essa possibilidade continuou a existir.

Todas essas disposições, desde aquelas dos tempos coloniais, deixam entrever quando se justifica uma proteção estatal às terras indígenas. No período colonial e imperial apenas se protegiam os aldeamentos de índios; dessa maneira, findo o aldeamento, essa terra voltaria a se igualar às terras dos índios que não viviam aldeados. E na República a proteção se estende aos índios até o momento em que eles se incorporem plenamente aos modos de vida dos não-índios.

Depois da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal determinou na súmula nº 650 que os aldeamentos indígenas abandonados deixam de ser bens da União⁴⁰⁷.

Ainda antes da Constituição de 1988, o STF já havia decidido que a competência para legislar sobre terras indígenas abandonadas é da União⁴⁰⁸

Um dos precedentes dessa súmula foi o recurso extraordinário n. 219.983⁴⁰⁹. Nele fica clara a intenção de deixar de fora do domínio da União as terras que foram ocupadas por índios em um passado remoto. Nesse recurso os ministros discutem se com a ampliação da abrangência das terras indígenas, já que agora se reconhece sua posse tradicional e não

⁴⁰⁵ HELY SILVA, Edson, *O lugar do índios. Conflitos, esbulhos de terras e resistência indígena no século XIX: o caso de Escada-PE (1860-1880)*, Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em História da Universidade Federal de Pernambuco, em cumprimento às exigências para a obtenção do grau de Mestre em História. ORIENTADOR: Prof. Dr. Marcus Joaquim Maciel de Carvalho, 1995, p.106.

⁴⁰⁶ Essa classificação de aldeias integradas em aldeias extintas aconteceu, por exemplo, no nordeste conforme DANTAS, Beatriz G.- SAMPAIO, José Augusto L.- CARVALHO, Maria Rosário G. de, *Os povos indígenas no nordeste brasileiro – Um esboço histórico*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 452.

⁴⁰⁷ A súmula n. 650 enuncia: "os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto".

⁴⁰⁸ STF, Representação 1.100-3/AM, Relator: Min. Francisco Rezek, 15/03/1984.

⁴⁰⁹ O outro precedente da súmula que pouco acrescenta a esse é o RE 249.705-3/SP, Relator: Min. Moreira Alves. 24/08/99.

mais apenas a permanente, deveriam reconhecer-se aquelas terras tradicionais dos índios que foram esbulhadas no passado, por não estarem entre as terras de ocupação permanente. Os Ministros acabam concordando que não se deve reconhecer essa ampliação para o passado e apenas reconhecer as ocupação duradouras⁴¹⁰.

Assim essa súmula veio para consolidar as ocupações que aconteceram em aldeias abandonadas. Mas, ressalte-se, a súmula 650 apenas se refere ao passado, não se aplicando para as posses reconhecidas depois da Constituição de 1988.

É como bem explica Manuel Gonçalves Ferreira Filho, “*a Constituição garante aos indígenas a posse das terras que tradicionalmente ocupam. Note-se que o verbo está no presente: 'ocupam'. Assim, não lhes é garantida a posse de terras que tenham ocupado no passado, mas já não se ocupem no presente (na data da entrada em vigor da Constituição)*”⁴¹¹.

Antes, quando não havia proteção geral para as terras indígenas, os índios poderiam ser expulsos de suas terras e o conquistador poderia assenhorar-se delas. Quanto aos aldeamentos indígenas, se eles fossem abandonados poderiam ser adquiridas por agentes privados. Com a Constituição de 1988, todas as terras indígenas são protegidas e não podem ser adquiridas por outras pessoas. Apenas os antigos aldeamentos extintos é que deixam de contar com proteção constitucional.

⁴¹⁰ STF, Plenário, RE 219.983, Rel. Min. Marco Aurélio, 9/12/1998.

⁴¹¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, nota 359 *supra*, p. 117.

Conclusão

Os longos cinco séculos de história do Brasil contam uma triste história para as populações indígenas. Hoje ainda há graves conflitos de terras entre índios e não-índios.

As leis têm a sua contribuição nessa situação. Apesar da Constituição Federal de 1988 reconhecer o direito de o índio ser índio, afastando objetivos de assimilação da população indígena, há resquícios normativos da época em que a integração era a política estatal.

A política indigenista foi basicamente definida na história pelo confronto de dois polos de influência: um que visa a defender os direitos dos índios, e outro que tem por objetivo se utilizar dos índios com o fim de obter vantagens. Muitas vezes é uma linha tênue que separa essas duas visões. Quando, por exemplo, se protege a terra que o índio ocupa independente, de qualquer contraprestação, e, de outro lado, quando se captura índios para poder escravizá-los (como acontecia na época colonial), fica claro de que lado está o autor da medida. Porém, ações protetivas em relação ao índio, que ao mesmo tempo buscam integrar-lhes a um modo de vida diverso do seu, situam-se num campo mais nebuloso e polêmico, que é bastante ilustrativo da história do tratamento jurídico do índio no período republicano brasileiro.

A defesa do indigenato por Mendes Júnior foi um dos propulsores para maiores garantias aos direitos dos índios. Entretanto a proteção das terras indígenas, na atualidade, independe do indigenato, não se necessitando resgatar a memória da posse imemorial do índio, sendo, hoje fixado a data da promulgação da Constituição de 1988 como marco para a proteção das ocupações tradicionais dos índios.

No Império as terras indígenas ingressaram no domínio do Estado como terras devolutas. Por terem suas terras confundidas entre as devolutas, os índios não tinham nenhuma garantia de se manterem nas áreas que originalmente ocupavam, e até mesmo hoje o Estado, como proprietário das terras indígenas, pode deslocar populações inteiras, respeitados alguns critérios.

Aos índios, também desde o Império, é concedido o usufruto das terras que ocupam, o que restringe o seu uso.

O destino das terras de aldeias abandonadas mostra como era frágil a proteção das terras indígenas nos tempos coloniais e imperiais, pois as aldeias abandonadas poderiam

ser legitimamente adquiridas por sesmeiros ou, posteriormente, posseiros, o que muitas vezes incentivava o ataque aos aldeamentos. Atualmente não existe mais essa possibilidade, sendo que a súmula 650 do STF se refere somente a esses antigos aldeamentos e não a todas as posses atualmente protegidas pela Constituição.

Mas, devem entender-se esses três pontos (domínio da União, usufruto, e abandono de aldeias) de forma conjunta. Trata-se de um método de ocupação das terras indígenas e integração dos índios. Esse método foi aplicado pelo SPI e depois pela FUNAI. A União, tendo o domínio das terras indígenas, pode escolher onde quer que uma aldeia se fixe. Concedendo a essa aldeia apenas o usufruto, mantém a região conservada até que os índios sejam assimilados aos modos de vida dos não-índios. Quando forem assimilados a aldeia será abandonada ficando essa terra disponível para ocupações dos não-índios.

Esse elaborado sistema atinge o ápice no Estatuto do índio, na época da ditadura militar, quando o governo decide fazer uma série de obras em terras indígenas, principalmente estradas para integrar o país.

Desde então, o Brasil com uma nova Constituição e o apoio de vários documentos internacionais, indicava o fim dessa política. Vimos, no entanto, que as ferramentas jurídicas utilizadas no processo de aculturação, quais sejam, domínio estatal das terras indígenas e concessão de usufruto continuam, presentes na Constituição de 1988. Se esses instrumentos podem ser adaptados para a nova tarefa é matéria para outro estudo; contudo se forem aplicados do modo que foram originalmente pensados, é certo que há uma incoerência gritante no tratamento jurídico atual dos índios brasileiros.

É verdade que houve uma grande evolução no período republicano dos direitos indígenas. Foi criada uma organização estatal federal para a proteção dos índios, o SPI, tarefa que até então era da competência dos estados membros, o que representava uma grande variedade no tratamento dos índios e a falta de uma política comum em relação aos nativos. Mesmo assim, os estados membros muitas vezes resistiram a atuação do SPI, que demandava a reserva de terras devolutas de domínio dos estados para o aproveitamento dos índios.

O conflito entre os entes da federação propiciou o contexto para a constitucionalização dos direitos indígenas, com a definitiva transferência da competência da administração das questões indígenas para a União. Assim, não havia mais a necessidade de barganhar com os estados por terras devolutas, já que a posse permanente

dos índios bastava para protegê-los, independentemente da titularidade da terra sobre a qual a ocupação se dava. Tal entendimento foi repetido em lei posterior e por julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

O último passo dessa linha de evolução foi com a Constituição de 1967, que passou a titularidade de todas as terras ocupadas por índios para a União, pondo um fim na discussão jurídica sobre a quem pertenciam essas terras.

Com a Constituição de 1988 se teve um avanço de outro tipo, mas que novamente ocasionou conflitos entre os entes da federação. A posse indígena constitucionalmente protegida, até então, era a permanente e em 1988 passou a ser a posse tradicional. Essa mudança representou um reconhecimento do valor do modo de vida tradicional do índio, em que a proteção se dá independente dos índios adotarem ou não um certo modo de produção e de extração de seus recursos naturais, sem, também, impor um limite temporal para que isso eventualmente ocorresse. Uma das consequência disso foi que os entes da federação tiveram e têm que reconhecer a posse aos índios, não apenas daquelas terras em que moram e produzem uma agropecuária, de forma permanente, mas também daquelas áreas que podem aparentemente parecer inutilizadas, mas que têm uma importância para a cultura e sociedade indígena, além de possibilitar ao índio vida sem morada fixa ou sem produção permanente, dentro de uma grande área atribuída a ele.

Outro avanço alcançado com a Constituição de 1988 foi que caberia ao Congresso Nacional autorizar a pesquisa e extração de riquezas naturais localizadas em terras indígenas, também necessária para a remoção de tribos de suas terras em casos emergenciais. Antes, o Poder Executivo não necessitava dessa autorização para realizar essas medidas. Assim, essa autorização se coloca como um controle sobre a atuação discricionária da administração pública.

Mas esta dissertação, tentou demonstrar, como apesar de todo esse desenvolvimento existe, uma área em que pouco se modificou, que ficou como que estagnada nesse último século: é a questão da autodeterminação dos povos.

No passado a autodeterminação foi utilizada como justificativa para os povos lutarem por sua independência, principalmente, no caso das antigas colônias. Aplicada aos povos indígenas, documentos internacionais e a doutrina falam de um nova função para a autodeterminação, que exclui a de legitimar movimentos de independência. É o poder de livremente dispor dos seus recursos naturais, não ser privado de seus meios de subsistência,

organizar sua política interna e financiar suas funções autônomas.

Quanto à livremente dispor dos seus recursos naturais, os índios brasileiros contam com uma séria limitação, primeiro por não serem donos de seus recursos naturais, já que a titularidade de suas terras é do governo, e segundo por apenas contarem com o usufruto desses recursos, o que restringe a forma de utilizá-los. E esse fator também atinge sua capacidade de financiar suas funções autônomas.

Com a autorização do Congresso Nacional para pesquisar e extrair recursos naturais em terras indígenas, os índios podem ser privados de seus meios de subsistência e até deslocados de suas ocupações originais.

Enfim, tudo isso evidencia a falta de poder para organizar sua política interna, já que contam com todas essas limitações externas na forma de organizar seu modo de vida.

Durante o funcionamento do SPI, a falta de autodeterminação era clara. Os índios não tinham outra opção a não ser aceitar e participar do sistema, então determinado por lei federal, deveriam ser localizados e suas terras demarcadas, tudo para facilitar o controle estatal sobre seu modo de vida. Depois deveriam ser incentivados a se integrar e, pouco a pouco, abandonar seus costumes e ritos originais com o fim de se tornarem trabalhadores rurais.

Logo depois da substituição do SPI pela FUNAI, pouco mudou nesse sentido, principalmente considerando as grandes obras de infraestrutura que foram feitas em terras indígenas visando a desenvolver o interior do país, aumentar a segurança das fronteiras e facilitar a integração de índios que ainda estavam em maior isolamento. Tudo isso foi feito sem levar em conta a opinião dos índios atingidos. Mas, independentemente do seu modo de vida, mesmo se viverem de forma totalmente isolada, os índios devem ser comunicados da ação do Estado, como foi feito na criação do Parque do Xingu, em que os índios foram pacificamente contatados e aceitaram a criação do Parque..

Ressalva-se que durante a elaboração da Constituição de 1988, nos trabalhos da Constituinte, houve sim participação direta de representantes dos índios, que puderam discursar em igualdade com outras pessoas e puderam apresentar sugestões e propostas para os direitos indígenas, a serem escritos na lei maior do país. Nessas ocasiões sugeriram propostas e pedidos para que houvesse de fato uma maior participação dos índios nas políticas públicas que os afetassem. Entretanto, pouco ficou definido nessa questão.

Nesse sentido, existe na Constituição o dever de consultar os indígenas apenas em

determinados assuntos, mas sem que essa consulta seja determinante para a decisão final da medida a ser adotada.

Apesar da falta de previsão de instrumentos que favoreçam o direito à autodeterminação dos índios na legislação nacional, não ocorre o mesmo na esfera internacional.

Trata-se das Convenções n.107 e 169 da Organização Internacional do Trabalho e da Declaração da Organização das Nações Unidas sobre os povos indígenas, que o Brasil ratificou ou apoiou quando da sua elaboração, sendo que as Convenções da OIT têm força vinculante em relação aos Estados que as ratificarem. Todos esses documentos internacionais falam sobre a necessidade dos Estados reconhecerem aos índios a propriedade das terras que os indígenas ocupam.

O reconhecimento da propriedade coletiva representaria o fim de uma posição paternalista do Estado, admitindo a capacidade dos índios de administrarem seus bens, além de colocar fim a um sistema que no início visava a deslocar os índios de suas ocupações originais.

Os tratados internacionais também falam da necessidade de realizar uma consulta prévia aos índios sobre as medidas governamentais que os afetem. Consultas que, se realizadas e ouvidas, poderiam ter evitado muitos conflitos na ocupação do interior do Brasil.

Lembra-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já determinou a validade dessas obrigações internacionais e impôs condenações em casos concretos de desrespeito. Embora a falta de regulamentação interna sobre o assunto, o Brasil se comprometeu internacionalmente a assim proceder. Portanto, para que todos os avanços alcançados durante um século de república não fiquem frustrados no momento em que mais se mostram fortalecidos, eles devem ser cumpridos para conseqüentemente não se permitirem retrocessos.

A proteção das terras indígenas durante o período republicano é uma história de sucesso, partiu-se de um ponto em que quase inexistiam proteções para, hoje, ser respeitado e protegido seus costumes e tradições. Entretanto, continuam presentes na Constituição de 1988 a determinação de que a União é proprietária das terras indígenas e que aos índios se concede o usufruto, o que vai no sentido contrário do direito internacional e dos avanços que tivemos no último século.

Bibliografia

Atas do poder Legislativo.

Anais da Câmara dos Senhores Deputados, 1843 tomos 1 e 2, 1850 tomo 4, Rio de Janeiro: Tipografia da viúva Pinto & Filho, 1883⁴¹².

Anais do Senado do Império do Brasil, 1845 vol.1, 1847 vol.1, 1848 vol.4 e 1850 vol.5 e 6, Rio de Janeiro: Diretoria de Anais e Documentos parlamentares, 1950⁴¹³.

Annaes da Assembléa Nacional Constituinte (1934), vol. 7, vol.14, vol. 16, vol.20, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935 e 1936⁴¹⁴.

Anais da Assembléa Constituinte (1946), vol.IX, XXIV, XXV, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, 1950, 1951.

Anais da Câmara dos Deputados, 1970 vol. 15, 1973 vol.3, 27 e 29, Brasília, 1970 e 1973.

Assembléa Nacional Constituinte (Atas de Comissões), 1987-1988⁴¹⁵.

Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1987-1988⁴¹⁶.

Documentos internacionais.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Resoluciones Relativas a Casos Individuales, Resolucion n° 12/85, Caso n° 7615 (BRASIL), 5 de março de 1985*, in *OEA/Ser.L/V/II.66*, Doc. 10 rev. 1, 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costa, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de junio de 2005*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad indígena Yakye Axa Vs.*

⁴¹² Versão digital pode ser encontrada no endereço: <http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>, acessado pela última vez em 16-09-2011.

⁴¹³ Versão digital pode ser encontrada no endereço: http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/asp/AP_Apresentacao.asp, acessado pela última vez em 09-10-2009.

⁴¹⁴ Versão digital pode ser encontrada no endereço: <http://imagem.camara.gov.br/prepara.asp?selDataIni=10/11/1933&selDataFim=01/06/1934&opcao=6&selCodColecaoCsv=C>, acessado pela última vez em 12-02-2010.

⁴¹⁵ Versão digital pode ser encontrada no endereço: http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente, acessado pela última vez em 16-09-2011.

⁴¹⁶ *idem*.

Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, para. 130.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

International Labour Organization, *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Direct request, Brazil, 76th Session, 2005*.

The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain), in Reports of International Arbitral Awards, 6 June 1904, vol. XI, United Nations, 2006.

United Nations, Human Rights Committee, *Concluding Observations, Canada*, Documento da ONU: CCPR/C/79/Add.105, 1999, para. 8.

United Nations, Human Rights Committee, *Concluding Observations, Norway*, Documento da ONU: CCPR/C/79/Add.112, 1999, para. 10 e 17.

United Nations, Human Rights Committee, *Concluding Observations, Mexico*, Documento da ONU: CCPR/C/79/Add.109, 1999, para. 19.

United Nations, Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, submitted in accordance with Commission resolution 2003/56, Documento da ONU: E/CN.4/2004/80/Add.3, 17, 2003.

United Nations, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, Rodolfo Stavenhagen, in A/HRC/11/11, 2009.

International Labour Organization, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Individual Observation concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) Brazil*, documento n. 062009BRA169, 2009.

LIVROS, MANUAIS E ARTIGOS

AFONSO DA SILVA, José, *Comentário Contextual à Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *História do Direito Português*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2000.

AMOROSO, Marta Rosa, *Corsários no caminho fluvial – Os Mura do rio Madeira*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ANDERSON, Samara D., *Colonialism continues: a comparative analysis of the United States and Brazil's exploitation of indigenous peoples' forest resources*, in *Vermont Law Review*, vol. 27, 2002-2003.

ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de, *Apontamentos para a civilização dos índios bravos do Império do Brasil*, in DOLHNIKOFF, Miriam, *José Bonifácio de Andrada e Silva – Projetos para o Brasil*, São Paulo: Publifolha, 2000.

ANDUJAR, Claudia, *Brasil: vida y tierras yanomami en peligro*, in *Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)*. v. 5, n.1/2, 1985.

AZANHA, Gilberto, *A lei de Terras de 1850 e as Terras dos índios*, 2001. Disponível em: <http://www.trabalhoindigenista.org.br/Docs/terra.pdf>. Acesso em: 19/06/2011.

BANDEIRA, Alípio - MIRANDA, Manoel Tavares da Costa, *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena, contendo considerações sobre a situação jurídica do índio brasileiro*, in Humberto de Oliveira ed., *Coletânea de Leis, Atos e Memórias referentes ao indígena brasileiro*, Ministério da Agricultura, Conselho Nacional de Proteção aos Índios, Publicação n. 94, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

BARBOSA, Marcos Antonio, *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*, São Paulo: Plêiade, 2001.

BARCELLOS, Milton, *Evolução Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933.

BARSH, Russel Lawrence, *Revision of ILO Convention No. 107*, in *The American Journal of International Law*, v. 81, n.3, 1987, pp. 759 e 762.

BÉO, Cíntia Regina, *Comentários aos artigos 18 a 24 da Constituição de 1988*, in COSTA MACHADO, Antônio Cláudio – CUNHA FERRAZ, Anna Candida (coord.), *Constituição Federal Interpretada*, Barueri: Manole, 2010.

BESSONE, Darcy, *Direitos Reais*, São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. III, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917.

_____, *Direito das Coisas*, vol. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

Brasil: Carreteras Genocidas, in *Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)*, v. 3, n. 2, 1983.

BUCHILLET, Dominique, *Brasil: Situación de los indios Tukano*, in *Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)*, v. 6, n.1/2, 1986.

CABRAL, Carlos Castilho, *Terras Devolutas e Prescrição*, Rio de Janeiro: Jornal do

Commercio, Rodrigues & Cia, 1943.

CARNEIRO, Edilton Borges, *A inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo demarcatório por caracterizar remoção*, Trabalho apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Ambiental, orientador Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Manaus, 2006.

CARVALHO RAMOS, André de, *O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*, in AMARAL JÚNIOR, Alberto de - JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CASTELLINO, Joshua & GILBERT, Jérémie, *Self-Determination, Indigenous Peoples and Minorities*, in Macquarie Law Journal, v. 3, 2003.

COELHO, Elisabeth Maria Beserra, *Territórios em confronto: a dinâmica da disputa pela terra entre índios e brancos no Maranhão*, São Paulo: Hucitec, 2002.

CORRÊA, Kátia Núbia Ferreira, *Muita terra para pouco índio?*, São Luiz: edições UFMA, 2000.

CORREIA DE ANDRADE, Manuel, *A questão da terra na primeira república*, in SILVA, Sergio S. - SZMERCSÁNYI, Tamás, (organizadores), *História Econômica da Primeira República*, 2. ed. revista, São Paulo: Hucitec, 2002.

CORRÊA TELLES, José Homem, *Digesto Portuguez*, Tomo III, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1836.

CUNHA, Manuela Carneiro da, *Os Direitos do Índio - Ensaio e documentos*, Brasiliense, 1987.

CUNHA MIRANDA, Joaquim Antonio Carneiro da, *Estudo Elementar de Direitos de usufruto*, Recife: Typ. Mercantil de Carlos Eduardo Muhlert, 1871.

DALTRO, Leolinda, *Da catechese dos índios no Brasil - noticias e documentos para a Historia 1896-1911*, Rio de Janeiro: Typ. da Escola Orsina da Fonseca, 1920.

DANTAS, Beatriz G.- SAMPAIO, José Augusto L.- CARVALHO, Maria Rosário G. de, *Os povos indígenas no nordeste brasileiro – Um esboço histórico*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

DOWER, Nelson Godoy Bassil, *Curso Moderno de Direito Civil*, 2ª edição, vol. 4, São Paulo: Welpa, 2006.

DUARTE, José, *A Constituição brasileira de 1946*, vol. 3, Rio de Janeiro, Imprensa

Nacional, 1947.

FANNY, Ricardo, *O Conselho Indigenista Missionário (CIMI)*, in Cadernos do ISER, n.10, 1980.

FARAGE, Nadia- SANTILLI, Paulo, *Estado de sítio – Territórios e identidade no vale do Rio Branco*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

FARAGE, Nádía, *As Muralhas dos Sertões - os povos indígenas no rio Branco e a colonização*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, ANPOCS, 1991.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol.4, São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, João Peçanha de, *Terras Devolutas*, São Paulo: Impressora Commercial, 1936.

FLEXOR, Maria Helena Ochi, *Ofícios, manufaturas e comércio*, in SZMERCZSÁNYI, Tamás, (org.), *História Econômica da Período Colonial*, 2. ed. revista, São Paulo: Hucitec, 2002.

FRANCHETTO, Bruna, *O aparecimento dos caraíba – Para uma história kuikuro e alto xinguana*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze, *Comentários*, in Villaça Azevedo, Álvaro (coord.), *Código Civil Comentado*, vol. XIII, São Paulo: Atlas, 2004.

GAGLIARDI, José Mauro, *O indígena e a República*, São Paulo: HUCITEC, 1989.

GÂNDAVO, Pero de Magalhães, *Historia da provincia Sancta Cruz*, Lisboa: officina de Antonio Gonsaluez, 1576.

_____, *Tractado da terra do Brasil* [Manuscrito], digitalizado pela Biblioteca Nacional de Portugal, data incerta.

GARCIA, Paulo, *Terras Devolutas*, Belo Horizonte: Edição da Livraria Oscar Nicolai, 1958.

GARFIELD, Seth, *The Roots of a Plant That Today Is Brazil': Indians and the Nation-State under the Brazilian Estado Novo*, in Journal of Latin American Studies, vol. 29, n. 3, 1997.

GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONZALEZ, Rafel Ruiz, *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a*

difícil implantação dos direitos humanos na América Espanhola, Dissertação de Mestrado apresentada à Área de Direito Internacional Público do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, orientador: Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares, São Paulo, 1991.

HANNUM, Hurst, *New Developments in Indigenous Rights*, in *Virginia Journal of International Law*, v. 28, 1987-1988.

HELIVELVA SILVA, Edson, *O lugar do índios. Conflitos, esbulhos de terras e resistência indígena no século XIX: o caso de Escada-PE (1860-1880)*, Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em História da Universidade Federal de Pernambuco, em cumprimento às exigências para a obtenção do grau de Mestre em História. Orientador: Prof. Dr. Marcus Joaquim Maciel de Carvalho, 1995.

HOLSTON, James, *The Misrule of Law: Land and Usurpation in Brazil*, in *Comparative Studies in Society and History*, vol. 33, n. 4, 1991.

IHERING, Hermann von, *A antropologia do Estado de S. Paulo*, in *Revista do Museu Paulista*, vol. VII, 1907, p.215.

_____, *A questão dos índios do Brasil*, in *Revista do Museu Paulista*, vol. VIII, 1911, pp. 134 e 138.

INGLEZ DE SOUZA, Herculano Marcos, *O selvagem perante o direito*, in *O direito*, vol. 112, n.38, 1910.

JUNQUEIRA, Messias, *Justificativa e Ante Projeto de Lei de Terras*, São Paulo: Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais” Ltda, 1942.

KARASCH, Mary, *Catequese e cativo – Política indigenista em Goiás 1780-1889*, traduzido por PERRONE-MOISÉS, Beatriz, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

KIEMEN, Mathias C., *The Indian Policy of Portugal in America, with Special Reference to the Old State of Maranhão, 1500-1755*, in *The Americas*, vol. 5, n. 2, 1948, p. 138.

LAZARIN, Marco Antonio, *Brasil: Yanomami, proyecto calha norte y garimpos: dos facetas de una misma invasion*, in *Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)*, v. 8, n.1/2, 1988.

LIMA, Ruy Cirne, *Pequena História Territorial do Brasil – Sesmarias e Terras Devolutas*, 2.ª edição, Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954.

LIMONGI FRANÇA, R. (coord.), *Enciclopédia Saraiva de Direito*, tomos 6, 24 e 72, Saraiva, 1978.

_____, *Instituições de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1988.

LINHARES DE LACERDA, Manoel, *Tratado de Terras do Brasil*, vol.1, Editora Alba Limitada, 1960.

LINHARES PAIXÃO, Lucy, *Ação discriminatória: terras indígenas como terras públicas*, in João Pacheco de Oliveira (org.), *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas, e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

LINS, Ivan, *História do Positivismo no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1967.

LODEIRO, Nancy Sgursky, *O direito agrário e as terras indígenas*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a obtenção de grau de mestre. Orientador Professor Silvio Rodrigues, São Paulo, 1983.

LOPES DA SILVA, Aracy, *Dois séculos e meio de história Xavante*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

MACHADO e SILVA, Claudia Christina, *Escravidão e Grande Lavoura: o Debate Parlamentar sobre a Lei de Terras (1842 - 1854)*, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História, Departamento de História, Setor de Ciências Humanas Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em História. Professor Dr: Luiz Geraldo Silva, Curitiba, 2006.

MACKAY, Fergus, *Guide to indigenous peoples' rights in the Inter-American Human Rights System*, Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), 2002.

MARANHÃO SÁ, Maria da Conceição Teixeira, *As terras devolutas como objeto de usucapião*, dissertação de mestrado apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação nível mestrado - área direito civil, São Paulo, orientador professor Paulo Guilherme de Almeida, 1998.

MELATTI, Julio Cezar, *Índios do Brasil*. São Paulo: editora USP, 2007.

MELO FREIRE, Pascoal José de , *Instituições de Direito Civil*, tradução MENESES, Miguel Pinto de, in Boletim do Ministério da Justiça, v.165, Lisboa, 1967.

MENDES JÚNIOR, João, *Os Indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

_____, *Direito Judiciário Brasileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918.

MENÉNDEZ, Miguel A., *A área madeira-tapajós – Situação de contato e relações entre colonizador e indígenas*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, 22ª edição, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1983.

MOORE, Sara Gavney, LEMOS Maria Carmen, *Indigenous Policy in Brazil: The Development of Decree 1775 and the Proposed Raposa Serra do Sol Reserve, Roraima, Brazil*, in *Human Rights Quarterly*, v.21, 1999.

MORAES SILVA, Antonio de, *Diccionario da Lingua Portuguesa*, tomo I, 4ª edição, Lisboa: Impressão Regia, 1831.

MOREIRA NETO, Carlos de Araujo, *Índios e fronteiras*, in *Revista de Estudos e Pesquisas*, vol.2, n.2, Brasília: FUNAI, 2005.

NABUCO, Joaquim, *Um estadista do Império – Nabuco de Araújo*, tomo 1, 2 e 3, Rio de Janeiro: H. Garnier, 1898.

_____, *Frontières du Brésil et de la Guyane Anglaise*, second mémoire, vol.I e II, Paris: A. Lahure, 1903.

_____, *O banquete no cassino (discurso pronunciado no Cassino Fluminense)*, Rio de Janeiro: Gazeta de Notícias, 20.07.1906.

_____, *O direito do Brasil*, São Paulo: Instituto Progresso Editorial, 1949.

_____, *A escravidão - 1870*, Recife: Fundaj, Massangna, 1988.

_____, *O abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000, p.14.

_____, *Campanha abolicionista no Recife – eleições 1884*, Brasília: Senado Federal, 2005, p. 76.

_____, *Diários*, vol.2, Rio de Janeiro: Ben-te-vi produções literárias, 2005.

OCTAVIO DE LANGGAARD MENEZES, Rodrigo, *Les sauvages américains devant le droit*, in *Recueil des cours*, vol. 31 n. I, 1930.

OLIVEIRA SOBRINHO, *Os selvícolas brasileiros e a legislação pátria - o decreto legislativo n.5.484, de 1928 (1929)*, in Carlos Frederico Marés de Souza Filho (org.), *Textos Clássicos sobre direito e os povos indígenas*, Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1992.

PALLEMAERTS, Marc, *Development, Conservation, and Indigenous Rights in Brazil*, in *Human Rights Quarterly*, v. 8, 1986.

PARAÍSO, Hilda B., *Os Botocudos e sua trajetória histórica*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Cousas*, vol.I, Rio de Janeiro: B.L.Garnier, 1877.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz, *Terras indígenas na legislação colonial*, in *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 95, 2000.

_____, *Índios livres e índios escravos – Os princípios da legislação indigenista do período colonial (século XVI a XVIII)*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____, *Inventário da Legislação Indigenista (séc XVI-XVII)*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição brasileira*, vol.7. São Paulo: Saraiva, 1995.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 3ª edição, Tomo XIX, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____, *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.I de 1969*, 2ª edição, Tomo VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

PORRO, Antônio, *História indígena do alto e médio Amazonas, séculos XVI a XVIII*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PROUDHON, P. J., *Oeuvre complètes de P. J. Proudhon, tome XXII, Essais d'une philosophie populaire – De la justice dans la révolution et dans l'église, tome deuxième*, Bruxelles: A. Lacroix, Verboeckhoven et cie, 1868.

RAMOS, Alcida Rita, *Tierra y supervivencia cultural yanomami*, in *Boletín del Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)*, n. 1, 1991, p. 13.

_____, *The Special (or Specious?) Status of Brazilian Indians*, in *Citizenship Studies*, v.7, n.4, 2003.

RENDON, Jozé Arouche de Toledo, *Memoria sobre as aldeias de índios da provincia de S.Paulo*, in *Revista do Instituto Historico e Geographico do Brazil*, tomo 4, Rio de Janeiro: Imprensa Americana de L.P. da Costa, 1842.

RIBAS, Antonio Joaquim, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Tomo II, Rio de Janeiro: B.L.Garnier, 1880.

RIBEIRO, Darcy, *The Social Integration of Indigenous Populations in Brazil*, in

International Labour Review, v.85, 1962.

RODRIGUES, Maria Guadalupe Moog, *Indigenous Rights in Democratic Brazil*, in Human Rights Quarterly, v. 24, 2002.

RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, 28ª edição, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2009.

RONDON, Cândido Mariano da Silva-MIRANDA, Rodolpho Nogueira da Rocha, *Correspondência trocada entre o Ministro da Agricultura e o Tenente-coronel Rondon*, in Revista da Igreja e apostolado positivista do Brazil, n.300, 1910.

SARGENT, Laurie, *The indigenous peoples of Bolivia's amazon basin region and ILO Conventio No. 169: real rights or rhetoric?*, in Inter-American Law Review, v. 29, n. 3, 1997-1998.

SILVA, Ligia Maria Osorio, *A apropriação territorial na primeira república*, in SILVA, Sergio S. - SZMERCSÁNYI, Tamás, (organizadores), *História Econômica da Primeira República*, 2. ed. revista, São Paulo: Hucitec, 2002.

_____, *Terras Devolutas e Latifúndio*, 2ª edição, Campinas: Editora Unicamp, 2008.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, 19ª edição, vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIQUEIRA ABRÃO, Paulo de Tarso, *Comentários aos artigos 226 a 232 da Constituição de 1988*, in COSTA MACHADO, Antônio Cláudio – CUNHA FERRAZ, Anna Candida (coord.), *Constituição Federal Interpretada*, Barueri: Manole, 2010.

SIQUEIRA CAMPOS, Manoel Pessoa, *As Terras Devolutas entre os bens públicos patrimoniaes*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1936.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *O Renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de, *O governo dos índios sob a gestão do SPI*, in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SOUZA PITANGA, *O selvagem perante o direito (1901)*, in Carlos Frederico Marés de Souza Filho (org.), *Textos Clássicos sobre direito e os povos indígenas*, Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1992.

STEFANINI, Luiz Lima, *A propriedade no Direito Agrário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SWEPSTON, Lee, *A new step in the International Law on indigenous and tribal peoples*:

ILO Convention No. 169 of 1989, in *Oklahoma City University Law Review*, v. 15, n.3, 1990.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidações da Leis Civis*, Ed. fac-sim. da 3ª edição de 1876, vol. I, Brasília: Senado Federal, 2003.

TEIXEIRA MENDES, Raimundo, *Em defesa dos selvagens brasileiros*, in *Revista da Igreja e apostolado positivista do Brazil*, n.300, 1910.

TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, 4ª edição, Tomo II, Rio de Janeiro: B.L.Garnier, 1872.

ULHOA COELHO, Fábio, *Curso de Direito Civil*, 2ª edição, vol. 4, São Paulo, Saraiva, 2009.

VALLE EVANGELISTA, Carlos Augusto, *Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988*, Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-graduação em História Social, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Orientador: Marcos Luiz Bretas da Fonseca , Rio de Janeiro , 2004.

VARGA, István van Deursen, *A insustentável leveza do estado: devastação, genocídio, doenças e miséria nas fronteiras contemporâneas da Amazônia, no Maranhão*, in *Acta Amazonica*, v. 38, n. 1, 2008.

VARNHAGEN, Francisco Adolpho de, *Hitoria Geral do Brazil*, tomo 2, Madrid: Imprensa de J. del Rio, 1857.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*, 7ª edição, vol.5, São Paulo: Atlas, 2007.

VERAZANI, Katiane Soares, *Assenhorar-se de Terras Indígenas: Barueri – Sécs XVI-XIX*, Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em História Econômica da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, orientadora: Profª. Drª. Vera Lucia Amaral Ferlini, São Paulo, 2009.

VIEIRA SÁ, Luiza, *Rondon: O Agente Público e Político*, tese apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor. Orientador: Prof. Dra. Nanci Leonzo, São Paulo, 2009.

VILLARES, Luis Fernando, *Direito e povos indígenas*, Curitiba: Juruá, 2009.

VITORIA, Francisco de, *Relecciones Teológicas* (primeira edição 1557), trad. RIPOLL, Jaime Torrubiano, T.I, Madrid: Librería Religiosa Hernández, 1917.

WATSON, Fiona, *A view from the forest floor: the impact of logging on indigenous peoples in Brazil*, in *Botanical Journal of the Linnean Society*, v. 122, 1996.

WEINSTEIN, Barbara, *The Amazon rubber boom 1850-1920*, Stanford: Stanford University Press Library, 1983.

WILLIAMS, Suzanne, *Land Rights and the Manipulation of Identity: Official Indian Policy in Brazil*, in *Journal of Latin American Studies*, vol. 15, n. 1, 1983.

Anexo - Tabela de Correspondência – Constituições Brasileiras⁴¹⁷

regra	CF 1934	CF 1937	CF 1946	CF 1967	EMC nº 01-69	CF 1988
Incorporação de índios	"Art 5º - Compete privativamente à União:(...) XIX - legislar sobre:(...) m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional."	-	"Art 5º - Compete à União:(...) XV - legislar sobre:(...) r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional."	"Art. 8º Compete à União:(...) XVII - legislar sobre:(...) o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;"	"Art. 8º Compete à União:(...) XVII - legislar sobre:(...) o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;"	-
Competência para legislar	"Art 5º - Compete privativamente à União:(...) XIX - legislar sobre:(...) m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional."	-	"Art 5º - Compete à União:(...) XV - legislar sobre:(...) r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional."	"Art. 8º Compete à União:(...) XVII - legislar sobre:(...) o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;"	"Art. 8º Compete à União:(...) XVII - legislar sobre:(...) o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;"	"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XIV - populações indígenas;"
Bens da União	-	-	-	"Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:(...) IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;"	"Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:(...) IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;"	"Art. 20. São bens da União:(...) XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."
Autorizar exploração	-	-	-	-	-	"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de

⁴¹⁷ As Constituições de 1824 e 1891 não estão na tabela, porque não apresentam nenhum artigo que faça referências aos direitos dos índios.

regra	CF 1934	CF 1937	CF 1946	CF 1967	EMC nº 01-69	CF 1988
						riquezas minerais;"
Competência para julgar	-	-	-	-	-	"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) XI - a disputa sobre direitos indígenas."
Competência para defender	-	-	-	-	-	"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:(...) V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;"
Recursos Minerais	-	-	-	-	-	"Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)"

regra	CF 1934	CF 1937	CF 1946	CF 1967	EMC nº 01-69	CF 1988
Ensino	-	-	-	-	-	"Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. (...) § 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem."
Cultura	-	-	-	-	-	"Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional."
Terras indígenas	"Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las."	"Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas."	"Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem. "	"Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes."	"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	"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. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à

regra	CF 1934	CF 1937	CF 1946	CF 1967	EMC nº 01-69	CF 1988
					<p>utilidades nelas existentes.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio."</p>	<p>preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o</p>

regra	CF 1934	CF 1937	CF 1946	CF 1967	EMC nº 01-69	CF 1988
						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 a 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."
Competência para litigar	-	-	-	-	-	"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."
Demarcação de terras	-	-	-	-	-	"ADCT: Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição."