



Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Andreia Cunha

TERRITÓRIO E POVOS INDÍGENAS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Programa de Pós-Graduação em

Direito Econômico e Social

Curitiba, janeiro de 2006



Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Andreia Cunha

TERRITÓRIO E POVOS INDÍGENAS

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC/PR como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Curitiba
Janeiro de 2006



Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Andreia Cunha

TERRITÓRIO E POVOS INDÍGENAS

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Orientador

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas

Prof. Dr. convidado

Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas

Prof. Dr. convidado

Prof.^a Claudia Maria Barbosa

Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Econômico e Social

PUCP/PR

Curitiba, 20 de janeiro de 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Andreia Cunha

Graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná *campus* Curitiba em 1999. Especialista em Direito dos Contratos pela Universidade Federal do Paraná em 2003. Bolsista CAPES no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Econômico e Social nos anos de 2004 a 2006.

Ficha catalográfica

Cunha, Andreia

Território e povos indígenas/ Andreia Cunha; orientador: Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho. – Curitiba; PUC, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2003.

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

Inclui referências bibliográficas.

1. Território. 2. Povos indígenas. 3. multiculturalismo. 4. Direitos coletivos. 5. Terras indígenas. 6. Jurisdição indígena. 7. Estado contemporâneo. I. Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. III. Título.

Agradecimentos

Ao meu Professor Orientador Carlos Marés, exemplo de vida e de professor, me ensinou as mais importantes lições sobre a nossa condição e diversidade humana.

Aos meus pais Lauro e Eliana pelo afeto que me dedicam e sempre dedicaram, pelo exemplo de vida e de coragem, como também pelo apoio às minhas empreitadas.

Ao Vinicius, querido companheiro.

Aos meus irmãos Anderson e Suellen.

A Eva pela amizade, carinho e apoio.

A amiga Melissa Folmann a quem reconheço a solidariedade e fraternidade próprias da docência.

Ao Professor Vladimir Passos de Freitas, pelas lições acadêmicas, entusiasmo nas questões ambientais e incentivo para o alcance dos meus sonhos profissionais.

Aos professores do mestrado por tantas e profundas lições de Direito, filosofia e humanidade.

Aos meus colegas de mestrado que sempre acrescentaram valor especial às aulas do curso e muito me honram com sua amizade, especialmente:

Daiana Trybus, Fabrício Bittencourt, Estefania Queiroz, Paulo Pankararu, Daniel Addor, Alessandra Galli, Patrícia Piazzaroli, Flavio Cruz, Gustavo Sella, Letícia Borges e Karine Finn.

A todos que fizeram parte do que sou. Tanto aqueles que se mantêm em meu convívio diário quanto aqueles que, por circunstâncias da vida, deixaram o meu convívio, mas continuam enriquecendo minha vida com as mais doces lembranças.

A todos os povos indígenas brasileiros que, mesmo sufocados pela exclusão de seus direitos, persistiram na reivindicação do direito à vida e à diversidade cultural.

Este trabalho contou com o auxílio da CAPES.

Resumo

Cunha, Andreia; Souza Filho, Carlos Frederico Marés de (orientador); Nilson (revisor). **Território e povos indígenas**. Curitiba, 2006, 155p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Território e povos indígenas. Nos Estados constitucionais da modernidade o território é elemento formador do Estado e delimitador físico de sua soberania. O dogma deste Estado assenta-se na admissão de um único povo, regido sob um direito único, fixado em um território bem delimitado. A história da ocupação territorial brasileira demonstra que a definição do território se deu a partir de critérios espaciais e não levou em consideração os diferentes povos indígenas encontrados. No entanto, a partir da Constituição Federal de 1988 surge um conjunto de direitos indígenas que questiona a fundo o modelo de sociedade e de Estado modernos e provoca uma nova concepção de Estado fundada na existência de uma territorialidade composta por uma pluralidade social, cultural e étnica. Neste Estado contemporâneo se reconhece que o território brasileiro é formado por uma pluralidade de povos indígenas reconhecidos como nações detentoras de territórios, com poder de se organizarem conforme seus costumes e regerem-se de acordo com sua autonomia. Assim, o trabalho se vincula à linha de pesquisa dos direitos socioambientais não apenas porque analisa os poderes do Estado contemporâneo, mas também porque anuncia os novos paradigmas da atualidade e seus reflexos na construção da teoria do Estado. A partir do modo de viver dos povos indígenas serão apresentados na pesquisa os aspectos sociais e culturais da contemporaneidade, demonstrando a adequação do estudo ao programa de mestrado em Direito Econômico e Social.

Palavras-chave

Território; povos indígenas; multiculturalismo; direitos coletivos; terras indígenas; jurisdição indígena; Estado contemporâneo.

Abstract

Cunha, Andreia; Souza Filho, Carlos Frederico Marés de (Advisor); Nilson (revisor). Territory and indigenous people. Curitiba, 2006, 155p. MSc. Dissertation – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Territory and indigenous people. In constitutional States of the modernity, the territory is the element that forms the State and delimits its sovereignty physically. The dogma of this State is on the admission of unique people, governed under an only right, fastened in a well delimited territory. The history of the Brazilian territorial occupation demonstrates that the definition of the territory happened from the space criteria and it didn't take into account the different found indigenous people. However, starting from the Federal Constitution of 1988, it appears a group of indigenous rights that thoroughly questions the modern society and State models and that provokes a new conception of State founded in the existence of a territory composed by a social, cultural and ethnic plurality. In this contemporary State, it is recognized that the Brazilian territory is formed by a plurality of indigenous people recognized as nations holders of territories, that are able to get themselves organized according to their habits and also be governed in agreement with their autonomy. So, the paper is linked to the line of research of the socioenvironmental rights, not just because it analyzes the powers of the contemporary State, but also because it announces the new paradigms of the present time and their reflexes in the construction of the theory of the State. Starting from the way of living of the indigenous people, the contemporary social and cultural aspects will be presented in the research, demonstrating the adaptation of the study to the master's degree program in Economical and Social Right.

Keywords:

territory, indigenous people, multiculturalism, collective rights, indigenous lands, indigenous jurisdiction, contemporary State.

Sumário

1 – INTRODUÇÃO	01
2 – OS ÍNDIOS E SUAS TERRAS NO ESTADO BRASILEIRO	05
2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	06
2.1.1 - Legislação colonial	15
2.1.2 - Legislação do Império	19
2.1.2.1 - Lei de Terras	22
2.1.3 - As constituições republicanas	26
2.1.3.1 - Constituição de 1.891	26
2.1.3.2 - Serviço de Proteção aos Índios – SPI	27
2.1.3.3 - Código Civil de 1.916	30
2.1.3.4 - Decreto n.º 5.484/28	31
2.1.3.5 - Constituição de 1.934 até a Emenda Constitucional nº 01/69	33
2.2 - CONVENÇÃO 107/OIT	37
2.3 - FUNAI	41
2.4 - ESTATUTO DO ÍNDIO	42
3 - OS ÍNDIOS E SEUS DIREITOS TERRITORIAIS	45
3.1 - A CONSTITUIÇÃO DE 1.988: UM NOVO CAPÍTULO NA HISTÓRIA DOS POVOS INDÍGENAS	46
3.1.1 - Terras tradicionalmente ocupadas	47
3.1.2 - Demarcação de Terras	51
3.1.2.1 Demarcação participativa e autodemarcação: exemplos de efetividade dos direitos indígenas	59
3.1.3 - Propriedade das terras indígenas	64
3.1.4 - Posse permanente dos índios	66
3.1.5 Usufruto exclusivo das riquezas naturais	70
3.1.6 - Função social das terras indígenas	76
3.2 TERRITÓRIO: UM POVO, UM CONCEITO, UMA LUTA	79
4 – O ÍNDIO LOCAL E O ESTADO GLOBAL	90

4.1 - ESTADO MULTICULTURAL, PLURIÉTNICO E PLURINACIONAL	92
4.2 - SURGIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS	101
4.2.1 - Direitos coletivos indígenas	105
4.2.2 - Direitos coletivos territoriais	110
4.3 - AUTONOMIA INDÍGENA	114
4.3.1 - Identificação como povo	118
4.3.2 - Jurisdição indígena	121
4.3.3 - Autodeterminação	130
4.4 - TERRAS INDÍGENAS E PRESERVAÇÃO AMBIENTAL	132
4.5 - GLOBALIZAÇÃO E QUESTÃO ÉTNICA	139
5 - CONCLUSÃO	144
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	146

Lista de Abreviaturas

Art – Artigo

CC – Código Civil

CDB - Convenção sobre Diversidade Biológica

CF – Constituição Federal

CIMI – Conselho Indigenista Missionário

EC – Emenda Constitucional

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PIX – Parque Indígena do Xingu

PPTAL - Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas da
Amazônia Legal

RDA – Revista de Direito Administrativo

RE – Recurso Extraordinário

SPI – Serviço de Proteção aos Índios

TI – Terras indígenas

UNI-AC – União das Nações Indígenas do Acre

INTRODUÇÃO

“Eu senti, antes de pensar... Adquiri por esse perigoso método... uma inteligência única para a minha idade. Não tinha nenhuma idéia das coisas, e já todos os sentimentos me eram conhecidos...”¹

Para tratar dos povos indígenas e dos seus direitos é necessário sentir, antes de conhecer. É sentir as injustiças perpetradas ao longo de séculos contra diversas nações indígenas que antes ocupavam a América e foram, continuamente, sendo desrespeitadas e dizimadas. É sentir que mesmo frente às tentativas de assimilação dos Estados nacionais por meio de intensa política integracionista e aplicação de institutos jurídicos lesivos aos seus direitos, os índios continuaram a lutar pelo direito de permanecerem a ser índios.

Enfim, abordar a história e a vida dos povos indígenas sem acrescentar seus sentimentos, seus mitos, seus nomes e seus sonhos, ou seja, sem acumular o valor do testemunho que trazem, é viajar para um conhecimento desonesto porque parcial.

Estudar a importância das terras indígenas para a sobrevivência dos índios² não pode desvincular o conhecer do sentir. Para reconhecer os povos indígenas perante o direito, é imprescindível “ouvir” o estranho silêncio que hoje ecoa daqueles milhões de pessoas³ que povoavam o Brasil na época da conquista européia.

A Constituição Federal de 1.988 assim o fez.

A atual Constituição da República trouxe, efetivamente, um novo capítulo na história dos povos indígenas. Além de romper com a política integracionista

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O contrato social e outros escritos*, introdução e tradução de Rolando Roque da Silva, São Paulo: editora Cultrix, p. 9.

² “Os índios são o único segmento étnico no Brasil que, além de profundamente diferenciados culturalmente, têm como condição de sobrevivência e necessidade de respeito a um território determinado”. MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Alguns pontos sobre os povos indígenas e o direito*. SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org). *O índio perante o direito; ensaios*. Florianópolis: Editora da UFSC, p. 93.

³ Importante destacar a dificuldade em chamar de pessoas os índios que aqui habitavam quando da chegada dos europeus, conforme destaca MIRANDA, Manuel. e BANDEIRA, Alípio. *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena*. MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. (org.) *Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 29: “Uma controvérsia à primeira vista sem valor, mas, de fato, muito característica porque mostra até que ponto podem chegar os desvios do espírito humano quando guiado pelo egoísmo, é aquela que, à semelhança do exemplo anterior do Peru e do México se levantou logo nos primeiros tempos do descobrimento do Brasil, sobre serem ou não “homens da verdadeira espécie humana”, os índios que o povoavam”. (destaques acrescentados)

até então vigente, a Lei Maior permitiu-lhes viver segundo seus usos, costumes e tradições, dentro de um espaço geográfico que possam chamar de território, ainda que esse termo não tenha sido expressamente adotado pelo texto constitucional.

O grande avanço da Constituição Federal de 1.988, no entanto, ainda merece muita discussão e aprofundamento visto que tamanha evolução jurídica não encontrou pleno conforto dentro da realidade atual.

Os direitos indígenas ainda não têm efetividade em sua completude pelo fato de os aplicadores do direito resistirem em incorporar as novas concepções constitucionais trazidas.

Por isso, apesar do grande passo dado no sentido de se reconhecerem os direitos indígenas, há ainda incansável luta para vê-los efetivados. Além de a atual Constituição criar direitos, mas não regulamentá-los, criando um sistema de lacunas, a dificuldade está em que as interpretações dos institutos por ela trazidos são formuladas consoante princípios ou institutos já superados:

“As armadilhas da constituição, no entanto, vão além das lacunas: em ao menos dois momentos, seu texto dá margem a interpretações que podem valorizar princípios já superados, como a primazia da propriedade privada individual sobre a coletiva.”⁴

Os postulados do povo único, regido por um direito único ditado por um poder central, concebidos pelo Estado da modernidade não permitem agasalhar a pluralidade da realidade. Entretanto, a realidade postula seu lugar. O Estado e seu direito não podem mais dela não reconhecer. O Brasil é constituído por uma pluralidade cultural e étnica e a atual Constituição da República lhe reconheceu. Basta agora aos aplicadores do direito concretizá-la. O problema não é mais a busca de um instrumento normativo combatente, eis que a Constituição está aí, mas sim, abastecer o sistema com as armas necessárias para efetivá-lo.

O primeiro passo rumo a essa efetivação está em reconhecer aos índios seus territórios:

“As sociedades humanas sempre tiveram, em todas as épocas e formas de organização, especial atenção ao uso e ocupação da terra. A razão é óbvia: todas as sociedades tiraram dela seu sustento. E entenda-se sustento tanto o pão de cada dia

⁴ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios” in *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. LIMA, Antonio Carlos de Souza. HOFFMANN, Maria Barroso. (org.), Rio de Janeiro: Contra capa livraria, 2.002, p. 51.

como a ética refundidora da sociedade. A argamassa espiritual que une uma sociedade flui a partir das condições físicas do território em que o povo habita.”⁵ (grifos acrescentados)

Embora o grande avanço da Constituição da República, o processo de globalização econômica atual alcança os Estados nacionais com uma nova postura. O Estado se torna global, a homogeneidade defendida não mais se circunscreve ao âmbito do próprio Estado e busca a unificação das culturas e o fim das diferenças no plano internacional.

Porém, os índios – e demais minorias étnicas – reivindicam o aspecto local do Estado para a proteção e efetivação de seus direitos.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a realidade plural foi relegada pelo Estado moderno, contudo persistiu e lutou pelo seu reconhecimento. O Estado global da atualidade tenta, novamente, silenciar esta diversidade cultural e étnica. A Constituição da República de 1988, no entanto, dá instrumentos combatentes para permitir o respeito à sociodiversidade do Estado brasileiro e os povos indígenas se mostram como alternativa a uma outra globalização fundada na questão étnica e na localidade.

Assim, para expor estes pontos, o trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo trata dos índios e suas terras no Estado brasileiro. A partir da história da ocupação territorial brasileira e a evolução legislativa pertinente aos povos indígenas, tratar-se-á de como a formação do território obedeceu apenas à fixação de fronteiras no espaço geográfico, sem observar a heterogeneidade dos povos indígenas aqui encontrados. Vale dizer, o território brasileiro foi formado a partir do espaço geográfico e não a partir da homogeneidade de um povo.

No segundo capítulo, intitulado “Os índios e seus direitos territoriais” é tratada a mudança de paradigma no trato dos direitos indígenas, consubstanciada na Constituição Federal de 1.988. A partir da atual Constituição rompe-se com a política integracionista verificada desde os tempos coloniais; aos índios foram reconhecidos seus direitos originários sobre suas terras, isto é, direitos anteriores ao próprio Estado; foram reconhecidos os direitos coletivos em contraposição aos direitos individuais; e o direito dos povos indígenas viverem segundo seus usos,

⁵ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *A função social da terra*, Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 11.

costumes e tradições, ou seja, a partir da Constituição de 1.988 toda a lógica da defesa dos direitos indígenas deve partir do respeito à diferença.

Esse conjunto de direitos questiona a fundo o modelo de sociedade e de Estado moderno provocando uma nova concepção de Estado fundada na existência de uma territorialidade composta por uma pluralidade social, cultural e étnica.

Por isso, no último capítulo chamado “O índio local e o Estado global”, é abordada a forma como esse novo Estado da contemporaneidade se apresenta. Com o reconhecimento de que o território brasileiro é formado por uma pluralidade, os povos indígenas passam a adquirir nova face: são reconhecidos como nações detentoras de territórios, com poder de se organizar conforme seus costumes e reger-se de acordo com sua autonomia. A globalização econômica não inibe esses direitos. Pelo contrário, a questão étnica indígena ascende como um contraponto a esta globalização homogeneizadora.

O debate sobre as questões indígenas remete a uma série de questionamentos que ultrapassam a seara jurídica. Dessa forma, todo o trabalho é permeado não só por grandes juristas humanistas especializados em direitos indígenas, mas também por antropólogos, etnólogos e geógrafos especializados em geografia humana. O trabalho, ainda, por tratar de vários povos que sempre viveram na invisibilidade, não poderia deixar de trazer seus relatos.

Os povos indígenas representam uma complexidade e riqueza cultural não só nos seus modelos de organização social e regras de poder político, como também nos conhecimentos tradicionais sobre os recursos naturais e o respeito com o Outro. Suas vidas e suas histórias não podem ser amordaçadas:

“Passa o tempo e a população indígena mais se aniquila e desaparece! Um dia os tempos vindouros perguntarão à América pelas suas primitivas florestas, pelos seus primitivos habitantes, e o que lhe responderá ela?
Eis o céu, eis a terra, o resto... perguntai à fome, à peste e à escravidão trazidas da Europa pelos povos que lhes sucederam nestas plagas; perguntai ao machado derrubador e ao facho incendiário que prostraram e reduziram a cinzas as produções das sementes que o chão trazia em suas entranhas fecundas, que germinaram à voz de Deus, que floresceram e vingaram à força do volver de séculos e séculos!”⁶ (atualizado ortograficamente)

⁶ SILVA, Joaquim Norberto de Souza. Memória histórica e documentada das aldeias de índios da Província do Rio de Janeiro, escrita em fevereiro de 1.850 e publicada na Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil, n. 14, 2º trimestre de 1854 – Aldeias dos Índios do Rio de Janeiro, p. 229

2

OS ÍNDIOS E SUAS TERRAS NO ESTADO BRASILEIRO

A questão das terras dos índios é um dos eixos centrais dos conflitos envolvendo os direitos indígenas. O debate vem a partir da época do “descobrimento”.

Com efeito, desde o primeiro contato entre os povos do Novo e do Velho Mundo debate-se sobre a legitimidade dos títulos europeus sobre as terras da América.

Naquela época, tanto se insurgiam os que defendiam a ocupação espanhola e portuguesa para garantir aos povos descobertos o grande “benefício” da civilização, do desenvolvimento e do progresso, como também aqueles que, mais sensíveis às questões humanitárias, defendiam o direito de cada povo sobre a terra que ocupavam e o direito de regularem sua vida de acordo com sua cultura⁷.

A legislação portuguesa para o Brasil foi caracterizada por uma série de hesitações, contradições, avanços e retrocessos com relação aos povos indígenas, seus direitos e seu território.

“De um lado as almas nobres empenhadas na sua proteção e muitas vezes ajudadas pelo amparo dos governos, do lado oposto os especuladores desalmados, engendrando opressões, às vezes caluniando o indivíduo, outras invocando os interesses do Reino e sempre, e em todos os casos, burlando a lei.”⁸

Desde os primeiros instrumentos normativos da legislação colonial, a Coroa portuguesa reconheceu o direito originário dos índios sobre suas terras. A prática, no entanto, assim não admitia. Dentro dos interesses mercantilistas europeus do início da colonização até a incorporação à lógica capitalista os índios brasileiros foram escravizados, mortos e espoliados de suas terras.

⁷ Frei Francisco de Vitória, considerado o fundador do direito internacional, defendeu veementemente a soberania original dos povos indígenas da América afirmando que os povos indígenas, mesmo que infiéis à filosofia cristã, são donos e senhores de suas terras e os cristãos não podem tomar-lhes seus bens sob este argumento. A bula papal “*Veritas ipsa*” de 1.537 se manifesta no mesmo sentido: “Os índios e todas as demais nações que daqui por diante forem descobertas pelos cristãos, por mais que careçam do benefício da fé, não estão nem podem ser privados de sua liberdade e do domínio de seus bens; ao contrário, podem livre e licitamente usar, desfrutar e gozar desta liberdade e domínio...” in CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos do Índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora brasiliense, 1987, p. 57.

⁸ MIRANDA, Manuel. e BANDEIRA, Alípio. *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena*, In MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas”, Curitiba: Juruá, 1992, p. 31.

Após a declaração da Independência, a legislação brasileira que se seguiu não modificou a sorte dos povos indígenas. Inspirados em uma política integracionista, índios e terras indígenas eram tidos como realidades provisórias já que sua assimilação à comunhão nacional era apenas uma questão de tempo.

Entretanto, o vigor do conservantismo dos grupos indígenas, sua firme resistência à cultura branca e a força do sentimento de identificação tribal demonstraram não só a impossibilidade de sua assimilação, mas também a luta pelo reconhecimento de sua identidade e autonomia.

Nesta reivindicação, a necessidade de demarcação das terras indígenas sempre se apresentou como condição essencial. Com efeito, o território é a primeira condição de existência dos povos indígenas, posto que é no seu espaço geográfico que se desenvolvem seus usos, costumes, crenças e perpetuam-se suas tradições.

O estudo da evolução legislativa quanto às terras indígenas revela que estas nunca se encaixaram no conceito de posse e propriedade construídas pelo sistema capitalista ocidental⁹ de produção. As terras indígenas sempre foram reservadas aos índios como garantia de sua sobrevivência e este direito sempre foi tido como primário, originário e congênito, anterior até mesmo ao próprio Estado. A realidade, porém, foi marcada fortemente pela exclusão desses povos, sua invisibilidade e sua opressão.

2.1

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Antes da chegada dos europeus no solo brasileiro, o regime territorial não conhecia limites definidos. Os diversos povos indígenas que aqui se encontravam concebiam a terra e seus frutos de forma coletiva.

Contudo, na cultura dos europeus da época, essas terras já estavam demarcadas e sujeitas às suas soberanias antes mesmo da chegada de Colombo.

⁹ A referência às sociedades “ocidentais”, “brancas” e “civilizadas” contidas nesse trabalho se referem às sociedades organizadas em forma de Estados com poder político altamente especializado e central, que considera a gênese do Direito na lei do Estado e não nos costumes do grupo social que tutela, com jurisdição sobre um território indiviso e determinado. São os Estados industrializados ou frutos do colonialismo. No mesmo sentido: BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, P. 19.

Conta a história que na concepção do medievalismo o domínio territorial do mundo era considerado dádiva divina. Todos os domínios e conquistas de terras pelos reinos deveriam buscar legitimidade nos papas, representantes de Deus na terra, “donde se haverem os romanos pontífices arrogado o direito de distribuir terras, como se lhes fossem donos absolutos.”¹⁰

Assim, os papas concediam a determinados reinos o domínio sobre terras descobertas e a descobrir e, antes mesmo de o Brasil ser “descoberto”, seu território já estava demarcado pela coroa portuguesa e espanhola pelo Tratado de Tordesilhas firmado em 07 de junho de 1.494, intitulado oficialmente “Capitulacion de la Reparticion del Mar Oceano” e devidamente aprovado pela bula papal “Pro bono pacis”, de 24 de janeiro de 1.504¹¹.

Por isso que quando Cristóvão Colombo, a serviço da Espanha, volta à Europa noticiando as novas terras, o Rei de Portugal imediatamente as tomou para si:

“De regresso à Espanha, Colombo, a 9 de março de 1493, toca em Lisboa, e, visitando D. João II, para lhe comunicar o descobrimento de novas terras ao Poente, ouviu do monarca lusitano a afirmação seca e categórica: <todas me pertencem>.”¹² (grifos acrescentados)

Dessa forma, mesmo tendo encontrado povos no Novo Mundo, os reinos do Velho Mundo já se outorgaram dominadores e superiores.

Os reflexos desse especial modo de pensar repercutiram não só na maneira como se procedeu ao contato com os habitantes da América, como também permitiu a matança, a pilhagem, o desrespeito com a natureza, a extinção de diversos povos indígenas e a desconsideração com suas terras. O modo de tratar os índios, tirando-lhes seus territórios, recusando-lhes direitos e ameaçando-lhes a própria sobrevivência deu início à triste história dos povos indígenas.

Na expedição de 3 de dezembro de 1.530, Martim Afonso de Souza trouxe para o Brasil três cartas régias. A primeira o autorizava a tomar posse das terras que descobrisse e a organizar o governo e a administração civil e militar; a segunda lhe conferia a qualidade de capitão-mor e governador das terras do

¹⁰ PORTO, Costa. *O sistema sesmarial no Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, s/d, p. 15/16.

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 17.

¹² *Idem, ibidem*, p. 15.

Brasil; e a terceira lhe permitia conceder sesmarias das terras que achasse e se pudesse aproveitar.¹³

Desse modo, os portugueses trouxeram para o Brasil as sesmarias como o instituto jurídico que iniciaria o processo de privatização das terras e colonização do Brasil.

Este instituto teve início em Portugal quando, na segunda metade do século XIV, vivia uma fase de imensa miséria e fome apesar de sobejar terras férteis e mão-de-obra humana para seu cultivo. Verificando essa situação paradoxal, D. Fernando, Rei de Portugal, criou a Lei de 02 de junho de 1.375, que veio a ser conhecida como a Lei das Sesmarias.

As sesmarias¹⁴ se caracterizaram como o instituto jurídico que concedia legitimamente terras a pessoas que antes não tinham quaisquer direitos sobre as mesmas para que as cultivassem.

Pelas sesmarias o cultivo da terra garantia, por meio do trabalho, o direito de se manter na terra. Se a terra dada em sesmarias se mantivesse inculta ou deixasse de ser lavrada durante certo tempo era considerada desabitada e então expropriada e devolvida à Coroa portuguesa para ser dada novamente a quem a cultivasse. Esta devolução da terra à Coroa portuguesa, porque não aproveitada a dada de terra de sesmaria, foi o sentido original da expressão “terra devoluta”, ou seja, “devolvida ao senhor original”.¹⁵

Em Portugal, as sesmarias visaram a promover o desenvolvimento da agricultura, a fixação do povoamento e a produção de alimentos para a população,

¹³ LIMA, Ruy Cirne. *Pequena História Territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. Brasília, DF: ESAF, 1988, p. 36.

¹⁴ A origem etimológica da palavra sesmo refere-se à sexta parte de qualquer coisa e daí vieram as palavras sesmaria, sesmar e sesmeiro. Sesmo foi aplicado como designativo dos locais destinados a prover cada povoador com uma quota-parte de propriedade territorial; sesmo seria uma das subdivisões da área total. Portanto, os sesmos seriam assim chamados porque de início o território distribuível de cada conselho estava repartido em seis lotes, onde só durante os seis dias da semana, excluindo o domingo, superintendiam os seis sesmeiros, cada um num dia e no sesmo que lhe competia. Sesmeiros, então é o nome dado aos seis homens que no alvor do conselho repartiam as terras dos sesmos nos seis dias da semana. Sesmar seria o ato de repartir os sesmos e sesmarias as terras distribuídas nos sesmos. Com o passar dos anos o conceito se modificou, mas sempre manteve suas características iniciais, podendo-se concluir que os sesmeiros apareceram como fruto da necessidade de dividir e distribuir terrenos aos povoadores nas regiões onde se reorganizava a propriedade rural, quer a terra pertencesse ao rei, quer aos grandes senhores, às ordens militares e monásticas. Cf. RAU, Virgínia. *Sesmarias Medievais Portuguesas*, Lisboa: Presença, 1982, p. 41-57.

¹⁵ SILVA, Lúcia Osório. *Terras Devolutas e Latifúndio: efeitos da lei de 1850*, Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1996, p. 39.

com a concessão de pequenas glebas de terra, de modo que as sesmarias se apresentaram como avançado instrumento de desenvolvimento agrário:

“Corajosamente, com seu duplo aspecto agrário e social, deformada ou respeitada pelos homens que a aplicam, a lei fernandina vai desafiar os séculos como testemunho perene de maturidade precoce de uma nação européia em face dos problemas do homem e da terra”.¹⁶

As sesmarias – justamente por terem como fundamento a obrigatoriedade do cultivo da terra para a produção de alimentos – já destacavam a estreita ligação do homem com a terra para garantia de sua existência.

Todavia, o instituto das sesmarias não foi devidamente aplicado no Brasil, embora tivesse a mesma regulamentação jurídica portuguesa.

A ocupação territorial brasileira nos anos que se seguiram ao “descobrimento” não obedeceu a um plano de distribuição geográfica predeterminado, nem tampouco respeitou os povos indígenas contatados, mas sim ao arbítrio e à conveniência individual dos colonizadores.

Nas terras “descobertas”, a aplicação do instituto das sesmarias visava apenas ao povoamento e à colonização do território:

“De relação ao solo esse continuará constituindo patrimônio do Estado <português>, pertencente à Nação <portuguesa>, encarnada no Soberano, que, empenhado em promover o povoamento e a colonização da conquista, determina aos capitães o repartam e distribuam de sesmaria entre os moradores, gratuitamente, <sem foro nem direito algum>, apenas com a obrigação de pagar à Ordem de Cristo o dízimo – <dez em um> - dos frutos colhidos da terra.”¹⁷

No Brasil, o instituto das sesmarias foi utilizado sobretudo como desbravamento, ocupação e instrumento de conquista das terras ocupadas pelos povos indígenas:

“A invasão, conquista e colonização da América desconhecera qualquer conceito indígena de territorialidade e investiram contra povos, dividindo-os, impondo-lhes inimizades imaginadas e falsas alianças forçadas.”¹⁸ (grifos acrescentados)

¹⁶ RAU, Virgínia. *Sesmarias Medievais Portuguesas*, Lisboa: Presença, 1982, p. 87.

¹⁷ PORTO, Costa. *O sistema sesmarial no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, s/d, p. 25.

¹⁸ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 45.

De modo que se pode afirmar que as sesmarias se constituíram no primeiro instrumento jurídico que retirou os direitos dos povos indígenas sobre suas terras.

No território brasileiro, as sesmarias ainda se desvincularam do preceito de que as terras dadas para cultivo não poderiam ter extensões maiores que aquelas suficientes para uma pessoa as aproveitarem, tomando medidas descomunais.

Os sesmeiros¹⁹, no Brasil, serviram-se das sesmarias para dar terra para si e para outros, em grandes extensões, sem observar a capacidade de cultivo de cada um. Era o primeiro passo na criação dos latifúndios:

“As concessões de sesmarias, na maioria dos casos, restringiam-se, portanto, aos candidatos a latifúndios, que, afeitos ao poder, ou ávidos de domínios territoriais, jamais, no entanto, poderiam apoderar-se materialmente das terras que desejavam para si.”²⁰ (grifos acrescentados)

A terra, quando da colonização brasileira, mostrou-se instrumento político de poder e de supremacia do direito de propriedade até mesmo sobre o trabalho que gera seus frutos. Era o início, no Brasil, da cultura de que o documento sobre a terra vale mais do que os frutos dela decorrentes.²¹

No aspecto ambiental, a ocupação dos colonizadores por intermédio das sesmarias ainda importou em uma mudança na relação do homem com a natureza.

A produtividade perseguida pelos colonizadores era a produtividade mercantilista. Buscava-se retirar da terra todos os benefícios econômicos possíveis pela exploração do pau-brasil e depois da cana-de-açúcar. A produtividade para os indígenas, baseada na utilização da terra como sustento para a sua subsistência, não era produtividade para os europeus.

“Não havia, no Brasil, terras de lavradio abandonadas, as terras eram ocupadas por povos indígenas que tinham outras formas de ocupação e de uso. Os povos indígenas, na sua maioria, mantinham plantações e roças em sistema rotativo, permitindo a regeneração permanente da floresta.”²²

¹⁹ “Quando transplantado para a colônia o sistema de sesmarias, sesmeiro tinha o mesmo significado de origem <ou seja, a autoridade pública responsável pela concessão de sesmaria>. Mas a partir do século XVII passou a designar, mesmo nos documentos oficiais, aquele que recebia a concessão de sesmaria”. SILVA, Lígia Osório. *Terras Devolutas e Latifúndio: efeitos da lei de 1850*, Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1996, p. 38.

²⁰ LIMA, Ruy Cirne. *Pequena História Territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. Brasília, DF: ESAF, 1988, p. 41.

²¹ Neste sentido, MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*, Curitiba: Juruá, 2005.

²² *Idem, ibidem*, p. 57.

A “produção” da terra pelos colonizadores foi obtida com métodos rudimentares, pelas mãos escravas, marcada pela monocultura extrativista e predatória que sequer respeitava a manutenção da qualidade do solo.

“Os métodos de cultivo sendo rudimentares, o esgotamento do solo fazia-se também sentir rapidamente, obrigando o contínuo abandono das zonas esgotadas em busca de terras férteis. O arado foi muito pouco utilizado. O colono não cultivava o solo de modo muito diferente do indígena, apenas o fazia em proporções muito mais amplas.

Decorria dessas características uma fome permanente de terras que, por sua vez, acarretava uma grande mobilidade. Arruinava-se a terra, queimavam-se as florestas e passava-se adiante, repetindo o ciclo todo novamente.

Já começavam a se delinear, nos primeiros séculos de colonização, algumas características fundamentais da agricultura brasileira, ou seja, a mobilidade, o caráter predatório e o crescimento em extensão.”²³.

A terra começou a ser explorada não mais de acordo com as necessidades de quem a cultivava, como determinava o regime de sesmarias, mas conforme a lógica mercantilista da Europa. A metrópole portuguesa, preocupada com a ocupação da colônia e entusiasmada com a riqueza gerada pela exploração dos recursos naturais brasileiros, adotou uma política de liberalidade em relação ao tamanho das propriedades e não se preocupou em verificar as condições das sesmarias concedidas. Segundo essa lógica, a terra deveria servir a um constante aumento de produção. Inicia-se a exploração da terra e do trabalho:

“Em todos os casos, **os efeitos dos imperativos do mercado foram intensificar a exploração tendo em vista o aumento da produtividade** – fosse a exploração do trabalho dos outros, ou a auto-exploração do agricultor e sua família. **Esse padrão seria reproduzido nas colônias, e também na América independente, onde os pequenos produtores independentes, supostamente a espinha dorsal de uma república livre, tiveram cedo de encarar a cruel escolha imposta pelo capitalismo agrário: na melhor das hipóteses, intensa auto-exploração e na pior, perda das terras para empresas maiores e mais produtivas.**”²⁴ (grifos acrescentados)

No aspecto cultural, a história da ocupação territorial brasileira demonstra que a essência do processo civilizatório promovido pelos europeus baseou-se na idéia de direito sobre a terra de maneira diversa daquele entendido pelos indígenas.

²³ SILVA, Lúcia Osório. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da Lei de 1850*. p. 47-48.

²⁴ WOOD, Ellen Meiksins. As origens agrárias do capitalismo. Revista “Crítica marxista”, n. 10, ano 2.000, São Paulo: Boitempo, fls. 19.

A descoberta da América e do caminho marítimo para as Índias inaugurou o colonialismo mercantilista europeu profundamente marcado pela relação de exploração, crueldade e extermínio das populações originárias do novo continente.

Na época da conquista, o contato, que nos primeiros anos foi retratado como de aliança e escambo entre os europeus e os índios, foi transformado e caracterizado fortemente pelo desrespeito aos povos “descobertos”. O colonialismo implantado se apresentava na sua forma mais primitiva de roubo e pilhagem:

“Na Conquista não existiam relações comerciais. Não lhe serviam de justificação a expansão de uma civilização material mais avançada nem qualquer <política do desenvolvimento>, mas sim uma cristandade formal muito fraca que pretendia converter os pagãos – desde que estes sobrevivessem à sua chegada. **O colonialismo primitivo renunciava a qualquer câmbio. Nada oferecia, apenas levava o que encontrava: escravos, ouro, produtos alimentares. Os investimentos limitavam-se ao núcleo de qualquer exploração colonial: poder militar, administração, frota naval.**”²⁵ (grifos acrescentados)

A lógica mercantilista que embasava a ocupação da terra e o modo como ela deveria ser exercida fez não só legítima a ocupação do território brasileiro, como também livre de qualquer obstáculo moral:

“Na verdade, o dominador colonial não só deseja o poder como também quer ter razão: afirma até à exaustão que tem uma missão, que serve deus e o rei, que propaga a doutrina cristã e os valores da civilização, numa palavra, que possui objetivos elevados. Não se sente bem sem uma consciência tranqüila. Mas isso significa que tem de ocultar e negar a própria forma como se afirma.”²⁶ (grifos acrescentados)

Essa forma de apropriação da natureza teve relevantes repercussões culturais na medida em que negou a sobrevivência dos povos indígenas. Observou-se não só um genocídio, mas um etnocídio²⁷.

²⁵ ENZENSBERGER, Hans Magnus. *Las Casas ou uma retrospectiva no futuro*. Prefácio à obra de LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima Relação da Destruição das Índias*. Lisboa: Edições Antígona, 1997, p. 12/13.

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 18.

²⁷ Etnocídio: palavra introduzida recentemente para qualificar a imposição forçada de um processo de aculturação a uma cultura por outra mais poderosa, quando esta conduz à destruição dos valores sociais e morais tradicionais da sociedade dominada, à sua desintegração e, depois, ao seu desaparecimento. O etnocídio foi e é ainda freqüentemente praticado pelas sociedades de tipo industrial com o objetivo de assimilarem, “pacificarem” ou transformarem as sociedades ditas “primitivas” ou “atrasadas”, geralmente a pretexto da moralidade, de um ideal de progresso ou da

Foi promovido não só o aniquilamento de diversos povos indígenas, como também foi negado àqueles que sobreviveram o direito de desenvolver e transmitir sua cultura e sua língua aos seus herdeiros. A violência não foi somente física, foi também moral.

Muito se discute sobre o número de habitantes na América na época do descobrimento e quantos foram mortos pela colonização dos portugueses e espanhóis. A discussão se prende a números que variam entre vinte milhões de pessoas até argumentos que defendem que foram “apenas” oito, cinco ou três milhões; como se matar menos índios fosse menos cruel e abominável. A discussão, conforme se vê, desloca-se de seu ponto nuclear: o fato incontestado de que havia uma numerosa população na América na época do “descobrimento” e que foi praticamente exterminada²⁸.

LAS CASAS, grande pensador do século XVI, retrata a perturbadora conquista da América pelos espanhóis. Além de destacar que as sociedades que viviam na América estavam bem estruturadas social e politicamente²⁹, descreve o modo receptivo dos povos indígenas frente ao contato com os espanhóis³⁰. Sua

“fatalidade evolucionista”. PANOFF, Michel. e PERRIN, Michel. *Dicionário de Etnologia*. Lisboa: Edições 70, 1979, p. 67.

²⁸ Não se pode precisar a população da América na época da chegada dos europeus dada a pouca – e infeliz – importância do tema para os estudiosos e cronistas da época. Esta desimportância pode ter se baseado ainda na convicção de que uma sociedade primitiva é necessariamente uma sociedade restrita: “Quantos índios havia na América antes da chegada dos brancos? A essa pergunta, desde muito, os americanistas deram respostas tão variadas quanto arbitrárias, porque destituídas de qualquer fundamento científico. Oscila-se assim, para o Novo Mundo em seu todo, de 8.400.000 habitantes segundo Kroeber, a 40.000.000 segundo P. Rivet.” CLASTRES, Pierre. *A Sociedade contra o Estado*, p. 59. No Brasil, a população estimada no ano de 1500 era de dois milhões de índios. “A população indígena total no Brasil hoje é de cerca de 350.000 indivíduos. Dos 216 povos indígenas, 61 (28.2%) têm uma população de até 200 indivíduos; 50 (23.1%) com população entre 201 e 500 indivíduos, 37 (17.1%) entre 501 e 1.000, 43 (19.9%) entre 1.001-5.000, 09 (4.1%) entre 5.000-10.000, 05 (2.3%) entre 10.000-20.000, 01 entre 20.000-30.000 e 02 com mais de 30.000. Ou seja, 101 dos povos indígenas (51.3%) no Brasil têm uma população de até quinhentos habitantes, o que significa um alto risco de extinção desses povos e conseqüentemente de suas culturas milenares.” In: LIMA, André. *Direitos Socioambientais, políticas públicas e desenvolvimento territorial*. In: LIMA, André. (org) *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 328.

²⁹ Las Casas refere-se aos reinos que havia na América espanhola: Reino da Venezuela, Reino de Iucatã (onde residiam os descendentes dos Maias que tinham alcançado o mais alto grau de civilização do Novo Mundo), Reino de Granada e etc. in LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima Relação da Destruição das Índias*. Lisboa: Edições Antígona, 1997.

³⁰ Las Casas destaca o modo de ser do povo ameríndio: “Todas estas universas e infinitas gentes a *toto género* as criou Deus as mais simples, sem maldades nem fingimentos, obediéssimas, fidelíssimas aos seus naturais senhores e aos cristãos a quem servem; as mais humildes, as mais pacientes, as mais pacíficas e quedas, sem desordens nem tumultos, nem bulhentas, nem quereosas, sem rancores, sem ódios, sem deseja vinganças, que no mundo há. São deste jeito as gentes mais delicadas, fracas e ternas em compleição e que menos podem sofrer trabalhos, e que mais facilmente morrem de qualquer enfermidade... São também paupérrimas e as que menos

descrição mais contundente, no entanto, refere-se à brutalidade dos espanhóis frente aos povos indígenas, matando-os, escravizando-os e destruindo seus lares e suas crenças. Este tão intenso horror não era, infelizmente, exclusividade do modo de colonização espanhola, como destacou OLIVEIRA SOBRINHO³¹:

“Tais e tamanhas foram as violências, as atrocidades, as selvagerias cometidas pelos invasores portugueses contra os nossos índios, que sem paradoxo de linguagem, senão com a mais justa expressão, poderíamos chamar de selvagens aos colonizadores que se presumiam de civilizados.” (atualizado ortograficamente)

Somente com a Resolução de 17 de julho de 1.822, o regime de sesmarias foi extinto no Brasil sob a melancólica lembrança de que “o belo ideal de 1.375 de fazer da terra fonte de produção nunca foi exportado para o Brasil, as sesmarias geraram terras de especulação, poder local, estrutura fundiária assentada no latifúndio e, ainda pior, o desrespeito aos direitos dos povos indígenas”³².

De modo que nos séculos que se seguiram à conquista, podia-se concluir que a definição do território brasileiro se deu por meio da substituição da cultura, da natureza e das pessoas. Aqueles que se poderiam chamar genuinamente brasileiros restavam praticamente dizimados. A questão não era mais se eles pertenciam ao Novo ou Velho Mundo, porque no mundo não mais estavam.

possuem ou querem possuir bens temporais, e por via disso não são soberbas, nem ambiciosas nem cobiçosas.” in LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima Relação da Destruição das Índias*. Lisboa: Edições Antígona, 1997, p. 42.

³¹ OLIVEIRA SOBRINHO, *Os selvícolas brasileiros e a legislação pátria – o Decreto Legislativo n.º 5.484, de 1928*. in MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. (org) *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992.

³² MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 59.

2.1.1

Legislação colonial

A forma de ocupação territorial brasileira teve reflexos na política indigenista³³ e na estrutura legislativa que se desenvolveu.

O século XVI é marcado por um discurso dúbio e contraditório, uma vez que ao tempo que determinava um bom tratamento aos índios e lhes reconhecia liberdade, declarava-lhes guerra e escravidão.

A tese de que o domínio de todas as terras pertencia a Deus e que os papas, como seus representantes, poderiam outorgar as terras descobertas e a serem descobertas às coroas não prevaleceu. Ao longo do século XVI, os países ibéricos acabaram por reconhecer a plena soberania original dos povos indígenas sobre suas terras.

É por isso que, apesar do Tratado de Tordesilhas, a legislação colonial portuguesa aplicada no Brasil reconhecia a soberania dos povos indígenas e seus direitos territoriais, apesar de, na prática, o respeito não tenha se verificado.

A Carta Régia de 1.537, o Regimento de 1.548 e a Lei de D. Sebastião de 20 de março de 1.570 são expressões dessa política legislativa repleta de vacilações sucessivas que “tanto ela traduz as alternativas do sentimento humano em luta aberta, ora com interesses de baixa espécie, ora com ponderações de todo o ponto respeitáveis.”³⁴

Os primeiros contatos entre os portugueses e os índios se deram no litoral do país que na época era ocupada pelos índios do tronco tupi:

³³ “Assim, pode-se considerar *indigenismo* o conjunto de idéias (e ideais, i.e., aquelas elevadas à qualidade de metas a serem atingidas em termos práticos) relativas à inserção de povos indígenas em sociedades subsumidas a Estados nacionais, com ênfase especial na formulação de *métodos* para o tratamento das populações nativas, operados, em especial, segundo uma definição do que seja *índio*. A expressão *política indigenista* designaria as medidas práticas formuladas por distintos poderes estatizados, direta ou indiretamente incidentes sobre os povos indígenas. Isto exclui outros aparelhos de poder da esfera da definição, implicando em não se falar em uma *política indigenista* eclesiástica, nem tampouco condicionar a idéia de atos oficiais afetando populações autóctones a existência de uma racionalidade onde as ações práticas correspondem a um planejamento implícito e, sobretudo, explícito. De modo mais claro: não há uma correspondência necessária entre os planos para os *índios* e as ações face a eles.” LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1.995, p. 14/15.

³⁴ MIRANDA, Manuel. e BANDEIRA, Alípio. *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena*. In MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas”, Curitiba: Juruá, 1992, p. 30, (atualizado ortograficamente).

“No século XVI, os tupi-guaranis distribuíam-se por uma área geográfica muito vasta. Os tupis ocupavam a parte média e inferior da bacia do Amazonas e dos principais afluentes da margem direita. Dominavam uma grande extensão do litoral Atlântico, da embocadura do Amazonas até Cananéia. Os guaranis ocupavam a porção do litoral compreendida entre Cananéia e o Rio Grande do Sul; a partir daí, estendiam-se para o interior até os rios Paraná, Uruguai e Paraguai. Da confluência entre o Paraguai e o Paraná, as aldeias indígenas distribuíam-se ao longo de toda a margem oriental do Paraguai e pelas duas margens do Paraná. Seu território era limitado ao norte pelo Rio Tietê, a oeste pelo Rio Paraguai. Mais adiante, separado deste bloco pelo Chaco, vivia outro povo guarani, os chiriguanos, junto às fronteiras do Império Inca.”³⁵

Destaca MELATTI: “É nesta época que começam a desaparecer da citada faixa litorânea os índios do tronco Tupi que a habitavam, restando hoje apenas os Potiguára, no litoral da Paraíba, como seus últimos representantes”³⁶.

No século XVII, a economia ainda está sedimentada na exploração de cana-de-açúcar. A ocupação portuguesa segue, então, para o interior do Nordeste e pelo Rio São Francisco; no norte, para o Maranhão e Pará e; no sul, para o interior do estado de São Paulo a procura de escravos índios. A ocupação é promovida por confrontos e ataques às populações indígenas encontradas.³⁷

As Cartas Régias de 30 de junho de 1.609 e de 10 de setembro de 1.611, elaboradas no Império de Filipe III, reconheciam aos índios o pleno domínio sobre os territórios que ocupavam:

“... os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitânias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer...”³⁸
(Carta Régia de 10.09.1611) (atualizado ortograficamente)

A questão da escravidão, contudo, ainda se mostrava presente, embora boas intenções parecessem fluir dos referidos dispositivos legais. A Lei de 10 de setembro de 1.611 considerou legítimo não somente o cativo dos aprisionados em guerra justa, mas também aqueles resgatados do cativo de outros índios.

³⁵ CLASTRES, Hélène. *Terra sem Mal: o Profetismo Tupi-Guarani*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1.978, p. 8.

³⁶ MELATTI, Julio Cezar. *Índios do Brasil*. São Paulo: Hucitec; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993, p. 180.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 180.

³⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 58.

No mesmo sentido, apresentava-se a Carta Régia de 09 de abril de 1.655 e o Alvará de 28 de abril de 1.688 que declaravam escravidão aos prisioneiros tomados em guerra defensiva.

Assim, conquanto a legislação não tratasse expressamente dos territórios ocupados pelos índios, os reconhecia justamente pois permitia que declarasse guerra às nações indígenas em suas terras. A declaração de guerra não só reconhecia o território como também a soberania³⁹ dos índios sobre ele. Isso porque a declaração de guerra supõe a presença de nações soberanas: “Soberanas, as nações indígenas são, em muitos textos legais, consideradas externas ao âmbito da jurisdição régia”.⁴⁰

Porém, o documento mais explícito sobre o direito originário dos índios sobre suas terras é o Alvará de 1º de abril de 1.680 que reconhecia os índios como primários e naturais senhores das terras:

“E para que os ditos gentios que assim descerem e os mais que há presente, melhor se conservem nas aldeias, hei por bem sejam senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas nem sobre elas se lhes fazer moléstia. E o governador, com parecer dos ditos religiosos, assinará aos que descerem do sertão lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmarias a pessoas particulares, porque na concessão destas sesmarias se reserva sempre o prejuízo de terceiro e muito mais se entende, e quero que se entenda **ser reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.**” (parágrafo 4º do Alvará de 1º de abril de 1.680) (atualizado ortograficamente)

O Alvará garantia o direito originário e natural dos índios sobre as terras que ocupavam, incorporando o instituto do indigenato na legislação luso-brasileira.

O indigenato, portanto, é o título congênito, distinto da ocupação e da posse civilista, de que são titulares os povos indígenas; primitivos habitantes das terras brasileiras.

Ainda pelo Alvará de 1.680, as sesmarias dadas sobre as terras indígenas deveriam ser desconsideradas posto que estava garantido o dever de todos respeitarem a terra indígena e não permitirem que os índios fossem transferidos de

³⁹ Somente na Carta Régia de 9 de março de 1.718, a Coroa portuguesa reconhece expressamente a soberania das nações indígenas: “...(os índios) são livres, e *isentos de minha jurisdição*, que os não pode obrigar a saírem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que eles se não agradarão...” (atualizado ortograficamente) in CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 61.

⁴⁰ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 61.

suas terras contra sua vontade. As sesmarias – que tanto haviam tirado dos indígenas - pelo Alvará de 1º de abril de 1680 não serviam mais como títulos jurídicos legítimos para retirar os direitos sobre suas terras.

Na mesma linha apresentou-se o Regimento das Missões do Estado do Maranhão e Pará de 1º de dezembro de 1.686: “a justiça não permite, que estes homens sejam obrigados a deixarem todo, e por todo as terras que habitam.”⁴¹

A Lei de 06 de junho de 1.755 – chamada lei pombalina - retoma expressamente a proteção sobre as terras dos índios ao incorporar em seu texto a transcrição integral do parágrafo 4º do Alvará de 1º de abril de 1.680 e garante aos “índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras... para gozarem delas per si e todos seus herdeiros”.

Muito embora,

“desgraçadamente estavam ainda os costumes da época abaixo do sentimento e da visão do marquês <de Pombal> e tinham, como era natural, mais força do que atos de repressão. De sorte que a lei do grande ministro, que parecia ter dado afinal o golpe de morte na escravidão do índio, e que durante longo tempo, em virtude da energia e da influência do seu autor, foi de fato uma barreira indefectível às transgressões habituais, começou a ser aqui e ali abertamente violada, de modo que em 1798 houve necessidade de expedir-se uma carta régia reiterando as suas disposições e abolindo o diretório dos índios”⁴².

A economia brasileira dessa época se caracteriza pela exploração do ouro. O colonizadores, assim, avançam pelos estados de Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso travando intensos combates com as sociedades indígenas:

“Nessa época começam a desaparecer os Kayapó do Sul, que habitavam a região meridional de Goiás e o Triângulo Mineiro. No Maranhão, os criadores de gado invadiam as terras dos índios Timbira”⁴³.

As Cartas Régias de 02 de dezembro de 1.808 e de 26 de março de 1.819 continuam a reconhecer os direitos anteriores dos índios sobre suas terras, ora de forma implícita, ora de forma explícita, como destaca CUNHA:

⁴¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 59, atualizado ortograficamente.

⁴² MIRANDA, Manuel. e BANDEIRA, Alípio. *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena*. In MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas”, Curitiba: Juruá, 1992, p. 38/39, (atualizado ortograficamente).

⁴³ MELATTI, Julio Cezar. *Índios do Brasil*. São Paulo: Hucitech; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993, p. 180.

“Implicitamente, quando declara que as terras conquistadas por guerra justa aos índios são devolutas (Carta Régia de 2.12.1808), o que significa ao mesmo tempo reconhecer os direitos anteriores dos índios sobre seus territórios e a permanência de tais direitos para os índios com quem não se guerreava. Explicitamente, quando afirma que as terras das aldeias são inalienáveis e nulas as concessões de sesmarias que pudessem ter sido feitas nessas terras, as quais podiam ser consideradas devolutas (Carta Régia de 26.3.1819 e duas provisões de 8.7.1819)”⁴⁴.

As leis da Coroa Portuguesa não foram suficientes para coibir os ímpetus dos colonizadores: “Para eles, os territórios indígenas eram terras de ninguém, passando a pertencer automaticamente a quem investisse dinheiro e esforço para explorá-las”.⁴⁵

Verifica-se, pois, o atrito entre a legislação e a realidade, visto que ao tempo que a lei determinava o respeito aos povos indígenas, reconhecendo seus territórios e soberania, a expansão colonial promovia seus extermínios.

2.1.2

Legislação do Império

Em 1.822, o Brasil se torna independente do reino de Portugal e inicia seu sistema jurídico a partir da cultura dos Estados nacionais constitucionais.

“O Estado colonial deixou como herança ao Estado Nacional brasileiro nascente, um silêncio piedoso sobre os povos indígenas, um punhado de escravos, uma situação de direitos confusa e uma estrutura fundiária tão ultrapassada quanto injusta.”⁴⁶

A Constituição surgia marcada por um forte retrocesso nos direitos indígenas, especialmente no que se refere ao reconhecimento destes como povos titulares de seus territórios e submetidos a suas próprias soberanias.

Os postulados da Revolução Francesa de um Estado único, sob um território único, governo único e povo também único, vale dizer, povo homogêneo, impediam que as palavras soberania, território e nações indígenas fossem mantidas no sistema legislativo que se construía. Essas expressões não cabiam

⁴⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 63.

⁴⁵ RIOS, Aurélio Veiga. Terras Indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição. In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Além da Tutela: bases para uma política indigenista III”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 63.

⁴⁶ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 56.

mais no vocabulário constitucional, tampouco na defesa dos direitos indígenas e na permissão de sua sobrevivência. Os índios, sua cultura e sua vida deveriam ser incorporados ao Estado nacional que se pretendia forte, único e uníssono. Na dicotomia cidadãos do Estado e estrangeiros⁴⁷, os índios não encontravam seu lugar e, assim, ficavam excluídos enquanto pretendessem conservar suas identidades:

“A soberania das nações indígenas, que não constituía problema em períodos anteriores, passa a ser escamoteada. Não se admite, nesse início do século XIX, que os índios possam constituir sequer sociedades dignas desse nome.⁴⁸”

A Constituição, então, surgia como cópia e expressão dos Estados nacionais europeus. Baseava-se nos ideais liberais dominantes, nas garantias e direitos individuais, na divisão de poderes e na proteção da propriedade privada:

“Portanto, **aos índios sobrou como direito a possibilidade de integração** como indivíduo, como cidadão ou, juridicamente falando, **como sujeito individual de direitos. Se ganhava direitos individuais, perdia o direito de ser povo.**⁴⁹” (grifos acrescentados)

⁴⁷ O artigo 6º da Constituição de 1.824 confere título de cidadão brasileiro àqueles que nasceram no Brasil, quer sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação; os filhos de pai brasileiro, e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Império; os filhos de pai brasileiro, que estivesse em país estrangeiro em serviço do Império, embora eles não venham estabelecer domicílio no Brasil; todos os nascidos em Portugal, e suas possessões, que sendo já residentes no Brasil na época, em que se proclamou a independência nas Províncias, onde habitavam, aderiram a esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residência e; os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua religião. Os índios não poderiam ser considerados cidadãos porque não exerciam estes direitos individuais. Dentro da filosofia privatista, o especial modo de gerir a vida e as relações havidas entre os indígenas não se enquadrava nos conceitos de propriedade privada e negócios jurídicos. Logo, os índios estavam excluídos do direito como cidadãos do Estado nacional e tampouco podiam ser considerados estrangeiros: “Quando os Estados nacionais escreveram suas constituições garantindo direitos, inauguraram um novo sistema jurídico com algumas dicotomias, como o público e o privado, o sujeito e o objeto de direitos, e pilares como a propriedade privada, a segurança jurídica dos contratos livremente estabelecidos e o caráter técnico-jurídico das soluções de conflitos de direitos. Estes primados serviam a quem tinha propriedade e mantinha contrato, especialmente como contratante; aos povos diferenciados, aos que viviam em comunidades, este sistema não servia... A integração, no caso latino-americano, como era proposta de forma individualizada, significava a extinção do povo”. In MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Direitos Coletivos e sociedades multiculturais*, in Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.), Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 78/79.

⁴⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 64.

⁴⁹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Direitos Coletivos e sociedades multiculturais*, in Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.), Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 78.

Com o advento do Estado nacional, portanto, o respeito à cultura dos povos indígenas, seus territórios e seus direitos passaram a ser objeto de um direito interno que sequer se chamou público. Em outras palavras, o reconhecimento das terras indígenas era problema do direito interno classificado por um “adjetivo”, que já se dizia excludente e individual: o direito privado. As lutas indígenas que não entendiam esses “adjetivos” logo ficaram invisíveis aos olhos da modernidade.

A Constituição outorgada de 1.824 nascia, assim, silente quanto à existência de índios no Estado brasileiro, em que pese o projeto de constituinte de 1.823 tivesse feito menção expressa aos índios⁵⁰.

A primeira Constituição brasileira inaugurava um processo verificado ao longo das Constituições que se seguiram. A de que a Constituição omitia seus índios – como “sujeitos diferenciados”⁵¹ - mas os obrigava – porque determinava sua integração ao Estado e o respeito às leis nacionais.

“Na verdade a quase totalidade dos Estados modernos desconhece a existência das sociedades minoritárias que subsistem nos territórios que controla. A própria tradição jurídica-européia em conceituar o Estado Nacional dificulta a percepção da questão⁵²,”

Em 1.834, a Reforma Constitucional do Império, Resolução n.º 16 de 12 de agosto de 1.834, incorporou os índios ao texto constitucional:

“Art. 11, inciso V: Promover cumulativamente com a Assembléia e o Governo Geral, a organização da estatística da Província, a catequese e civilização dos indígenas e o estabelecimento de colônias.”⁵³

⁵⁰ O art. 254 do projeto de constituinte de 1823 reconhecia a existência dos povos indígenas no Brasil ainda que fosse apenas para tratar de sua integração: “Art. 254: A Assembléia terá igualmente cuidado de criar Estabelecimentos para a catequese e civilização dos índios, emancipação lenta dos negros, e sua educação religiosa, e industrial.” (atualizado ortograficamente) In CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 65. A constituinte, no entanto, foi dissolvida por D. Pedro I.

⁵¹ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003.

⁵² SANTOS, Sílvio Coelho dos. Na apresentação do livro *O Índio perante o Direito; ensaios*. SANTOS, Sílvio Coelho dos (org), Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1982, p. 16.

⁵³ OLIVEIRA SOBRINHO, *Os selvícolas brasileiros e a legislação pátria – o Decreto Legislativo n.º 5.484, de 1928*. in MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. (org) *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 109.

2.1.2.1

Lei de Terras

Após a extinção do instituto das sesmarias em 1.822 instalou-se o regime de posses no Brasil caracterizado pela ocupação da terra e seu cultivo:

“Depois da abolição das sesmarias, então, a posse passou a campear livremente, ampliando-se de zona a zona, à proporção que a civilização dilatava a sua expansão geográfica.

Era a ocupação, tomando o lugar das concessões do Poder Público, e era, igualmente, o triunfo do colono humilde, do rústico desamparado, sobre o senhor de engenhos ou fazendas, o latifundiário sob o favor da metrópole.

A sesmaria é o latifúndio, inacessível ao lavrador sem recursos.

A posse é, pelo contrário – ao menos nos seus primórdios -, a pequena propriedade agrícola, criada pela necessidade, na ausência de providência administrativa sobre a sorte do colono livre, e vitoriosamente firmada pela ocupação.⁵⁴” (grifos acrescentados)

Essa posse marca uma nova fase na ocupação territorial brasileira. No entanto, essa ocupação só veio a ser efetivamente regulamentada com o advento da Lei nº. 601, de 18 de setembro de 1.850, chamada Lei de Terras.

Esta Lei surgiu com o compromisso de regulamentar o regime fundiário brasileiro e dar início à transformação da mão-de-obra escrava para a mão-de-obra livre. Seus dispositivos visaram a regularizar a propriedade daqueles terrenos que já estavam ocupados, seja por sesmarias, seja pela posse de terras cultivadas; impedir a aquisição do domínio da terra pela posse a partir de então e; conceder *título legítimo* para a aquisição da propriedade.

A Lei 601/1.850, assim, propõe-se a definir as terras devolutas⁵⁵ do Império, dispor acerca das terras que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como regulamentar as terras havidas por simples título de posse mansa e pacífica.

As terras passaram a ser divididas em duas categorias: uma, as terras públicas pertencentes ao Estado e, a outra, terras particulares derivadas de títulos de

⁵⁴ LIMA, Ruy Cirne. *Pequena História Territorial do Brasil*, p. 51.

⁵⁵ Art. 3º São terras devolutas: § 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal. § 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura. § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei. § 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.

propriedade ou de posse. As terras que nenhum título legítimo possuíssem seriam as terras devolutas:

“Terras devolutas, portanto, estavam definidas, e estão até hoje, por sua negação, quer dizer, devolutas são as terras que não são aplicadas a algum uso público, nacional, provincial ou municipal, não se achem no domínio particular, nem tivessem sido havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso⁵⁶, por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura, não tivessem sido concedidas em sesmaria ou outros atos do Governo Geral que, apesar de incursas em comisso, foram revalidadas pela Lei 601, não se achem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, foram legitimadas pela lei”⁵⁷ (grifos acrescentados)

As terras devolutas, então, foram consideradas terras vagas que não estavam afetadas ao Poder Público, tampouco ao Poder Privado, tendo sido repassadas do domínio da Coroa para integrar a massa de bens do Império brasileiro. As terras ocupadas sem a existência de um título de propriedade legitimado passaram a ser consideradas terras devolutas.

As terras dos índios, que desde o Alvará de 1º de abril de 1680 eram consideradas originariamente dos índios pela sua posse imemorial – indigenato – não poderiam, assim, ser tidas como devolutas:

“Certo é que a denominação de devolutas aplicada às terras que eles <os índios> habitam é de todo o ponto imprópria, já porque, conforme as palavras do alvará de 1º de abril de 1680, são os índios “os naturais senhores delas”, já porque a semelhante classificação opõe-se formalmente à própria significação gramatical do termo.”⁵⁸ (atualizado ortograficamente)

Essas terras congenitamente possuídas pelos índios eram consideradas terras originariamente “reservadas”. Na Lei de Terras, o conceito de “terras reservadas” adquire nova feição: terras “reservadas” passaram a ser aquelas terras devolutas destinadas, entre outras finalidades, para a colonização dos indígenas:

⁵⁶ Por sesmarias caídas em comisso entendem-se aquelas cujos concessionários não haviam cumprido as condições da doação, conforme explica SILVA, Lígia Osório. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da Lei de 1850*. p. 97.

⁵⁷ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 69.

⁵⁸ MIRANDA, Manuel. e BANDEIRA, Alípio. *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena*. MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. (org.) *Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 54/55.

“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.” (atualizado ortograficamente)

Assim, antes da Lei de Terras, as terras “reservadas” especificavam aquelas terras originariamente indígenas. Após 1.850, as terras “reservadas” passaram a adotar também o sentido de terras para colonização:

“Dentro das terras reservadas, estavam contidas não só as que efetivamente a autoridade reservara para formar aldeamento, como as congenitamente possuídas, isto porque o termo “reservado” se referia antes aos direitos dos índios às terras que possuíam e depois passou a designar também, nessas mutações próprias do direito e das sociedades, aquelas que o Poder Público achava melhor para aldear povos indígenas, na idéia da integração cidadã. Isso explica porque até hoje se apelidam de Reservas Indígenas”.⁵⁹

A esta previsão de “reserva” de terras aos indígenas seguiu-se um detalhado regulamento sobre o estabelecimento de aldeias nestas áreas. Os aldeamentos, todavia, deveriam se sobrepôr às terras imemorais, conforme especificou o Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854:

“Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas nos distritos onde existem hordas selvagens.” (grifos acrescentados)

O referido Decreto ainda previa que as terras reservadas para colonização eram destinadas ao usufruto dos índios, sendo inalienáveis:

“Art. 75. As terras reservadas para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização.” (atualizado ortograficamente)

Contudo, embora reconhecidas no sistema legislativo da época, as terras indígenas foram intensamente esbulhadas no século XIX, por meio de inúmeros subterfúgios: muitas aldeias foram fixadas sem observar toda a extensão do território indígena, outras caíram no domínio público ou foram consideradas

⁵⁹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 126.

abandonadas e apropriadas ao patrimônio particular⁶⁰ e outras ainda, foram consideradas simplesmente terras devolutas porque, mesmo havendo ocupação de índios, não havia título jurídico para sua legitimação:

“...Terras devolutas passaram a ser não as desocupadas como ensina alguns manuais e dicionários, **mas as legalmente não adquiridas. É um conceito jurídico e não físico ou social. Não quer dizer terra desocupada, mas terra sem direito de propriedade definido, é um conceito, uma abstração, uma invenção jurídica. A mera ocupação de fato não gerava domínio jurídico**, que exigia título do Estado ou reconhecimento, pelo Estado, de um título anterior, ou, ainda, o uso público. **Ainda que a terra estivesse ocupada por trabalhadores, índios, quilombolas, pescadores, produtores de subsistência ou qualquer outro sem beneplácito do Estado, não perdia sua qualidade jurídica de devoluta.** Ao contrário do conceito de sesmarias, que eram concessões gratuitas de terras que já haviam sido ocupadas, mas abandonadas, para alguém que desejasse efetivamente ocupá-las, **as terras devolutas eram aquelas que jamais tivessem sido propriedade de alguém ou tivessem tido uso público reconhecido, propriedade e uso pelo Estado.** Enquanto as sesmarias reforçam o caráter de fato, próximo à posse, as **concessões de terras devolutas têm um caráter de direito abstrato, independentemente da existência de ocupação pré-existente, seja de índios, afrodescendentes ou brancos pobres.**⁶¹ (grifos acrescentados)

Portanto, na interpretação da Lei de Terras efetivamente verificada na prática, a imensa maioria das terras indígenas foi considerada terra devoluta e as aldeias consideradas “reservas” destinadas à colonização dos índios, ou seja, as reservas indígenas, destinadas à incorporação dos índios à comunhão nacional, eram conceitos provisórios, pois logo não haveria mais índios a serem colonizados e não teria mais sentido falar-se em terras “reservadas”. Esta confusão de conceitos veio não só a retirar direitos dos índios sobre suas terras, como também inaugurou uma forte discussão a respeito de sua titularidade na primeira Constituição republicana que se seguiu, segundo será verificado.

⁶⁰ MELATTI, Julio Cezar. *Índios do Brasil*. São Paulo: Hucitech; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993, p. 188 e CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos do Índio: ensaios e documentos*. São Paulo: editora brasiliense, 1987, p. 69.

⁶¹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 70.

2.1.3

As constituições republicanas

2.1.3.1

Constituição de 1.891

Com a promulgação da República em 1.889 e nas vésperas de uma nova Constituição, começam as manifestações em defesa dos direitos indígenas. Em 1.890, o Apostolado Positivista apresenta a proposta mais explícita sobre a soberania dos índios sobre suas terras:

“Art. 1º A República dos Estados Unidos do Brasil é constituída pela livre federação dos povos circunscritos dentro dos limites do extinto Império do Brasil. Compõe-se de duas sortes de estados federados, cujas autonomias são igualmente reconhecidas e respeitadas segundo as fórmulas convenientes a cada casa, a saber:
I – Os Estados Ocidentais Brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine;
II – Os Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas ordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República. A federação deles limita-se à manutenção das relações amistosas hoje reconhecidas como um dever entre nações distintas e simpáticas, por uma lado; e, por outro lado, em garantir-lhes a proteção do Governo Federal contra qualquer violência, quer em suas pessoas, quer em seus territórios. Estes não poderão jamais ser atravessados sem o seu prévio consentimento pacificamente solicitado e só pacificamente obtido.”⁶² (atualizado ortograficamente)

A proposta expressava o reconhecimento dos povos indígenas como nações constituídas sobre um território e com uma jurisdição diversa da brasileira.

Em que pese as manifestações do movimento positivista, a Constituição de 1.891 não tratou dos povos indígenas, tampouco mencionou o direito sobre suas terras. Pelo contrário, grande celeuma gerou sobre as terras indígenas ao passar para os estados-membros as terras devolutas⁶³. Isso porque os conceitos de terras devolutas e terras indígenas foram confundidos e tratados, na prática, como sinônimos. Com efeito, os estados federados passaram a conceder títulos de propriedade a particulares das terras devolutas em seus territórios sem considerar a ocupação indígena sobre as mesmas.

⁶² CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos do Índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora brasiliense, 1987, p. 71/72.

⁶³ “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.”

Porém, é impossível considerar as terras dos índios como terras devolutas, visto o conceito de terras devolutas compreender, além da inexistência de título de propriedade legítimo, a desocupação da terra o que, para a caracterização de terra indígena, a ocupação é não só seu pressuposto, como sua condição. A posse indígena não foi adquirida, mas derivada de um direito originário e primário:

“As terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius* nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido por simples ocupação aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há mais simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legítimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado”.⁶⁴ (atualizado ortograficamente)

Desde a Lei de Terras de 1.850, as terras devolutas são aquelas terras sem título legítimo; terras “reservadas” aos índios são algumas terras devolutas destinadas à colonização e as terras imemoriais são aquelas terras congenitamente adquiridas pelos índios. Todas estas terras não se confundem no conceito, ainda que na prática tenham se sobreposto, como determinou o art. 72 do Decreto que determinava constituírem-se terras reservadas onde já havia terras imemoriais.

2.1.3.2

Serviço de Proteção aos Índios – SPI

Após a proclamação da República, iniciou-se o desbravamento do interior e a demarcação das fronteiras nacionais. Organizou-se a Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, entre São Paulo e Corumbá, na fronteira com a Bolívia e a “Comissão de Linhas Telegráficas e Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas”, mais conhecida como a “Comissão Rondon”.

Esses dois empreendimentos bem destacaram a política antagônica com relação ao tratamento conferido aos índios e iniciaram uma discussão que ultrapassaria as fronteiras brasileiras.

⁶⁴ MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Hennes Irmanos. *apud* RIOS, Aurélio Veiga. Terras Indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição. In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Além da Tutela: bases para uma política indigenista III”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 64.

Na construção da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, o traçado da ferrovia alcançou terras indígenas. Neste confronto, os índios foram considerados um obstáculo ao progresso e deveriam ser eliminados. Testemunhos oculares relataram que eram necessárias duas turmas: uma apetrechada com os instrumentos de trabalho, e outra que, de rifle a tiracolo, e com o sistema militar de sentinelas, a garantia. Nesse contexto, o assassinato de índios tornou-se uma espécie de esporte, uma caçada para os “desbravadores”⁶⁵.

De outro lado, a “Comissão Rondon” que, além de se caracterizar como uma comissão voltada à ligação telegráfica e estratégica entre o Mato Grosso e o Amazonas, apresentou-se também como uma expedição científica, com a participação de vários antropólogos e lingüistas. Os contatos com os povos indígenas promovidos por esta comissão se deram de modo pacífico e amistoso, demonstrando para a sociedade ocidental que era possível um contato sem extermínio dos indígenas.

Em 1.908, no XVI Congresso Internacional de Americanas, em Viena, foi denunciado o genocídio indígena no Brasil. As discussões, no entanto, foram prontamente silenciadas, entretanto iniciaram um debate nacional e internacional a respeito do tratamento conferido aos índios brasileiros⁶⁶.

Assim que, diante da pressão pública nacional e internacional, o Governo tomou uma posição e criou, pelo Decreto nº. 8.072, de 20 de junho de 1.910, posteriormente objeto de pequenas alterações pelo Decreto 9.214 de 15 de dezembro de 1.911, o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPI, pertencente ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, cuja direção foi atribuída ao Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon.

O SPI foi o primeiro poder estatal dirigido aos povos indígenas distribuídos pelo território brasileiro.

A política indigenista inaugurada com a criação do SPI apresentou avanço na defesa dos indígenas do Brasil. Além de um rol de direitos e garantias dos índios frente à sociedade envolvente, garantiu-se aos índios o respeito à sua organização interna segundo seus costumes:

⁶⁵ MOONEN, Francisco. *Pindorama Conquistada: repensando a questão indígena no Brasil*. João Pessoa, PB: Editora Alternativa, 1.983, p. 73/74.

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 74.

“Art. 1º O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, criado no Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tem por fim:
a) prestar assistência aos índios do Brasil, quer vivam aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados.” (atualizado ortograficamente)

“Art. 2º. A assistência de que trata o art. 1º terá por objeto:

(...)

4º, fazer respeitar a organização interna das diversas tribos, sua independência, seus hábitos e instituições, não intervindo para alterá-los, senão com brandura e consultando sempre a vontade dos respectivos chefes.” (atualizado ortograficamente)

O Serviço de Proteção aos Índios estava instalado sem, contudo, abandonar as idéias de transferência de povos indígenas de suas terras (item 13), incorporar a cultura de trabalho da terra conforme os padrões desenvolvimentistas (itens 14 e 15), promover a educação dos índios de acordo com a cultura nacional (item 16) e integrá-los à sociedade nacional.

Garantiu-se, ainda, a efetividade da posse dos índios sobre seus territórios e a proteção contra invasão de suas terras:

“Art. 2º

2º, garantir a efetividade da posse dos territórios ocupados por índios e, conjuntamente, do que neles se contiver, entrando em acordo com os governos locais, sempre que for necessário;

3º, Pôr em prática os meios mais eficazes para evitar que os civilizados invadam terras dos índios e reciprocamente;

12, Promover, sempre que for possível, e pelos meios permitidos em direito, a restituição dos terrenos que lhes tenham sido usurpados.” (atualizado ortograficamente)

Ao SPI ainda foi atribuída a competência de medir, demarcar e legalizar as posses das terras ocupadas pelos índios, efetivar as concessões de terras feitas aos índios nas legislações anteriores, promover a restituição das terras de que os índios foram usurpados, impedir a invasão das terras indígenas e sua usurpação e promover a cessão das terras necessárias à localização dos índios.⁶⁷

Todavia, esse amplo programa assistencial de defesa e proteção dos índios e suas terras pouco se verificou na prática, como destaca MOONEN⁶⁸:

⁶⁷ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Petrópolis: Editora Vozes, 1979, p. 201.

⁶⁸ MOONEN, Francisco. *Pindorama Conquistada: repensando a questão indígena no Brasil*. João Pessoa, PB: Editora Alternativa, 1.983, p. 77/78.

“Transferiu-se muitas tribos do seu habitar natural para outra região qualquer, sempre que fosse conveniente para a sociedade brasileira. Introduziu a pecuária em terras indígenas, mas não transformou os índios em pecuaristas, já que o gado sempre pertencia ao Posto Indígena e os lucros não revertiam ao índio. Em lugar de promover a restituição das terras usurpadas, o SPI passou a usurpar as terras indígenas, utilizando-as para suas próprias atividades econômicas ou arrendando-as a particulares. Não estudou a situação dos índios e sua cultura e geralmente também não deixou que outros o fizessem.”

A colonização dos índios, a dominação política e a apropriação de suas terras continuavam sob a política desenvolvida pelo SPI por meio do nome “pacificação”.

Em 1.930, o SPI passou a integrar o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Em 1.934, foi transferido ao Ministério da Guerra e em 1.939, voltou ao Ministério da Agricultura onde permaneceu até sua extinção em 1.967.

A história do SPI, que se iniciou na proteção dos índios com uma série de normas jurídicas avançadas, acabou como instrumento de opressão do Estado marcado pela exploração dos índios e de suas terras em proveito dos encarregados dos postos indígenas, bem como pela venda de “atestados de inexistência de índios” para comercialização de terras indígenas.

2.1.3.3

Código Civil de 1.916

Em 1.916 é promulgada a Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro, instituindo o Código Civil Brasileiro. O referido diploma civil originalmente não previa qualquer dispositivo relativo aos índios. Porém, após proposta de emenda do então senador Muniz Freire, foi acrescido ao artigo 6º, que dispunha sobre as pessoas relativamente incapazes, inciso que incluía os índios.

Nos termos do parágrafo único do artigo 6º, os índios, como relativamente incapazes, estariam sujeitos a um regime tutelar a ser estabelecido em leis e regulamentos especiais e que cessaria a medida da adaptação do indígena à comunhão nacional.

A partir de 1.916, fica, pois, estabelecida uma tutela específica aos índios que não se confunde com a tutela orfanológica, típico instrumento de direito privado que, por ser direcionado a uma proteção individual, não se adaptava à

necessidade de uma proteção dos direitos indígenas que sempre se apresentou como coletiva.

A aplicação da incapacidade relativa dos indígenas definida pelo Código Civil de 1.916, assim, dependia

“...de lei especial, que estabeleça um regime tutelar diferente da tutela orfanológica e que não trate os índios como indivíduos deficientes, mas como pessoas que necessitam de estatuto jurídico especial, ainda que não esteja esclarecido, e provavelmente não sabido, que estatuto especial é este.”⁶⁹

Mesmo que o regime tutelar determinado pelo Código Civil de 1.916 se fundamentasse na proteção dos índios, a incapacidade relativa a eles conferida, como aponta DANTAS, “... bem representou o não entendimento dos índios como pessoas, possuidoras de racionalidade, ainda que diferenciada.”⁷⁰

Verifica-se, portanto, que a legislação civil não reconhecia plena capacidade civil aos índios e, quando as reconhecia – por meio da emancipação - lhes retirava o direito à terra, porquanto não mais indígenas. Em outras palavras, quando os reconhecia como cidadãos do Estado com plena capacidade civil, retirava-lhes a condição de sujeitos de direitos territoriais ao não mais lhes garantir o direito às suas terras.

A lei especial que veio a regulamentar a tutela dos índios foi o Decreto 5.484/28.

2.1.3.4

Decreto nº. 5.484/28

O Decreto Legislativo nº. 5.484, de 27 de junho de 1.928, mostrou-se um avanço nas questões indígenas. Cópia quase integral de um projeto apresentado por renomados defensores das questões indígenas – Srs. Manuel da Costa Miranda e Alípio Bandeira – o Decreto 5.484/28 teve a qualidade de apresentar muitas concepções jurídicas que se perpetuariam na causa indígena até a atualidade.

⁶⁹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 99.

⁷⁰ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999, p. 35.

O primeiro e um dos mais importantes foi expressamente retirar os indígenas da tutela orfanológica instituída pelo Estado até então. Nos termos do art. 1º da referida lei “ficam emancipados da tutela orfanológica vigente todos os índios nascidos no território nacional, qualquer que seja o grau de civilização em que se encontrem”.

A partir do referido Decreto, foi conferido ao Estado uma espécie de tutela⁷¹ como sinônimo de proteção e não mais a tutela orfanológica antes destacada. A relação do Estado com os indígenas passou a ser submetida a um regime tutelar especial não mais circunscrito à esfera privada. Vale dizer, a partir da regulamentação do Decreto de 1.928, o regime tutelar adquiriu face de direito público. Justamente nisso residiu seu maior avanço⁷².

“O Decreto de 1928, portanto, sem revogar o Código Civil, já não autorizava mais a se falar em *tutela*, mas em capacidade e nulidade de atos praticados sem a participação do Estado. Este novo instituto jurídico de caráter público poderia ter ganho um nome próprio, coisa que a lei de 28 não fez, mantendo o nome de tutela e entregando ao Estado, que a exerceria por meio do SPI – Serviço de Proteção aos Índios.”⁷³

Este regime tutelar fundamentado no direito público persistiu até o advento do Estatuto do Índio de 1.973, conforme será posteriormente tratado.

O Decreto de 1.928 ainda reconhecia o direito dos indígenas de livremente dispor dos seus bens e designar seus sucessores de acordo com os meios tradicionais de herança ou sucessão adotados pela comunidade indígena. A intervenção autorizada deveria vir apenas do SPI ou seus auxiliares e apenas para apaziguar os conflitos⁷⁴. Esse dispositivo, juntamente com os dispositivos que

⁷¹ “Art. 6º Os índios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o grau de adaptação de cada um, por intermédio dos inspetores do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, sendo facultado aos ditos inspetores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os atos permitidos em direito”. (atualizado ortograficamente)

⁷² Cf. MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 100-101.

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 101.

⁷⁴ “Art. 3º A qualquer índio das 1ª, 2ª e 3ª categorias, é facultado o direito de dispor, como quiser, dos seus haveres e designar o seu sucessor em qualquer função. Parágrafo único. No caso de não haver as indicações necessárias ao cumprimento integral deste artigo, será respeitado qualquer meio tradicional de herança ou sucessão adotado pela tribo interessada, nunca a esse respeito intervindo autoridade alguma senão o inspetor do Serviço de Proteção aos Índios ou seus auxiliares, e só para apaziguar os ânimos, porventura desavindos.” (atualizado ortograficamente)

permitiam o casamento entre índios da forma como prescreve seus costumes⁷⁵ e o enterro em cemitério indígenas⁷⁶ dos índios falecidos, não só respeitava os usos, costumes e tradições dos índios como também permitia que estes fossem efetivamente praticados em seus territórios.

Com relação ao regime de terras indígenas, o Decreto 5.484/28 determinou a cessão gratuita para a União das terras devolutas pertencentes aos estados-membros que se achavam ocupadas pelos índios, bem como das terras das extintas aldeias que foram transferidas às antigas Províncias por lei anterior (art. 10).

Nos termos do artigo 10, parágrafo primeiro, as terras cedidas deveriam ser delimitadas em zonas correspondentes à ocupação legal já existente, sendo respeitada a posse dos índios, assim como o uso e gozo por eles das riquezas naturais ali encontradas.

Dentro dos aspectos negativos do Decreto 5.484/28, pode-se destacar a classificação dos índios segundo a proximidade social com a “civilização”, sua forma de interação e a relação com o espaço.⁷⁷

2.1.3.5

Constituição de 1.934 até a Emenda Constitucional nº. 01/69

É pacífico que a partir da Constituição de 1.934, o direito sobre as terras indígenas pode ser oposto a qualquer outro, porquanto aquela Constituição assim estabeleceu. Aquele momento foi caracterizado como a constitucionalização das garantias às terras indígenas:

“Desde o século XVII as terras indígenas são indígenas, isto é, são respeitadas como terras indisponíveis para a Colônia, o Império ou o Estado-membro. Não poderiam ser entregues em sesmarias até 1822 quando este instituto acabou, não estavam sujeitas ao regime de posse, enquanto a lei não disciplinou a aquisição originária das terras, e não poderiam ser tidas como devolutas a partir da Lei de

⁷⁵ “Art. 20 Os casamentos de índios das 1ª, 2ª e 3ª categorias, enquanto durar o regime de exceção da presente lei, não serão efetuados conforme as formas legais que atualmente regem a espécie, nem também reconhecidos oficialmente”. (atualizado ortograficamente)

⁷⁶ “Art. 22 (...) § 2º Os índios das 1ª, 2ª e 3ª categorias serão enterrados nos seus cemitérios próprios, conforme os seus ritos e costumes”. (atualizado ortograficamente)

⁷⁷ Art. 2º Para os efeitos da presente lei são classificados nas seguintes categorias os índios do Brasil: 1º, índios nômades; 2º, índios arranchados ou aldeados; 3º, índios pertencentes a povoações indígenas; 4º, índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados. (atualizado ortograficamente)

Terras, de 1850, são legalmente protegidas no século XX, e constitucionalmente a partir de 1934.”⁷⁸

A Constituição de 1.934 ainda elevou à norma constitucional a competência da União para legislar sobre as questões indígenas acabando com a tradição legislativa que vinha desde o Ato Adicional de 1.834, que permitia às Assembléias Provinciais legislarem cumulativamente com o Império sobre a catequese e civilização indígena, o Decreto n.º 7, de 20 de novembro de 1.889, que concedia competência aos estados federados para legislar sobre questões indígenas, até a Lei 1.606/1906 que então previu a competência da União para legislar sobre a matéria, acabando com a miríade de leis antes verificada⁷⁹.

“Art 5º - Compete privativamente à União:
XIX - legislar sobre: (m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.”

Assim, sob o fundamento da necessidade de se reconhecerem os direitos originários dos índios sobre suas terras como seus primitivos ocupantes, foi garantida a posse indígena:

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

A Constituição de 1.937 mantém a mesma orientação da Constituição de 1.934:

“Art. 154: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

A Constituição de 1.946 mantém a competência da União para legislar sobre as questões indígenas e garante a posse das terras aos índios:

“Art 5º - Compete à União:
XV - legislar sobre: (...) r) a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.”
“Art. 216: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não transferirem.”

⁷⁸ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 134.

⁷⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos do Índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora brasiliense, 1987, p. 85.

Nos termos das Constituições anteriores reconhece-se a posse imemorial dos indígenas sobre suas terras. Destaca CAVALCANTI⁸⁰:

“A Constituição assegura aqui o *uti possidetis* das terras ocupadas pelos índios, com a condição de que não transfiram. É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram e que, até hoje, ainda não se incorporaram aos hábitos e aos costumes da civilização colonizadora.

(...)

O princípio é auto-executável, reconhece um direito cuja medida e extensão depende apenas de prova quando contestada judicialmente.” (grifos acrescentados)

Apesar de reconhecida a propriedade coletiva dos índios sobre suas terras na Convenção 107/OIT, a Constituição de 24 de janeiro de 1.967 atribuiu à União a propriedade sobre as mesmas:

“Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União:
IV - as terras ocupadas pelos silvícolas”

E no artigo 186 especificou a posse indígena e o usufruto dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes pelos índios:

“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.”

A Constituição de 1.967 deu um passo à frente relativamente às anteriores, uma vez que explicitou os direitos dos índios sobre as terras que habitam, ao tempo que aparelhou garantias de eficácia desses direitos e distinguiu-os do direito de propriedade⁸¹.

Após a Emenda Constitucional nº. 1/69 as terras habitadas pelos índios continuaram a pertencer à União, nos termos do art. 4º, IV. Mantém-se a competência da União para legislar sobre a incorporação dos índios à comunhão nacional, nos termos do art. 8º, XVII.

A Emenda Constitucional nº. 1/69 assim define as terras indígenas:

⁸⁰ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, vol. IV, 1959, p. 242.

⁸¹ SILVA, Jose Afonso. *A auto-aplicabilidade do artigo 189 da Constituição Federal de 1969*, *Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo*, 1984, p. 3.

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

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

O instituto do indigenato, caracterizado desde o Alvará de 1.680, é reconhecido sob a égide da Constituição de 1.967, alterada pela Emenda 1/69, conforme se verifica na sentença proferida em março de 1.985, no processo nº. 907/84-R, da 3ª Vara Cível do Fórum Regional de Santo Amaro, São Paulo-SP, do Juiz Antonio Rulli Junior⁸²:

“O artigo 198 da Constituição Federal é auto-aplicável e absorveu a figura do indigenato.

O indigenato é instituto de origem luso-brasileira, como se vê nos ensinamentos de JOÃO MENDES JUNIOR (*in Os índigenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, 1912)

O indigenato aparece no Alvará Régio de 1º de Abril de 1680, na Lei de 06 de junho de 1755, onde se firmou o princípio de que nas terras outorgadas a particulares seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.

A Lei 601 de 18 de setembro de 1850 e o Decreto de 1854 deram igual tratamento ao indigenato previsto no Alvará de 1680.

O indigenato foi sempre considerado direito congênito e, portanto, legítimo por si, não se confundindo com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é fonte primária e congênita da posse territorial, enquanto que a ocupação é título adquirido.

Existe, portanto, em nosso sistema o direito congênito e o direito adquirido.

AURÉLIO ensina em seu dicionário da língua portuguesa (Edita Nova Fronteira) que congênito significa ‘nascido com o indivíduo, inato’.

A posse e a propriedade estão dentro do sistema do direito adquirido. O indigenato está dentro do sistema do direito congênito.” (grifos acrescentados)

No entanto, ainda persistiam dúvidas quanto à caracterização do direito dos povos indígenas sobre suas terras na medida em que se defendia que lhes eram devidas apenas as terras atual e permanentemente habitadas pelos índios. Nesse

⁸² BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 67-68. No mesmo sentido proc. nº 579/85 – 30/05/86, Comarca de São Sebastião-SP; proc. nº 408/85 – 30/12/85, 3ª Vara Cível Foro Regional de Santo Amaro, SP; proc. nº 1208/83 – 11/06/85, Comarca de Ubatuba, SP, todas publicadas no Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1986). *Idem, ibidem*.

sentido, MELLO FILHO, acompanhado por JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, parecer RDA 128:641 e CARLOS MEDEIROS SILVA, parecer RDA 122:383:

“Assinale-se que a regra constitucional, consubstanciada no art. 198, apenas incide sobre terras que *estejam sendo ocupadas e habitadas pelos silvícolas*. O texto constitucional, para efeito de proteção jurídica, exige a ocupação permanente e atual das terras pelos índios ou grupos tribais. Terras hoje não mais habitadas pelos silvícolas estão fora da tutela constitucional, mesmo porque a norma em análise não tem aplicação retroativa”.⁸³ (grifos acrescentados)

A luta, como se vê, é constante, visto que se insistia – e ainda se insiste - em interpretar os dispositivos referentes aos direitos dos povos indígenas segundo a ótica privatista quanto à posse e à ocupação desconhecendo-se o instituto do indigenato.

2.2

CONVENÇÃO 107/OIT

Em 1.966, o Decreto nº. 58.824, de 14 de julho de 1.966, promulga a Convenção 107⁸⁴, da Organização Internacional do Trabalho (OIT⁸⁵), adotada em Genebra em 26 de junho de 1.957, sobre as populações indígenas e tribais.

A Convenção 107 teve o mérito de reconhecer a propriedade coletiva dos índios sobre suas terras:

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

⁸³ MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1.986, p. 552.

⁸⁴ A OIT elaborou outras Convenções sobre os povos indígenas anteriores à Convenção 107. São as Convenções 50 que tratam do recrutamento de mão-de-obra indígena, a Convenção 64 que trata das regras sobre o contrato de trabalho firmado com indígenas, a Convenção 65 e Convenção 104 que tratam da abolição de sanções penais aos indígenas por não cumprimento do contrato de trabalho. A primeira Convenção mais geral sobre os direitos dos povos indígenas foi a Convenção 107.

⁸⁵ A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi fundada em 1919 pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial com o objetivo de promover a justiça social. No Brasil, a OIT tem mantido representação desde 1950, com programas e atividades que têm refletido os objetivos da Organização ao longo de sua história. A OIT funda-se no princípio de que a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social. Fonte de importantes conquistas sociais que caracterizam a sociedade industrial, a OIT é a estrutura internacional que torna possível abordar estas questões e buscar soluções que permitam a melhoria das condições de trabalho no mundo. Fonte: www.oitbrasil.org.br, acessado em 17/11/05.

Respeitaram-se, ainda, os costumes indígenas inclusive quanto aos seus especiais modos de transmissão de direitos, ou seja, respeitou-se seu direito consuetudinário:

“Artigo 7º 1. Ao serem definidos os direitos e as obrigações das populações interessadas, será preciso levar-se em conta seu direito costumeiro.

2. Tais populações poderão conservar seus costumes e instituições que não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional ou os objetivos dos programas de integração”.

“Artigo 13º. 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 de tais populações e não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social.”

Contudo, a Convenção 107/OIT manteve a política integracionista então vigente⁸⁶ e estava ligada à idéia de desenvolvimento econômico conforme os padrões ocidentais, ou seja, o modo de produção capitalista. Nesse sentido, permitia a remoção de populações indígenas em razão desse progresso, o que, na realidade, significou a expulsão dos índios de suas terras de posse imemorial.

“Artigo 12º 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 interesse do desenvolvimento econômico do país ou no interesse 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 a das que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades atuais e assegurar seu desenvolvimento futuro. Quando houver possibilidades 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 toda perda ou dano por elas sofrido em consequência de tal deslocamento”. (grifos acrescentados)

A transferência, que no discurso determinava que se fizesse da melhor maneira possível para os índios, na prática não os respeitava:

“Vejam os (...) as quatro transferências compulsórias dos Txukarramãe, contado pelo líder Mekaronty e que dispensa comentários: “Orlando (Villas Boas) chegou na aldeia nossa e diz para nós irmos morar dentro do Parque (Nacional do Xingu).

⁸⁶ Artigo 2º: 1. Competirá principalmente aos governos por em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países. (...) c) criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações. (...) 4. Será excluída a força ou a coerção com o objetivo de integrar as populações interessadas na comunidade nacional.

Começou mudar meu povo da terra deles. Viemos para a beira do rio Xingu. Logo depois ele diz outra vez vem morar dentro do Parque. Nova mudança. Viemos morar na aldeia antiga dos índios Juruna chamada Porori. (Em 1967) Orlando volta a falar com meu povo para mudarem da aldeia Porori para outro lugar (por causa da Fazenda Agro-Pexim). Fizeram nova aldeia. Em 1970 a BR-80 corta o Parque. Orlando diz, a estrada cortou o Parque; a terra que vocês estão morando não vai ser mais de vocês... Meu povo muda outra vez, já com divisão de aldeia. Meu tio Raoni veio para cima da estrada BR-80, com uma parte do meu pessoal, e meu tio Krumare e Kremoro foram morar no rio Jarina. Desde 1971 a 1975 Parque (= FUNAI) não ajudou este pessoal meu” (Porantim 26). Neste pequeno relato não estão contados os sofrimentos e os mortos que ficaram no meio do caminho, mas que não foram poucos.⁸⁷

Outro exemplo de confronto entre desenvolvimento nacional, terras e povos indígenas é o caso dos índios Panará.

Estes índios eram conhecidos como “índios gigantes” (um dos primeiros capturados media 2,06m) e implacáveis guerreiros. Viviam na margem esquerda do rio Peixoto de Azevedo conhecido pela riqueza de ouro na foz e pedras preciosas na cabeceira.⁸⁸

Os Panará foram vítimas de um processo desastroso de contato com o Estado nacional na ocasião da abertura da rodovia BR-163 na década de 70:

“O Governo brasileiro, armado de um discurso desenvolvimentista, resolveu abrir uma estrada que ligaria Cuiabá a Santarém, cruzando de sul a norte o leste amazônico e cortando ao meio o território panará”⁸⁹.

Esse povo foi quase inteiramente dizimado, sendo que os seus últimos representantes – 79 pessoas – foram transferidos compulsoriamente para o Parque Indígena do Xingu:

“Para convencer os índios a não impedir a passagem da estrada e, naturalmente, não hostilizar os ocupantes que viessem a seguir, foi organizada uma expedição chefiada pelos irmãos Villas-Bôas. **Depois de cinco anos de intenso trabalho, algumas mortes e muitas histórias, os índios gigantes foram “amansados” e permitiram que a estrada passasse e por ela chegassem os exploradores de madeira, ouro e pedras preciosas, gripe, sarampo, diarreia e fome. Contam os sobreviventes que não tinham força sequer para enterrar os mortos que iam**

⁸⁷ MOONEN, Francisco. Pindorama Conquistada: repensando a questão indígena no Brasil. João Pessoa, PB: Editora Alternativa, 1.983, p. 26.

⁸⁸ Cf. MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 88.

⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 88.

ficando pelo caminho, quanto mais para caçar ou fazer uma roça; passaram a viver da esmola dos passantes”.⁹⁰ (grifos acrescentados)

Em resposta, os Panará promoveram duas ações contra a União Federal e a FUNAI. A primeira ação reivindicou o reconhecimento de suas terras e encerrou por meio de acordo com o Estado brasileiro pelo reconhecimento dos direitos sobre a parte ainda preservada de seu território original⁹¹.

A outra ação reivindicou indenização por perdas e danos contra o Estado. Os Panará foram vitoriosos em todas as instâncias judiciárias:

“INDÍGENA E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. COMUNIDADE INDÍGENA PANARÁ (KREEN-AKARORE). DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONSTRUÇÃO DA BR-080 E DA BR-163. REMOÇÃO PARA O PARQUE NACIONAL INDÍGENA DO XINGU. LEI N. 6.001/73 (ESTATUTO DO ÍNDIO), ARTS. 2º, 7º, 20 E 34. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONDUTA CULPOSA COMISSIVA E OMISSIVA RECONHECIDAS. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO EM VALOR NÃO EXCESSIVO. (...)

4. Sentença que atribuiu responsabilidade solidária à União e à FUNAI sobre os danos sofridos pela Comunidade Indígena Panará após o contato inaugural, nos idos de 1973, durante a permanência no Parque Nacional Indígena do Xingu, para onde os seus membros restantes foram removidos em 1975, e até a transferência dos mesmos, em 1994, para área remanescente do território originalmente ocupado.

5. Existência de comprovação da conduta culposa omissiva e comissiva, por parte das Rés, e do nexo de causalidade desta conduta com os **danos sofridos, consistentes basicamente na morte da maioria dos membros da Comunidade e na desagregação social e moral dos membros restantes.**

6. A indenização fixada na sentença para os danos morais deve compreender tanto os danos relativos à desagregação social da comunidade quanto os danos derivados das mortes de que cuida a Inicial, sendo razoável sua limitação ao montante de quatro mil salários mínimos, ante a ausência de qualquer exercício atividade lucrativa por parte dos índios Panarás e a necessidade de evitar a condenação em valor excessivo. 7. Apelações a que se nega provimento. Remessa a que se dá parcial provimento.” (AC 1998.01.00.028425-3/DF; Relator Juiz OLINDO MENEZES, 3ª Turma, pub. 03.11.2000) (grifos acrescentados)

Finalmente em 2.003 este povo obteve a indenização fixada.

Ainda que de forma incipiente e aliada aos ideais desenvolvimentistas econômicos, a Convenção 107/OIT teve o mérito de impulsionar uma política favorável aos povos indígenas.

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 88.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 89/90.

2.3

FUNAI

Em 1.967, o Serviço de Proteção ao Índio - SPI é extinto e criada a Fundação Nacional do Índio – FUNAI pela Lei nº. 5.371, de 05 dezembro.

A FUNAI é uma fundação de direito privado, administrada com patrimônio próprio e destinada a gerir o patrimônio indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização, promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas, promover a educação de base apropriada do índio, despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista e exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Define-se também à FUNAI, a competência para estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista brasileira sob os princípios do respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais; da garantia à posse permanente das terras que habitam e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as unidades nelas existentes e; da preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio.

O regime tutelar dos índios ainda se mantém após a criação da FUNAI e a ela é atribuída os poderes de representação e assistência jurídica. A tutela, todavia, com o advento do Estatuto do Índio pela Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1.973, sofre grande retrocesso com relação ao regime anterior estabelecido pelo Decreto de 1.928 porque determinou a aplicação, no que couber, dos princípios da tutela de direito privado.

Assim, o regime tutelar - visto como instituto jurídico de direito privado - ao ser aplicado aos povos indígenas, que possuem uma realidade diversa, importou, por vezes, no desaparecimento dos seus direitos territoriais:

“O Estatuto do Índio, portanto, é um retrocesso do ponto de vista teórico em relação à tutela, porque recria a idéia de emancipação e a possibilidade de devolução das terras indígenas ao Estado, justamente por seus titulares perderem a qualidade de índios.”⁹²

⁹² MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 103.

A competência para a demarcação das terras indígenas pertence à FUNAI que poderá transferir a entidades públicas e privadas as atividades de medição e demarcação, mediante convênios ou contratos, desde que não tenha condições de realizá-las diretamente.

A FUNAI é, ainda hoje, o órgão do governo federal incumbido de promover a proteção dos direitos dos povos indígenas. A sua competência é ainda fixada pelas disposições do Estatuto do Índio.

2.4

ESTATUTO DO ÍNDIO

A Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, denominada Estatuto do Índio, teve por finalidade regular a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar sua cultura. Esta legislação, porém, apresentou, em alguns aspectos, um retrocesso nos direitos indígenas quanto ao Decreto nº. 5.484/28.

Esse retrocesso foi marcado pela classificação das pessoas indígenas consoante o critério de integração com a sociedade envolvente (art. 4º) dentro da concepção do evolucionismo (tendo os índios como realidades transitórias) e a extinção da tutela pública definida pelo Decreto de 1928, remetendo a questão para a tutela de direito privado (art. 7º), como já destacado.⁹³

“A leitura atenta do Capítulo II, do Título III do Estatuto do Índio “Da Assistência ou Tutela”, revela a possível intenção do regime militar neste retorno à tutela orfanológica. **Contida neste conceito está a idéia de que os índios em algum tempo não necessitarão mais sequer serem chamados de índio, porque estarão equiparados às garantias de todos os outros cidadãos, e suas terras deixarão de ser suas, para serem devolvidas ao domínio público como terras da União.**⁹⁴ (grifos acrescentados)

A disciplina das terras indígenas está definida em vinte e um artigos. O art. 17 estabelece três distintas categorias de terras indígenas: as terras de posse

⁹³ Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. § 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, *os princípios e normas da tutela de direito comum*, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

⁹⁴ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 103.

imemorial já protegidas pela Constituição Federal, as terras reservadas e as terras de propriedade particular dos índios ou das comunidades indígenas.

A Lei 6.001/73 ainda determina que todas as três categorias de terras indígenas deverão ser demarcadas, não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios. Nos termos do referido Estatuto, é permitida às comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (arts. 18 e 19).

O artigo 26 do Estatuto do Índio esclarece que as terras reservadas não se confundem com as terras de posse imemorial⁹⁵, no que parece ser uma tentativa de evitar a grande confusão inaugurada pelo Regulamento da Lei de Terras, segundo foi demonstrado.

No entanto, a resolução do problema foi apenas aparente. Nos artigos que tratam das terras reservadas, estabelece-se que reserva indígena é uma área destinada a servir de habitat ao grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência, “o que fez com que na prática de criação de unidades de individuações de terras indígenas se desse o nome de reserva, embora fossem ancestral e tradicionalmente ocupadas”⁹⁶.

Na mesma orientação da Convenção 107 da OIT, o artigo 20, § 1º confere à União o poder de intervir na terra indígena para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional (“d”) e para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional (“f”).

A política integracionista, portanto, permeia o Estatuto e permitiu o desrespeito ao modo de vida dos índios em suas terras em nome do progresso e desenvolvimento econômico do Estado brasileiro.

⁹⁵ “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. Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena”.

⁹⁶ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 131.

O Estatuto do Índio previu ainda, no art. 65⁹⁷, o prazo de cinco anos, a partir de sua publicação, para a demarcação das terras indígenas, ou seja, até 1.978. As terras, contudo, não foram demarcadas como deveriam.

O Conselho Missionário Indigenista⁹⁸, em dezembro de 1.978, cita 181 grupos indígenas. Destes, apenas 26 têm suas terras devidamente demarcadas, enquanto 20 tiveram suas terras redemarcadas, ou seja, diminuídas. Em 72 casos a FUNAI não tinha tomado nenhuma providência, o mesmo acontecendo nos 14 grupos indígenas do Nordeste, como destaca MOONEN⁹⁹:

“Um levantamento publicado pelo Conselho Indigenista Missionário, em dezembro de 1978, distingue:

1 – Terras demarcadas: terras indígenas que mediante decreto administrativo foram objeto de demarcação. 2 – Terras redemarcadas ou redelimitadas: terras que foram objeto de nova demarcação ou delimitação, mediante decreto ou medida administrativa, sofrendo alterações em seus limites, sempre com diminuição da área, em prejuízo dos índios. 3 – Terras delimitadas: são as que foram objeto de alguma medida administrativa do órgão oficial ou decreto presidencial, fixando seus limites apenas no papel. 4 – Terras interditadas: terras ainda em fase de constatação, que foram objeto de medida (da FUNAI), impedindo a presença de pessoas estranhas dentro das mesmas, embora isso nem sempre seja respeitado. 5 – Terras sem qualquer providência: terras sem nenhuma das providências acima e quase sempre invadidas (posseiros, fazendas etc.) ou cortadas por estradas. 6 – Terras liberadas por transferência forçada dos índios e que não voltaram ao domínio da União, conforme prevê o Art. 21 do Estatuto do Índio. 7 – Terras recebidas por doação do Governo Imperial, mas atualmente invadidas, precisando de re-demarcação.” (Boletim do CIMI 52)

A Lei 6001/73, conhecida como Estatuto do Índio, é ainda o instrumento jurídico de regulamentação dos direitos dos povos indígenas. Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1.988, alguns dos seus dispositivos devem ser revistos, uma vez que a atual Constituição importou em uma mudança de paradigma nas questões indígenas. A partir da nova ordem constitucional, não é mais possível falar em assimilação dos índios à comunhão nacional, nem tampouco em regime tutelar de direito privado, conforme será tratado no próximo capítulo.

⁹⁷ “Art. 65. O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas.”

⁹⁸ O CIMI é um órgão indigenista da Igreja católica ligado à Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), criado em 1.972.

⁹⁹ MOONEN, Francisco. *Pindorama Conquistada: repensando a questão indígena no Brasil*. João Pessoa, PB: Editora Alternativa, 1.983, p. 32/34.

3

OS ÍNDIOS E SEUS DIREITOS TERRITORIAIS

Como já fora destacado, o direito ao território dos índios é um direito histórico, derivado da ocupação primária e congênita da terra (indigenato), reconhecido desde as primeiras leis coloniais portuguesas.

Durante o período colonial, era reconhecida a soberania dos povos indígenas sobre seu território. De forma explícita, a legislação de Portugal para o Brasil não só reconheceu o direito territorial dos índios (Alvará de 1º de abril de 1680), como também assumiu expressamente não possuir jurisdição sobre suas terras (Carta Régia de 9 de março de 1.718). De forma implícita ao declarar guerra “justa” às nações indígenas.

A partir do século XIX, com o Brasil já independente de Portugal (1822), e com o nascimento dos Estados nacionais, a legislação imperial brasileira negou não só a existência da soberania dos povos indígenas, mas a própria existência real dessas coletividades nos seus territórios. Sob os princípios da Revolução Francesa, criou-se a ficção jurídica baseada na unicidade e homogeneidade: para cada Estado um território, um único povo, regido por um direito também único.

A Constituição Federal de 1.824, apesar da existência de projetos que discutiam a catequese indígena, não menciona os índios em seu texto. Em 1.890, o Apostolado Positivista reacende a questão dos índios como nações constituídas sobre um território determinado e com uma jurisdição diversa da brasileira, porém a Carta Política de 1.891 os mantêm na invisibilidade.

A Constituição de 1.934 torna explícita e constitucionalmente assegurada a terra indígena (art. 129), além de encerrar qualquer dúvida a respeito da competência da União para legislar sobre os povos indígenas (art. 5º, XIX, “m”). A Constituição de 1.937 continua a confirmar a posse indígena sobre suas terras (art. 154). A Carta de 1.946 mantém a competência da União para legislar sobre os índios (art. 5º, XV, “r”) e a posse indígena (art. 216). Na Constituição de 1.967, as terras indígenas passam a ser de propriedade da União (art. 14), garantida a competência da União para legislar sobre os povos indígenas e a posse sobre suas terras (art. 4º, IV e art. 176). A Emenda Constitucional n.º 1/69 observa as mesmas características (art. 4º, IV, art. 8º, XVII e art. 198).

Na prática, como visto, o respeito às terras indígenas não passou de discurso, posto que a idéia de assimilação dos indígenas impunha que índios e suas terras seriam “realidades” provisórias logo absorvidas pela integração dos índios na sociedade nacional.

Assim, conquanto cinco séculos de tentativas para se assimilar os povos indígenas à sociedade ocidental, estes continuaram sobrevivendo segundo seus usos, costumes e tradições até que a pluralidade da realidade fez rediscutir a própria concepção de Estado e de seu território e delineou sua nova formulação.

Neste contexto, surgiu a Constituição Federal de 1.988.

3.1

A CONSTITUIÇÃO DE 1.988: UM NOVO CAPÍTULO NA HISTÓRIA DOS POVOS INDÍGENAS

Do estudo da legislação brasileira, pode-se concluir que todo o sistema é baseado na idéia de integração do índio à comunhão nacional:

“Las concepciones de avance, progreso, desarrollo, solo podían entender a los indios como pasajeros provisionales, en una situación de cambio, creyendo que en le momento en que conocieran “los bienes permanentes de una sociedad pacífica y dulce, y vivieran bajo las leyes justas y humanas que rigen a los pueblos”, inmediatamente felices, dejarían de ser indios para ser ciudadanos integrados en la cultura constitucional”¹⁰⁰.

No entanto, a realidade brasileira – assim como as realidades dos demais países da América Latina¹⁰¹ – mostrava-se multicultural, pluriétnica e reivindicava

¹⁰⁰ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y los pueblos indígenas*, in: “Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de America Latina”, SANCHEZ, Henrique. Bogotá: Disloque, 1996, p. 15.

¹⁰¹ Destaca MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Multiculturalismo e direitos coletivos*, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.). “Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural”, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 94: “Se fizermos uma revisão de cada uma das constituições reescritas desde a década de 80, veremos que são muito parecidas, embora possam usar terminologias diferentes. A paraguaia, por exemplo, além de reconhecer a existência dos povos indígenas, declara o Paraguai um país pluricultural e bilíngüe, considerando as demais línguas patrimônio cultural da Nação (Paraguai, 1992, art. 140); a colombiana estabelece que “o Estado colombiano reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação colombiana” (Colômbia, 1991, art. 7º). Como um sinal dos tempos, as novas constituições americanas foram reconhecendo a sociodiversidade. O México (1992) assume que tem uma “composição pluricultural”; o Peru, em sua constituição outorgada de 1993, não vai tão longe e apenas admite como línguas oficiais, ao lado do castelhano, o quechua, o aimara e outras línguas “aborígenes”; finalmente, em 1995, a Bolívia, com sua fulgurante maioria indígena, admite

seu reconhecimento no Direito. Várias reuniões e encontros foram realizados e apresentadas propostas que vinham dos mais variados segmentos acadêmicos e sociais. Tratava-se de antropólogos, juristas, indigenistas, etnógrafos, índios e demais segmentos da sociedade simpáticos às questões indígenas que divulgavam a existência de um país que, embora se dissesse único e singular, não o era.

Logo, ainda que a legislação integracionista insistisse em chamar todos de iguais e de lhes garantir o estranho direito de deixar de ser índios e incorporarem-se à “comunhão nacional”, os índios continuaram a ser índios, a observar suas tradições, a preservar sua cultura e a lutar por seu território até que na constituinte de 1.987 eles se fizeram ouvir e foi reconhecido seu direito a ser diferente. Foi o direito sucumbindo à realidade.

A Constituição de 1.988 surgiu, então, como reflexo dessas lutas e representou um largo passo à frente na proteção dos direitos indígenas.

Dessa forma, além de ter assumido as diferentes culturas existentes no território brasileiro, a Carta Política de 1.988, na questão dos direitos territoriais indígenas, reconheceu o direito à terra como originário, isto é, anterior à lei e ao próprio Estado, como direito congênito dos índios, derivado de sua posse imemorial. Em outras palavras, reconheceu o instituto do indigenato¹⁰² e abriu as portas para seu reconhecimento como territórios indígenas.

Toda a forma como o Estado engendrou o reconhecimento desse direito originário e que reflexos este reconhecimento trouxe aos povos indígenas serão tratados no presente capítulo.

3.1.1

Terras tradicionalmente ocupadas

O parágrafo 1º, do artigo 231 da Constituição Federal de 1.988 traz o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como aquelas:

“por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a

romper a tradição de silêncio integracionista e se define como multiétnica e pluricultural, e a Argentina determina a seu congresso o reconhecimento da preexistência de povos indígenas”.

¹⁰² A expressa referência ao direito originário sobre a terra na Carta de 1.988 é importantíssima para a causa indígena porque, muito embora as Constituições anteriores reconhecessem o direito dos índios sobre as suas terras, não mencionavam expressamente que este direito era originário.

seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Ao garantir a terra indígena não apenas como aquela necessária à habitação, mas, à produção, preservação ambiental e reprodução, a Constituição Federal de 1.988 acabou definitivamente com a tentativa de se diminuir os espaços territoriais indígenas.

O termo “tradicionalmente” não se refere a uma circunstância temporal indicativa apenas de ocupação efetiva desde um período de tempo remoto até os dias atuais. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas referentes ao modo tradicional dos índios se relacionarem com sua terra, com a forma tradicional de a utilizarem e do seu especial modo de produção, concepção que varia de povo para povo:

“Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual às terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de *posse* ou *prescrição imemorial*, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de *usucapião imemorial*, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas”¹⁰³. (grifos acrescentados)

A terra “tradicional” dos povos indígenas, portanto, se refere à terra na qual determinado povo indígena concebe como seu habitat e não é garantida apenas no caso de ocupação ininterrupta. Exemplo disso é a história do povo Pataxó Hãhãhãe, do sul da Bahia que, mesmo tendo sido expulso de suas terras e se integrado à sociedade envolvente como trabalhadores livres, depois de quase trinta anos de afastamento, voltaram para suas terras, retomando uma das fazendas criadas onde era seu território e reivindicando o reconhecimento de toda a área que lhes pertencia.

A história do povo Pataxó Hãhãhãe é resumida por MARÉS:

¹⁰³ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 782/783.

“Tendo sido reconhecidos seus direitos territoriais, na década de 30 foi demarcada uma área de aproximadamente 50.000 ha no sul do Estado da Bahia. Vinte anos depois, a região transformou-se em grande produtora de cacau, despertando a cobiça sobre aquelas terras. O Estado brasileiro providenciou para que houvesse a integração dos índios pataxó hãhãe, isto é, providenciou escola e emprego em lugares distantes, transferindo as poucas famílias remanescentes para outras áreas indígenas, inclusive para uma delas, que servia de prisão, ironicamente chamada Fazenda Guarani. Os pataxó hãhãe foram considerados extintos e suas terras entregues a fazendeiros.

Menos de trinta anos depois, na década de 80, os indivíduos pataxó hãhãe, (...) em ousada ação simbólica, retomaram uma das fazendas criadas em suas terras e nela se instalaram, iniciando uma luta que já dura 20 anos e causou muitas mortes. Ao primeiro grupo foram se juntando outros, novas famílias que se reconheciam e eram reconhecidas como pataxó hãhãe e, em júbilo, lembravam os antepassados comuns e reafirmavam sua condição de índios, de povo, de coletivo.”¹⁰⁴

Atualmente, a questão está submetida ao Poder Judiciário por meio de várias ações propostas e, quanto ao caráter indígena de toda a área, aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro exemplo que bem demonstra que o reconhecimento das terras tradicionais indígenas não necessita de uma ocupação ininterrupta e atual pelos índios é trazido pela história do povo Panará que, após vinte anos de afastamento, iniciaram a luta para o retorno às suas terras.

Conforme já mencionado no presente trabalho, os Panará foram expulsos de suas terras e transferidos para o Parque Indígena do Xingu onde se encontravam vários povos indígenas inimigos. O contato promovido pela FUNAI importou na quase extinção desse povo que ficou reduzido de uma população estimada de 300 a 600 pessoas quando contatada a 79 pessoas quando foram transferidas de suas terras em 1.975¹⁰⁵. Após as ações judiciais, foram-lhes reconhecidas suas terras e indenizados os danos suportados.

Por conseguinte, o termo “tradicionalmente” se refere ao modo tradicional dos índios conceberem seu território.

Este modo tradicional abrange não só o espaço que os índios utilizam para sua habitação, mas aquele destinado à sua produção, à preservação ambiental necessária à sua sadia qualidade de vida e a necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos e costumes. Dito de forma mais clara, as terras indígenas não se circunscrevem apenas ao espaço de ocupação física dos índios.

¹⁰⁴ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 85.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 89.

Seu conceito é mais amplo e respeita não só a diversidade cultural do povo indígena que dela vive, como também a biodiversidade, dada a especial forma de tratar e respeitar a natureza por parte dos índios.

No reconhecimento das terras do povo Zo'é, por exemplo, o relatório de identificação das terras tradicionais levou em consideração as áreas destinadas à preservação ambiental e à reprodução física e cultural deste povo:

“O estudo do caráter tradicional da ocupação Zo'é revelou que este não reside no tempo de ocupação, mas em um princípio baseado na própria organização do grupo. Nesse sentido, seria equivocado seguir com a distinção ente “terras habitadas em caráter permanente” e “terras utilizadas para atividades produtivas”. **Justificou-se, no “Relatório”, a inclusão de áreas de entorno, que compreendem território para a caça, mananciais e cursos de águas, uma vez que são imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao “bem-estar do grupo” e à sua “reprodução física e cultural”** – para voltar a falar em termos constitucionais.”¹⁰⁶ (grifos acrescentados)

Da mesma forma, não se pode conceber o termo “tradicionalmente” de acordo com um modo tradicional cultural estanque que não se modifica ao longo do tempo:

“...também não se poderá querer visualizar nos termos *tradicionalmente ocupadas* uma forma de *congelar* as populações indígenas num modo de ocupação tradicional, estática. O fato dos povos indígenas integrarem novas formas de comportamentos, hábitos etc., não lhes confisca o direito às terras que ocupam, porque de outra forma seria querer condená-los ao isolamento e impedir a comunicação entre sociedades diferentes.”¹⁰⁷

Consequentemente, a tradicionalidade exigida para o reconhecimento das terras indígenas não considera o aspecto temporal, ou seja, não é reconhecido em razão do tempo de ocupação, mas sim pela qualidade dessa ocupação que se traduz na utilização da natureza de acordo com as tradições do seu povo.

¹⁰⁶ RICARDO, Carlos Alberto (org). Povos Indígenas no Brasil 1996/2000. São Paulo: ISA, 2000, p. 386.

¹⁰⁷ BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 93.

3.1.2

Demarcação de Terras

A Carta Política de 1.988 estabeleceu ainda que o reconhecimento dessas terras indígenas, dentro dos requisitos acima expostos, deve ser feito de acordo com os usos, costumes e tradições dos índios, ou seja, conforme suas concepções territoriais e seu direito consuetudinário (art. 231, § 1º, parte final).

Significa que a Constituição atual não só reconheceu o direito dos povos indígenas de viverem segundo sua cultura, mas também, de definirem a demarcação de suas terras consoante este mesmo critério.

O diálogo intercultural, portanto, é seu pressuposto e, para bem compreender as bases desse diálogo, é preciso reconhecer e respeitar as diferenças que permeiam este contato.

Um dos grandes instrumentos de comunicação da cultura ocidental é a escrita. A transmissão de conhecimentos, informações e perpetuação da história são realizadas essencialmente por meio de documentos escritos.

Entretanto, o uso da palavra escrita guarda uma série de fatores. Primeiramente, é preciso analisar o contexto em que o documento foi escrito, conforme destaca PARAÍSO:

“Temos que nos preocupar com quem escreveu, mas também por que escreveu e inseriu o documento no momento histórico da sua produção: valores e interesses dominantes são pistas fundamentais.”¹⁰⁸

Uma vez escrito, o documento passa a ter autonomia e disciplina própria. Desvincula-se de seu autor e adquire o sentido e conteúdo de cada interlocutor individualmente. Cria, assim, vida própria e altera seu significado a partir do tempo e da cultura que a desvenda. Por isso, diz-se que a comunicação escrita, ainda que inteligível, é limitada.

Por vezes, as palavras podem assumir viés mais autônomo ao ponto de se desvincularem da realidade e assumirem a característica de refazer a história de acordo com o modelo idealizado, almejado.

¹⁰⁸ PARAÍSO, Maria Hilda Baqueiro. *Retorno à terra*. Disponível em <<http://www.socioambiental.org/website/pib/eppi/krenek/retorno.shtm>>, acessado em 17/11/2005, p. 44.

Este é o modo cultural ocidental de comunicação por excelência e, apesar de seus pontos negativos, apresenta-se como o método que melhor garante a perpetuação e difusão da cultura “civilizada”.

De outro lado, os povos indígenas caracterizam-se, em sua maioria, como sociedades ágrafas, ou seja, seus conhecimentos não transcorrem com a escrita. Seu especial modo de viver preocupa-se na transmissão cotidiana do conhecimento dos ascendentes para os descendentes. Não se pode dizer com isso que não haja transmissão de conhecimento porque não concebido nos padrões civilizados.

Do mesmo modo, a diferença cultural é verificada nas divisões conceituais de natureza, espaço, território e Estado definidos pela cultura nacional que não são os mesmos percebidos pelos povos indígenas. Suas culturas que, via de regra, concebem espaço/natureza/vida como indissociáveis, perturbam-se com os conceitos ocidentais estanques e compartimentados¹⁰⁹.

“A diferença de concepções envolvendo ocupação territorial é clara ao constatarmos a ausência de termos equivalentes na língua, ou a existência de uma terminologia específica com sentidos complementares ou, ainda, quando em discussões na própria língua indígena a expressão não é traduzida – como natureza, espaço, território, animais, entre outras.”¹¹⁰

Outro exemplo característico das diferenças culturais ocorreu quando a sociedade nacional chamou todos os povos indígenas, indistintamente, de índios. Para o povo Guarani, Ticuna, Pankararu, Kaingang, Xokleng, Yanomami e Xavante, por exemplo, o conceito de índio foi uma assimilação da cultura branca. Os índios não são apenas diferentes da sociedade civilizada, mas também são diferentes entre si¹¹¹. Por isso, GRUPIONI fala que se deve trabalhar

¹⁰⁹ LADEIRA, Maria Inês. Espaço Geográfico Guarani-Mbya: Significado, constituição e uso. Tese de doutorado apresentada sob a orientação do Prof. Dr. Ariovaldo Umbelino de Oliveira no programa de pós-graduação em Geografia Humana da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2.001, p. 106.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 108.

¹¹¹ “Esta determinação de considerar todos os povos indígenas numa única categoria é uma constante na história das relações dos colonizadores com os povos indígenas tendo gerado o termo único “índio” em contraposição ao nome de cada uma das nações, e a “língua-geral”, pela qual os missionários queriam que todos os povos os entendessem e se entendessem entre si e, principalmente, entendessem a “boa nova” da evangelização.” In: MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 73.

primeiramente com a “implosão do conceito genérico de índio”¹¹², retirando-lhes a pecha de povo homogêneo e único, tal qual se pretendeu realizar na construção dos Estados modernos.

A heterogeneidade brasileira não a divide em dois pólos extremados pelos brancos de um lado e os índios de outro. A heterogeneidade alcança os brancos, os negros, os caboclos, cafuzos, mestiços e diversos povos indígenas cada um com uma cultura diferente. Daí falar-se em pluralidade.

Portanto, quando se fala de povos indígenas e do reconhecimento de seus direitos, é preciso ter previamente o conhecimento de que se trata, efetivamente, de culturas diferentes; realidades e modos de conceber o homem e a natureza de maneiras diversas e que não existe cultura superior porque desenvolveu a escrita, ou porque se preocupou na expansão econômica de sua cultura. Para conhecer uma sociedade que se diferencia dos próprios padrões culturais daquela que a estuda é preciso descartar, pois, os preconceitos e ideologias:

“O caráter ideológico da produção histórica (não a estou acusando do privilégio de ser o único campo do conhecimento em que este fenômeno ocorre) assume um caráter dramático no trato das questões relativas às minorias étnicas. Suas análises são eivadas de estereótipos negativos e não há preocupação em eliminá-los apesar do avanço do conhecimento e do seu aprimoramento teórico. **O resultado é uma visão distorcida da realidade que redundava numa justificativa do ‘direito à conquista e à dominação’ em nome do progresso e da construção da nacionalidade.**”¹¹³ (grifos acrescentados)

Dessa forma, o diálogo deverá observar esta peculiaridade.

“É perigoso inverter a lógica das ações, tornando os fins caudatários dos meios, subordinando o presente ao passado e ignorando as mudanças trazidas pela Constituição de 1988 e pelos novos mecanismos de cooperação internacional. Em suma, **trata-se da diferença (radical!) entre assimilacionismo e pluralismo na montagem das estruturas do Estado, entre o velho indigenismo**, prática autoritária e salvacionista, e os **esforços atuais na construção de um indigenismo de participação e co-responsabilidade**, que se não for concebido como parte de um **diálogo intercultural**, corresponderá apenas a uma troca de rótulos, em mero exercício de retórica ou engenharia institucional.”¹¹⁴ (grifos acrescentados)

¹¹² GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. As sociedades indígenas no Brasil através de uma exposição integrada .in: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (org.). Índios no Brasil. São Paulo: Global; Brasília: MEC, 1998.

¹¹³ PARAÍSO, Maria Hilda Baqueiro. *Retorno à terra*. Disponível em <<http://www.socioambiental.org/website/pib/eppi/krenek/retorno.shtm>>, acessado em 17/11/2005, p. 43.

¹¹⁴ PACHECO DE OLIVEIRA Filho, João e IGLESIAS, Marcelo Piedrafita. As demarcações participativas e o fortalecimento das organizações indígenas. . In LIMA, Antonio Carlos de Souza.

Logo, a demarcação das terras indígenas – assim como todos os demais direitos indígenas - deve observar um diálogo intercultural que não só respeite os diferentes conceitos sobre território e natureza, mas que crie ligações entre estes saberes tão distintos.

Por isso que a demarcação deve levar em conta as concepções de território dos povos indígenas e os laudos antropológicos que avaliarão a “tradicionalidade” dessas terras.

O artigo 231, parte final, da atual Constituição confere à União o dever de demarcar as terras indígenas, proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas.

A demarcação das terras indígenas é ato declaratório, conforme reconhece o Estatuto do Índio:

“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.”

Significa que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são terras de propriedade da União e de posse exclusiva indígena protegida pelo Estado, independentemente da demarcação, uma vez que esta não é constitutiva de seus direitos; é apenas declaratória de uma relação já existente, baseada no indigenato.

Especialmente neste aspecto reside a diferença entre as terras indígenas e as terras devolutas:

“Ao contrário das terras devolutas que dependem de demarcação pelo processo discriminatório, as terras indígenas já estão separadas ainda que suas fronteiras ou limites não sejam conhecidos pelos não-índios. Enquanto as terras devolutas se definem pela negativa, são as que não são públicas nem privadas, as indígenas se definem pela afirmativa, são terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, independentemente de qualquer ato ou reconhecimento oficial.”¹¹⁵
(grifos acrescentados)

e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Além da Tutela: bases para uma política indigenista III”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 67.

¹¹⁵ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 149.

Todavia, mesmo que seja um ato declaratório, a homologação das terras indígenas pelo Poder Executivo é importante instrumento de garantia da afetação dessas terras apenas aos índios que tradicionalmente a ocupam, conforme reconhece a decisão do Supremo Tribunal Federal:

“A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República – ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade – reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), **acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados unicamente à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.** A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou para esta uma **propriedade vinculada ou reservada** que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionais (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”¹¹⁶ (grifos acrescentados)

O artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou à União o dever de efetuar a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição:

“**Vale dizer que a responsabilidade da demarcação, atualmente, é dos três Poderes da República e não mais somente do Poder Executivo, já que, pelo artigo 2º da Constituição, a União é composta de três Poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.**”¹¹⁷ (grifos acrescentados)

Assim, a demarcação das terras indígenas é providência não só adstrita ao Poder Executivo como também ao Poder Judiciário, no julgamento das questões indígenas, e ao Poder Legislativo no sentido de formular legislações específicas que garantam a vida dos povos indígenas em suas terras da forma como reconhecida pela Constituição Federal.

Estabelece o Estatuto do Índio:

“Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

¹¹⁶ RE 183.188/MS, Primeira Turma, Relator: Ministro Celso de Mello, publ. 14/02/97.

¹¹⁷ BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 90.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.”

O Decreto nº. 1.775, de 8 de Janeiro de 1996 dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. Referido Decreto determina à FUNAI, como órgão federal de assistência ao índio, a iniciativa e a orientação nas demarcações das terras indígenas.

As demarcações deverão ser acompanhadas de laudos antropológicos de identificação com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação. (art. 2º, § 1º)

Como destaca GONÇALVES, o laudo elaborado pelo antropólogo deverá:

“visualizar fatos, não sobre a ótica do conceito de ocupação, posse, sinais dessa ocupação, na percepção civilista do direito outorgado, mas irá visualizá-los sobre a perspectiva do habitat de um povo, do indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando do Alvará de 1º de Abril de 1680, na clara expressão de José Afonso da Silva.”¹¹⁸ (grifos acrescentados)

Isso porque, cada povo indígena possui sua própria concepção de território, já que possui suas próprias definições culturais.

A participação da sociedade indígena envolvida, representada segundo suas formas próprias, deve ser observada em todas as fases do procedimento administrativo de demarcação (art. 2º, § 3º). Essa forma de participação ganha relevo na própria existência e fortalecimento da organização social da comunidade indígena interessada, conforme será tratado posteriormente.

Finalizado e aprovado o relatório pela FUNAI esta fará publicar o seu resumo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada em que se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel. (art. 2º, § 7º)

¹¹⁸ GONÇALVES, Wagner. Terras de Ocupação Tradicional: aspectos práticos da perícia antropológica. In: SILVA, Orlando Sampaio, LUZ, Lúcia e HELM, Cecília Maria Vieira. (orgs.) A perícia antropológica em processos judiciais. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1994, p. 81/82.

Com efeito, prevê o art. 2º, § 8º do Decreto 1775/96, que para desconstituir o mapa do território indígena identificado os interessados poderão apresentar títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório.

No entanto, este Decreto desvirtua o procedimento demarcatório quando prevê a instauração de um contraditório entre os estados-membros, municípios e demais interessados sobre as terras indígenas identificadas, por acrescentar ao procedimento demarcatório toda a lógica fundante do Estado moderno, baseada na imperativa e absoluta propriedade privada o que, porém, não pode ser inserida no contexto das terras indígenas¹¹⁹.

Sobre o assunto destaca MARÉS:

“Assim, o confronto <nas demarcações de terras indígenas> se dá entre populações tradicionais e proprietários individuais, considerados pelo sistema como legítimos. Aliás, este conflito está presente na raiz do novo decreto que regula o procedimento administrativo para a demarcação das terras indígenas, porque o Governo Federal determinou que, ao se reconhecer determinada terra como indígena, há de se chamar, por edital, todos os interessados para saber se existe ou não direito individual sempre ela. A reinterpretação dada pelo Governo Federal dificultou o processo de marcação e, inclusive, lançou dúvidas sobre todas as demarcações anteriores. A edição do decreto foi uma vitória dos interesses proprietários antiíndigenas, mas a mobilização dos índios, suas organizações e organizações de apoio fez com que os resultados práticos contra os índios não se dessem no volume temido.”¹²⁰

E conclui:

“Além da conjuntura política, as disputas judiciais por terra no Brasil continuam fortemente influenciadas pelos direitos individuais estruturados no século XIX, com opção preferencial pela propriedade individual da terra. O caráter individualista e absoluto da propriedade da terra tem sido o traço distintivo do direito ocidental e a matriz do direito civil latino-americano.”¹²¹ (grifos acrescentados)

¹¹⁹ A estrutura do Estado moderno, seus institutos e seus sérios questionamentos levantados pelo Estado contemporâneo serão tratados no próximo capítulo deste trabalho. A propriedade privada, instituto que se baseou este Estado moderno, é fundamentada em uma lógica não condizente com a natureza jurídica das terras indígenas.

¹²⁰ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 99.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 97.

O procedimento demarcatório será decidido pelo Ministério da Justiça e homologado mediante decreto (Art. 5º).

Assim, podem-se estabelecer quatro fases distintas para o processo de demarcação de terras indígenas. Inicia-se com a identificação e delimitação da área, a demarcação, a homologação e a regularização fundiária.

Por fim, é preciso ter em linha de conta que a demarcação das terras indígenas não pode se restringir apenas às áreas agriculturáveis, por diversas razões: a uma, porque os índios não concebem a terra apenas como meio de produção e satisfação das necessidades alimentares; a duas, porque sua relação com a terra é essencial para seu desenvolvimento cultural e sua própria sobrevivência como povo; a três, porque a Constituição lhes garantiu as terras não só para a produção de alimentos, mas também para a preservação ambiental que garanta seu bem-estar, sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

“Vale dizer que o legislador constituinte determinou que o território indígena protegido, demarcado ou a ser demarcado, **deverá corresponder exatamente ao território indígena real, correspondendo, efetivamente, ao território que os índios, eles próprios, o concebem e usam, e não um território arbitrariamente estabelecido pelo Poder Público brasileiro ou quem quer que seja.** Se assim não fosse, não afirmaria no final do parágrafo primeiro <do artigo 231>: “segundo seus usos, costumes e tradições”.¹²² (grifos acrescentados)

A demarcação das terras, portanto, não pode ser fixada por critérios políticos e administrativos desvinculados das condições sociais, culturais, políticas e econômicas dos povos indígenas.

O Conselho Missionário Indigenista apresenta um quadro atual da situação das terras indígenas no Estado Brasileiro, atualizado em 24/10/05:

SITUAÇÃO	Nº. DE TERRAS	%
Registradas	323	38
Homologadas	54	6,35
Declaradas	39	4,59
Identificadas	37	4,35
A Identificar	134	15,76
Sem Providências	229	26,94
Reservadas/Dominiais	34	4
TOTAL	850	100,00

¹²² BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 94.

É no estado do Amazonas que se concentra a maior população indígena brasileira, a maior diversidade étnica e o maior número de organizações e de terras indígenas.

A demarcação das terras dos índios, por conseguinte, implica uma nova forma de cidadania porque permite aos índios esse status, lhes conferindo visibilidade para o direito.

“Mais que atividade topográfica, cartográfica ou jurídica, demarcar é criar condições sociais para que surja, dentro de um grupo étnico territorializado, uma forma de organização política capaz não só de promover a adequada administração dos recursos fundiários e ambientais, mas também de atualizar a própria cultura, enriquecendo-a com novas experiências, sem prejuízo da reprodução de seu patrimônio cognitivo e da manutenção de valores tidos por seus membros atuais como centrais.”¹²³ (grifos acrescentados)

3.1.2.1

Demarcação participativa e autodemarcação: exemplos de efetividade dos direitos indígenas

No contexto de práticas e rotinas instituídas para reconhecimento das terras indígenas, os procedimentos de demarcação sempre foram entendidos como procedimentos fundamentalmente técnicos, realizados exclusivamente pelo Estado conforme seus critérios de urgência e relevância¹²⁴.

A primeira crítica a esta forma de demarcação surgiu em 1.985, justamente no momento de transição do governo militar para o primeiro governo civil na fase conhecida como “redemocratização” do Brasil, com a apresentação de um relatório junto à FUNAI que, a partir de pesquisas antropológicas, demonstrou que a demarcação das terras deveria assumir uma dimensão de execução de política pública, uma vez que estaria delineada pelas noções de território e cidadania dos povos indígenas¹²⁵:

¹²³ PACHECO DE OLIVEIRA Filho, João e IGLESIAS, Marcelo Piedrafita. As demarcações participativas e o fortalecimento das organizações indígenas. . In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Além da Tutela: bases para uma política indigenista III”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 67.

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 44.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 44.

“Demarcar, portanto, deveria implicar “comprometer o grupo indígena com uma vigilância constante de seu território”, ou seja, gerar “um instrumento essencial de afirmação política”, em vez de alimentar uma relação equívoca e clientelista entre os índios e o Estado, esse último “encenando a realização de atividades que só podem ser mantidas em caráter permanente pelos grupos indígenas e por suas mobilizações.”¹²⁶

Dessa forma, a demarcação de terras foi assumindo novas feições até que a Constituição Federal de 1988 veio a assegurar não só um prazo para a demarcação de todas as terras indígenas (cinco anos), como também determinou que a demarcação se faria de acordo com os usos, costumes e tradições do povo indígena. Assim, foi a Constituição “que abriu a possibilidade de reconhecimento oficial da participação dos índios nas demarcações de seus territórios.”¹²⁷

“A participação indígena nos trabalhos de demarcação tem importância fundamental para assegurar não apenas a correção de eventuais problemas que freqüentemente ocorrem quando da definição dos limites das terras, mas para a consciência dos ocupantes sobre estes limites, sua posterior fiscalização e a própria gestão do território. No passado, as demarcações sempre se reduziram à dimensão técnica e comumente geraram questionamentos ou alienação dos índios depois.”¹²⁸

Desse modo, em 1992, quando a FUNAI buscava soluções para o problema do prazo constitucional, nasceu o Projeto Integrado de Proteção às Populações e

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 44.

¹²⁷ NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. . In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 131.

¹²⁸ SANTILLI, Márcio. *Demarcação das terras indígenas: uma luz no fim do túnel?* In: RICARDO, Carlos Alberto (org). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*. São Paulo: ISA, 2000, p. 165.

Terras Indígenas da Amazônia Legal - PPTAL¹²⁹ com o objetivo principal de ajudar a concluir a demarcação das terras indígenas.¹³⁰

Na execução do PPTAL a demarcação das terras teve um sucesso nunca antes observado na história. Revela SANTILLI, em artigo publicado em 2.000, que:

“Através do PPTAL foram realizadas 31 identificações e 38 demarcações de terras indígenas, todas situadas na Amazônia Legal Brasileira. Outras 62 identificações e 93 demarcações estão em curso ou previstas para os próximos anos. Esse projeto constitui a maior contribuição para o avanço das demarcações nos últimos quatro anos. Os recursos aportados pela cooperação alemã possibilitaram o reconhecimento oficial de mais de 20 milhões de ha de terras indígenas.”¹³¹

As primeiras experiências de apoio à participação e fiscalização dos índios nos procedimentos demarcatórios foram realizadas no âmbito do PPTAL. São os casos de demarcação da Terra Indígena Waiãpi, na fronteira Brasil-Guiana, realizada entre 1.994 e 1.996 e a demarcação de cinco terras indígenas localizadas na região do alto rio Negro, na tríplice fronteira Brasil-Colômbia-Venezuela, realizada entre 1.997 a 1.998¹³².

No decorrer de 2.000 a 2.001, a Terra Indígena Vale do Javari foi outro exemplo promovido pelo PPTAL de participação indígena na sua demarcação. Esta participação consistiu em acompanhar a realização do levantamento

¹²⁹ O PPTAL é a vertente indígena do Programa Piloto para a Conservação das Florestas Tropicais do Brasil (PPG7). Teve início a partir de uma reunião do chamado Grupo dos Sete. Seu objetivo é melhorar a qualidade de vida das populações indígenas e promover a conservação dos recursos naturais por meio da regularização das terras indígenas e medidas de proteção a essas áreas.

O PPG7 teve início em 1990, em Houston, a partir de uma reunião do chamado Grupo dos Sete, integrado pela Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão e Reino Unido. Na ocasião, os chefes de Estado e de Governo presentes manifestaram interesse em apoiar iniciativas destinadas à proteção das florestas tropicais do Brasil. O PPTAL, que é vinculado à Coordenação Geral de Projetos Especiais da Funai, tem como objetivo melhorar a qualidade de vida das populações indígenas, promovendo a conservação dos seus recursos naturais por meio da demarcação participativa das terras indígenas da Amazônia Legal, executada pelo órgão indigenista, e a aplicação de projetos de proteção a essas áreas, desenvolvidas com organizações indígenas, ONG's indigenistas e postos da Funai. Cf. informações da FUNAI disponíveis em: <www. <http://www.funai.gov.br/pptal/index.htm>>, acessado em 03.01.06.

¹³⁰ Cf. MENDES, Artur Nobre. O PPTAL e as demarcações participativas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Estado e povos indígenas: bases para uma política indigenista II”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 37.

¹³¹ SANTILLI, Márcio. *Demarcação das terras indígenas: uma luz no fim do túnel?* In: RICARDO, Carlos Alberto (org.). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*. São Paulo: ISA, 2000, p. 165.

¹³² NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. . In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 138.

geodésico, abertura de picadas e colocação de marcos realizados por uma empresa especializada.¹³³

Todos esses três casos podem ser chamados de “demarcação participativa”.

Outra experiência de intervenção indígena na fixação dos limites territoriais das suas terras ocorreu com o povo Kulina. Entre os anos de 1.991 até o início de 1.998, a participação indígena, em convênio com a União das Nações Indígenas do Acre (UNI-AC) e com o apoio do Conselho Missionário Indigenista – CIMI, realizou uma série de atividades que ficou conhecida como “autodemarcação” da Terra Indígena Kulina do Médio Juruá, no sul do Amazonas. As atividades desempenhadas pelos índios, diferente dos exemplos acima, foram mais efetivas e independentes. Os índios Kulina não se limitaram a acompanhar as atividades de demarcação realizadas por uma empresa topográfica e promoveram, eles mesmos, a implantação de marcos e placas na floresta, abertura de picadas, dentre outras atividades determinantes para a fixação de seu território.¹³⁴

Essa experiência trouxe enormes conquistas para o povo Kulina:

“O fortalecimento de suas organizações políticas, o conhecimento pormenorizado de suas terras, o aprendizado técnico que lhes permitiu o domínio de mapas, coordenadas geográficas, de balizamentos, de rastreio por satélites etc. (...) A demarcação Kulina funcionou ao mesmo tempo como procedimento e afirmação de direitos sobre as terras ocupadas e como processo de afirmação da auto-estima Kulina no contexto das relações interétnicas.”¹³⁵

Dos exemplos acima se pode verificar que “demarcação participativa” e “autodemarcação”, embora tenham por objetivo a regularização fundiária das terras indígenas com a participação dos povos diretamente interessados, são conceitos que exprimem realidades diferentes:

“Enquanto a “**autodemarcação**” é o espaço por excelência de exercício da mobilização política, de formulação de propostas e da emancipação étnica, na “**demarcação participativa**” a presença indígena é acessória e meramente de apoio aos trabalhos no terreno com a participação étnica regulada por normas técnicas, por cronogramas de execução de tarefas e por planejamentos administrativos totalmente alheios ao universo indígena.”¹³⁶

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 138-139.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 134/135.

¹³⁵ *Idem, ibidem*, p. 135-136.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 140.

Um dos conflitos mais conturbados na lista dos atritos entre os povos indígenas e o Estado brasileiro na questão da demarcação de terras indígenas é o caso da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, no nordeste de Roraima. Esta região é ocupada desde tempos imemoriais pelos índios Macuxi, Wapixana, Ingarikó, Taurepang e Patamona.

A história da demarcação dessas terras encontra registro desde o começo do século XX. Vários grupos de trabalho foram instaurados para o procedimento de demarcação física da área desde então. Em 1.993, foi identificada pela FUNAI com uma extensão de 1,8 milhões de ha.

Após a edição do Decreto 1.776/96, prevendo o princípio do contraditório nos procedimentos de demarcação, foram apresentadas quarenta e seis contestações administrativas contra a Terra Indígena Raposa-Serra do Sol por ocupantes não-índios e pelo governo de Roraima. Em 20 de dezembro de 1.996 é assinado o Despacho 80 pelo então ministro da Justiça Nelson Jobim, rejeitando os pedidos de contestação apresentados, mas propondo uma redução de cerca de 300 mil hectares da área, com a exclusão de vilarejos que serviram como antigas bases de apoio à garimpagem, estradas e fazendas tituladas pelo Incra, que representa a divisão da área em cinco partes.¹³⁷

Em 1.998 novos rumos. O ministro da Justiça Renan Calheiros assina o Despacho 050/98 e a Portaria 820/98. O primeiro tem por fim revogar o Despacho 080/96 e a segunda declara a Terra Indígena Raposa-Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas. Desde 1.999, o *imbróglio* se mantém no Poder Judiciário com uma série de reivindicações quanto às terras indígenas envolvendo, inclusive, o estado de Roraima.

Em 15 de abril de 2.005, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva finalmente assinou o decreto de homologação da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol em uma extensão de 1,747 milhão de hectares, habitada por 16 mil índios que ocupam 164 aldeias, encerrando uma luta que durava pelo menos 30 anos.

Atualmente, 11,58% do território brasileiro é formado por terras indígenas efetivamente reconhecidas. São 441 terras indígenas identificadas em 98.954.645 hectares. Há ainda 139 terras a serem identificadas.¹³⁸

¹³⁷ SANTILLI, Márcio. *Facada na Raposa*. in: RICARDO, Carlos Alberto (org). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*. São Paulo: ISA, 2000, p. 297/298.

¹³⁸ Cf. FUNAI, disponível em <http://www.funai.gov.br>, acessado em 15.01.2006.

A demarcação das terras indígenas é um fato político muito mais complexo de

“construção de uma nova realidade sociopolítica, em que um **sujeito histórico**, um grupo étnico que se concebe como originário, **ingressa em um processo de territorialização e passa a ser reconhecido, sob uma modalidade própria de cidadania, enquanto participante efetivo da nação brasileira.**”¹³⁹ (grifos acrescentados)

Demarcar importa, pois, em reconhecer os índios em sua modalidade própria de cidadania, como “sujeitos de direito diferenciados”¹⁴⁰.

3.1.3

Propriedade das terras indígenas

O artigo 20, inciso XI, da Constituição confere à União a propriedade sobre as terras indígenas.

A propriedade das terras à União deve ser entendida apenas como um expediente de maior proteção aos direitos indígenas.

“Declara-se, em primeiro lugar, que essas terras são bens da União (art. 20, XI). A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-los e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada para o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis e, os direitos sobre elas, imprescritíveis.”¹⁴¹

De fato, a União não pode dispor das terras indígenas ou conferir-lhes outra destinação que não a de servir para a reprodução física e cultural do povo que ali se encontra.

Por isso que a formulação quanto aos bens que os divide em privados e públicos - sendo estes últimos subdivididos em três categorias: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais¹⁴² - não se enquadram no conceito de terras indígenas e comprometem a própria compreensão das mesmas.

¹³⁹ PACHECO DE OLIVEIRA Filho, João. *As demarcações participativas e o fortalecimento das organizações indígenas*. Rio de Janeiro: Museu Nacional, 2001, p.34.

¹⁴⁰ Expressão de DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 717.

¹⁴² Art. 99 do Código Civil de 2.002.

Com efeito, estas terras não podem ser utilizadas por toda a população brasileira sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração Pública (bens de uso comum), nem tampouco podem ser utilizadas pelo Poder Público para a consecução de suas atividades (bens de uso especial) ou entrarem na livre disposição como bens do domínio privado do Estado (bens dominicais). Isso porque, as terras indígenas são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis. Em outras palavras, são bens fora do comércio, indisponíveis a qualquer transação pelo Estado e possuem destinação específica e perpétua dos povos indígenas.

No mesmo sentido, manifestou-se o voto do E. Ministro Victor Nunes, no Mandado de Segurança nº. 16.443, em 1.967:

“Parece, pois, que o simples fato de pertencerem à União as terras ocupadas pelos índios não as sujeita integralmente ao regime legal de venda dos bens públicos, dado o seu caráter de inalienabilidade. Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o *habitat* dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram.”

Portanto, essa propriedade está condicionada aos limites do artigo 231. Seu uso deve ser exclusivo para o povo indígena que lhe reconhece como território; deve ser garantido pelo Estado que nestas terras os povos indígenas vivam segundo suas tradições e que não sejam usurpados de suas terras, tanto pelos demais cidadãos quanto pelo próprio Estado.

Essas terras ainda recebem especial tratamento pelo Estado ao se determinar a autorização prévia do Congresso Nacional para o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a exploração dos recursos minerais, bem como para a remoção dos grupos indígenas de suas terras que só se dará em casos de catástrofe, epidemia ou no interesse da soberania do país, sempre garantido o retorno quando cessado o risco.

A exploração dos recursos naturais em território indígena deve ser acompanhada da manifestação do povo que ali se encontra, assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. A Constituição da República teria sido melhor formulada se tivesse determinado a autorização do povo indígena e não apenas sua manifestação.

As terras indígenas independem de título aquisitivo, não estão sujeitas à legitimação e não se encaixam no sistema de propriedade e de posse contemplado pela legislação civil.

Por tudo isso é que as terras indígenas são concebidas como territórios indígenas, apesar do *sui generis* tratamento conferido pelo Estado de propriedade da União e posse dos índios, conforme será posteriormente tratado.

3.1.4

Posse permanente dos índios

Garantir a posse e não a propriedade das terras aos povos indígenas é, de certa forma, uma garantia se entendida corretamente. Se fossem consideradas como propriedade, as discussões em juízo limitar-se-iam apenas aos títulos de sua aquisição. Visto que discutir a propriedade, nos moldes capitalistas, é discutí-la de acordo com a legitimidade e legalidade do documento da terra e não da terra em si.

A posse indígena na Constituição Federal a liga à posse permanente, vale dizer, terras habitadas permanentemente (art. 231, § 1º e § 2º).

Essa permanência não representa uma ocupação efetiva desde tempos passados, mas, especialmente, no sentido de que as terras indígenas se destinam, para sempre e permanentemente ao habitat dos índios.

“Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua *posse permanente*, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, *para sempre*, ao seu *habitat*. Se se *destinam* (*destinar* significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado.”¹⁴³

A posse indígena não se confunde com a posse civilista, nem tampouco com a posse agrária.

A posse civilista é poder de fato sobre a coisa visando a sua guarda e uso. Decorre do conceito de propriedade e com ele está intrinsecamente ligado. Nos termos do artigo 1.196, do Código Civil de 2.002, possuidor é todo aquele que

¹⁴³ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 785.

tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, quais sejam, uso, gozo e disposição.

A posse indígena não é meramente uma relação material do homem com a coisa e sim uma relação de identidade espiritual e cultural. A terra não se resume a mera fonte de alimentos. Assume o centro de toda a vida e organização social indígena. A base para suas tradições e costumes.

A posse indígena, então, ultrapassa a órbita privatista da posse como simples ocupação da terra para explorá-la nos moldes do modo de produção individualista capitalista.

Sobre a posse indígena destaca BARBOSA:

“Suas características principais revelam-se pelo seu caráter eminentemente comunitário, como base territorial de um povo, bem fora do comércio, indivisível, inusucapível, não voltada necessariamente para a produção de bens de comércio e diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimentos do povo que a possui.”¹⁴⁴

Da mesma forma, a posse indígena não pode se confundir com posse agrária porque não se limita a ser uma relação de trabalho e produção.

MATTOS NETO conceitua posse agrária como:

“o exercício direto, contínuo, racional e pacífico de atividades agrárias, desempenhadas em gleba de terra rural capaz de dar condições suficientes e necessárias ao seu uso econômico, gerando ao possuidor um poder jurídico de natureza real definitiva com amplas repercussões no Direito, tendo em vista seu progresso e bem-estar econômico e social.”¹⁴⁵

O conceito de posse agrária, conseqüentemente, está diretamente relacionado à idéia da terra apropriada pelo homem com o fim de nela obter seu sustento e de sua família a partir da exploração do trabalho. A terra, objeto da posse agrária, é um espaço de dominação que visa, pelo menos enquanto expectativa, a tirar um excedente de produção de alimentos que irá incorporar-se ao mercado de consumo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 77.

¹⁴⁵ MATTOS NETO, Antonio José. *A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil*. Belém, Cjup, 1988, p. 68.

¹⁴⁶ BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 72.

A concepção da terra para os povos indígenas, quando fixada consoante com seus usos, costumes e tradições, afasta qualquer implicação da terra como sinônimo de mercadoria. Sua utilização é coletiva, não admitindo qualquer apropriação individual e excludente.

“A posse indígena, pois, traz uma conotação diferente, em seu conceito da conotação *emprestada* à posse civilista e à posse agrarista. A posse tal como concebida pelos civilistas, é a exteriorização do domínio, decorrente do exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao proprietário (art. 485, CC).

Já para o Direito Agrário, a posse se configura pelo exercício e junção de três elementos básicos: morada permanente do possuidor no imóvel posseado; cultura efetiva implantada e mantida pelo próprio posseiro e sua família, com capacidade de proporcionar-lhe o progresso sócio-econômico seu e de seus familiares; e, como último elemento básico, mais de ano e dia de ocupação efetiva.

A posse indígena, diferentemente destas últimas, é caracterizada pela ocupação efetiva da terra por parte do elemento silvícola ou indígena, ocupação que haverá de se comportar de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, vale dizer, não é apenas indígena a terra onde se encontrar edificada a casa, a maloca ou a taba indígena, como não é apenas indígena a terra onde se encontra a roça do índio.”¹⁴⁷

A terra indígena é aquela destinada ao seu habitat “no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana”¹⁴⁸.

Estabelece o Estatuto do Índio:

“Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.”

Por conseguinte, a definição da posse indígena é mais ampla e sua caracterização deverá seguir:

“os usos, costumes e tradições tribais, vale dizer, o órgão federal de assistência ao índio, para poder afirmar a posse indígena sobre determinado trato de terra, primeiro que tudo, terá que mandar proceder ao levantamento destes usos, costumes e tradições tribais a fim de coletar elementos fáticos capazes de mostrar essa posse indígena no solo, e será de posse indígena toda a área que sirva ao índio ou ao grupo indígena para caça, para pesca, para coleta de frutos naturais, como aquela utilizada com roças, roçados, cemitério, habitação, realização de cultos

¹⁴⁷ FALCÃO, Ismael Marinho. *Estatuto do Índio Comentado*. Ed. Gráfica do Senado, Brasília, 1983, p. 65.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 784

tribais etc., hábitos que são índios e que, como tais, terão que ser conservados para preservação da subsistência do próprio grupo tribal.”¹⁴⁹

Quanto à posse indígena, arremata DALLARI ao comentar os laudos antropológicos nas demandas envolvendo o reconhecimento das terras indígenas:

“É preciso que ele <o perito antropológico> tenha em conta que a noção de posse civil ou agrária, que muitas vezes se procura aplicar à ocupação indígena, é inadequada, porque exige presença física constante em todo o imóvel questionado, bem como o uso efetivo e permanente do todo e, no caso do Direito Agrário, a realização de trabalhos que produzam resultados economicamente apreciáveis. Como já foi dito antes, a ocupação indígena tem peculiaridades ligadas aos costumes de cada grupo e é importante que isso seja esclarecido na perícia antropológica”.¹⁵⁰

Em 1.993, o Supremo Tribunal Federal julgou um precedente histórico na defesa dos povos indígenas, não só porque reconheceu as peculiaridades da posse indígena, mas também porque reconheceu a posse como direito originários dos índios, reconhecido desde os primeiros instrumentos normativos brasileiros.

Trata-se de ação declaratória de nulidade de títulos de imóveis rurais sobre terras indígenas concedidos pelo Estado de Minas Gerais sobre terras dos índios Krenak e Pojixá proposta pela FUNAI e União Federal contra cinquenta e quatro beneficiários dos títulos e o Estado de Minas Gerais.

Tendo reconhecida a expulsão dos índios Krenak e Pojixá de suas terras praticadas pela sociedade nacional, o E. Relator Francisco Rezek reconheceu a posse imemorial dos mesmos sobre o território e garantiu seus direitos, mesmo em detrimento dos títulos de propriedade concedidos pelo Estado de Minas Gerais a diversos fazendeiros.¹⁵¹

Depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, os índios Krenak voltaram para suas terras.

Assim, quando se trata de terras indígenas:

“Nem *tradicionalmente* nem *posse permanente* são empregados em função de *usucapião imemorial* em favor dos índios, como eventual título substantivo que

¹⁴⁹ FALCÃO, Ismael Marinho. *Estatuto do Índio Comentado*. Ed. Gráfica do Senado, Brasília, 1983, p. 65.

¹⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Argumento Antropológico e Linguagem Jurídica. In: SILVA, Orlando Sampaio, LUZ, Lúcia e HELM, Cecília Maria Vieira. (orgs.) *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1994, p. 112/113.

¹⁵¹ Ação Originária Cível 323-7-MG. Ementário 1739-01. STF. DJ: 08.04.94.

prevaleça sobre títulos anteriores. Primeiro, porque não há títulos anteriores a seus direitos originários. Segundo, porque usucapião é modo de aquisição da propriedade e esta não se imputa aos índios, mas à União a outro título. Terceiro, porque os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o indigenato.”¹⁵²

3.1.5

Usufruto exclusivo das riquezas naturais

A Constituição da República garantiu aos povos indígenas a exclusividade no usufruto das riquezas naturais em seus territórios, nos termos do parágrafo 2º do artigo 231.

O instituto do usufruto foi definido pelo Código Civil de 1.916 como o "direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa". Para VENOSA,¹⁵³ usufruto é um direito real transitório que concede a seu titular o poder de usar e gozar durante certo tempo, sob certa condição ou vitaliciamente de bens pertencentes a outra pessoa, a qual conserva sua substância.

DINIZ¹⁵⁴ frisa que o usufruto não é restrição ao direito de propriedade, mas sim à posse direta que é deferida a outrem que desfruta do bem alheio na totalidade de suas relações, retirando-lhe os frutos e utilidades que ele produz.

No caso das terras indígenas, o usufruto é garantido aos povos indígenas que ali vivem enquanto a propriedade é atribuída à União Federal.

Os índios têm direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos e a União Federal, o dever de respeitar e proteger estes direitos frente à sociedade envolvente.

O Estatuto do Índio estabelece a seguinte definição do usufruto indígena:

"Art. 24 – O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas e utilidades.

¹⁵² SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 783.

¹⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo – Direito Civil: direitos reais / Sílvio de Salvo Venosa. - 3ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) – São Paulo: Atlas, 2003. - (Coleção direito civil; v.5) – pág. 423.

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena – Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas / Maria Helena Diniz. - 17ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) – São Paulo: Saraiva, 2002 – pág. 366.

§ 1º – Incluem-se no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescentados, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

§ 2º – É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas."

O direito de usufruto exclusivo aos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam lhes assegura os meios para sua auto-sustentação física, cultural e econômica mediante a exploração dos recursos naturais de seus territórios.

Logo, “o direito de usufruto exclusivo, assegurado constitucionalmente aos índios, implica que estes podem tirar dos recursos naturais de suas terras todos os frutos, utilidades e rendimentos possíveis, desde que não lhe alterem a substância ou comprometam a sua sustentabilidade ambiental.”¹⁵⁵

A Convenção 169/OIT também garante a utilização, administração e conservação dos recursos naturais por parte dos povos indígenas:

“Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.”

O “usufruto exclusivo” ao lado da “posse permanente” declarados pela Constituição Federal de 1.988 se complementam, conforme destaca SANTOS:

“Os dois institutos, o usufruto exclusivo e a posse permanente, complementam-se e se apóiam reciprocamente. A posse é necessária e deve ser permanentemente afirmada. Mas ela, só, não basta às comunidades indígenas, que precisam empregar as riquezas possuídas na sua própria manutenção, no seu lazer, no desfrute de seus valores culturais e, se o quiserem, na absorção da cultura chamada branca. Por seu turno, o usufruto não é um usufruto qualquer, mas uma variante que preserva todo tempo a posse da terra, base da segurança econômica e do futuro biocultural da sociedade indígena.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ SANTILLI, Juliana. *O Direito de Usufruto e os Projetos Econômicos Indígenas* in: RICARDO, Carlos Alberto (org). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*. São Paulo: ISA, 2000, p. 102.

¹⁵⁶ SANTOS, Roberto A. O. *A parceria pecuária em terras indígenas*. In: *Os Direitos Indígenas e a Constituição*, SANTILLI, Juliana. (coord.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.993, p. 182.

A exclusividade do usufruto determina que este direito não pode ser alienado, cedido ou transferido a terceiros, ainda que a título gratuito. Todavia isso não significa que os índios estejam proibidos de utilizar trabalho alheio ou contratar com terceiros para a exploração das riquezas naturais de seu território¹⁵⁷.

Nos termos do artigo 18 do Estatuto do Índio:

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

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

Portanto, na interpretação desse artigo com o artigo 24 do Estatuto do Índio, é permitida a parceria com terceiros para a exploração dos recursos naturais desde que se garanta:

“(…) a **preservação dos recursos ambientais** existentes nas terras indígenas, de forma a assegurar a sobrevivência das próximas gerações, bem como a **manutenção da posse e do controle das comunidades indígenas sobre as atividades e projetos desenvolvidos em suas terras**”.¹⁵⁸ (grifos acrescentados)

O significado do usufruto exclusivo, por conseguinte, “(…) quer dizer somente que não é transferível para qualquer apropriação individual e que os resultados de qualquer uso ou trabalho ou renda será sempre coletivo, da comunidade indígena que coletivamente do resultado pode dispor.”¹⁵⁹

Este usufruto exclusivo tampouco pode ser interpretado como uma proibição dos povos indígenas desenvolverem atividades produtivas que excedam às suas necessidades físicas de subsistência, uma vez que os índios têm direito ao desenvolvimento consoante com o que sua autodeterminação fixar.

A exploração dos recursos naturais muitas vezes assume controvérsias ambientais baseadas na confrontação entre a legislação de proteção ambiental e o modo tradicional dos povos indígenas disporem de seus recursos naturais.

¹⁵⁷ Cf. MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 122.

¹⁵⁸ SANTILLI, Juliana. *O Direito de Usufruto e os Projetos Econômicos Indígenas* in: RICARDO, Carlos Alberto (org). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*. São Paulo: ISA, 2000, p. 103.

¹⁵⁹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 122.

Com efeito, vários povos indígenas utilizam-se da caça como fonte protéica de suas comunidades, é o caso do povo Xavante. Essa atividade é exercida em suas terras sem qualquer autorização por parte do Estado e se faz no modo como a cultura indígena prescreve. Do mesmo modo, a pesca com timbó (espécie de cipó) é observada por vários povos indígenas, como os Araweté, e consiste em bater o cipó na água até que, em razão da asfixia produzida pelo pó que se desprende do timbó, os peixes subam à superfície e sejam capturados¹⁶⁰.

Estas atividades são exercidas desde tempo imemoriáveis e guardam estrita relação com a cultura e rituais indígenas. Assim, o problema surge quando se confrontam as normas de proteção ambiental e a proteção cultural desses povos.

Significa que a Constituição da República, ao reconhecer o direito dos povos indígenas viver livremente segundo seus usos, costumes e tradições, permitiu a eles o exercício, em seu território, de todas as atividades com o meio ambiente da forma como suas culturas definem.

Logo, “os indígenas podem fazer roça, aldeia, extrair lenha e alimentos para o uso da comunidade, sem qualquer restrição, porque restrições impostas administrativamente ou por lei, implicariam em inconstitucionalidade”¹⁶¹, vale dizer, importariam em modificar o modo de vida indígena.

Outro exemplo pode ser retirado da extração de madeira pelos índios Kayapó e sua comercialização com empresas madeireiras. Nesse caso, como a extração e comercialização da madeira não se fazem com a devida autorização dos órgãos ambientais competentes é possível aplicar a legislação ambiental às atividades desenvolvidas pelos indígenas, os quais assumiram a qualidade de comerciantes e desvincularam-se do exercício de sua cultura na exploração desse recurso natural. Tendo, portanto, se afastado do modo tradicional de utilizar a madeira e travado relação comercial no mercado econômico da sociedade não indígena, os Kayapó se submetem às leis de preservação ambiental do Estado brasileiro¹⁶².

¹⁶⁰ BAPTISTA, Fernando Mathias. A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o direito ambiental. In: LIMA, André. (org) O Direito para o Brasil socioambiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 184.

¹⁶¹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 145.

¹⁶² BAPTISTA, Fernando Mathias. A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o direito ambiental. In: LIMA, André. (org) O Direito para o Brasil socioambiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 185.

Nesse caso, a maneira dos índios se relacionarem com o uso dos seus recursos naturais se modificou e passou a incorporar a produção de excedentes a serem comercializados com a sociedade envolvente.

“...As populações indígenas produzem excedentes que comercializam para a aquisição de bens e serviços de que não dispõem internamente. A extração destes excedentes deve ser orientada segundo os padrões legais de proteção ambiental, levando-se em conta as normas gerais aplicáveis. Seguindo este raciocínio, a caça somente está permitida para seu consumo interno. Se pretenderem vender carne de caça, devem ter criadouros inscritos e autorizados; somente podem vender madeira ou minerais extraídos conforme as normas específicas para tal fim, mas podem fazer roças e aldeias mesmo nas áreas consideradas de preservação permanente.”¹⁶³

Dessa forma, a comercialização de excedentes pelos indígenas deverá seguir as normas fixadas pela legislação ambiental, permitindo uma relação harmônica com o meio ambiente.

Portanto, a resposta parece estar na conjugação de dois fatores a serem observados: a tradicionalidade das atividades desenvolvidas e a destinação que se dá aos frutos das atividades¹⁶⁴.

Destaca ainda BAPTISTA¹⁶⁵:

“Essa lógica da “medida da tradicionalidade” advém de duas premissas básicas: a primeira, de que se tratam (sic) de povos cujos sistemas de vida são diferenciados e cujas diferenciações foram expressamente reconhecidas como legítimas perante a Constituição, que trouxe ao mundo jurídico a noção de coletividade e de pluriethnicidade que perpassam toda a discussão; a segunda, da premissa de que a legislação ambiental deita suas origens em um contexto histórico cujos atores sociais não são os povos indígenas, e sim a sociedade moderna ocidental cujas bases de produção são pautadas pelo uso intensivo de tecnologias cada vez mais agressivas ao meio ambiente.”

A utilização dos recursos naturais pelos povos indígenas, de modo geral, é concretizada a partir de uma relação sustentável. Exemplo disto é o relato do professor indígena Maiuá Ikpeng do Parque Indígena do Xingu, para quem economia e natureza são inter-relacionados:

¹⁶³ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 145.

¹⁶⁴ BAPTISTA, Fernando Mathias. A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o direito ambiental. In: LIMA, André. (org) O Direito para o Brasil socioambiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 185.

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 187.

“Economia é tudo o que a gente produz para usar, trocar, dar, emprestar, comer, beber, comprar e vender. Se a economia aumentar, a ecologia pode ficar fraca. Por isso, temos o direito de manejar os recursos naturais para que o ecossistema fique fixo e firme, sem devastação. É na natureza que nós buscamos os recursos naturais para fazer produtos. Temos que tomar cuidado com o ecossistema e estudar muito sobre economia. Se nós soubermos utilizar e manejar os recursos naturais, eles ficarão para sempre, para o futuro dos nossos bisnetos. Por isso, vamos aprender a manejar e economizar os recursos naturais.”¹⁶⁶

A proteção do conhecimento dos povos indígenas com seus estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica é, inclusive, protegida pela Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB:

“Artigo 8

Conservação *in situ*

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: (...) j) Em conformidade com sua legislação nacional, **respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica** e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas; (grifos acrescentados)

Os sistemas tradicionais de manejo dos recursos naturais pelos povos indígenas devem não só ser respeitados pela sociedade envolvente como também, incorporados e assimilados porque permitem falar em uma sustentabilidade ambiental.¹⁶⁷

¹⁶⁶ ATHAYDE, Simone Ferreira de; TRONCARELLI, Maria Cristina; SILVA, Geraldo Mosimann da; WÜRKER, Estela; BALESTER, Wemerson Chimello; SCHMIDT, Marcus Vinicius Chamon. *Educação ambiental e conservação da biodiversidade: a experiência dos povos do Parque Indígena do Xingu*. In: BESUNSAN, Nurit (org). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por que*. Brasília: Editora UNB: ISA, 2002, p. 108.

¹⁶⁷ BAPTISTA, Fernando Mathias. A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o direito ambiental. In: LIMA, André. (org) *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 187.

3.1.6

Função social das terras indígenas

A Constituição Federal de 1.988 elevou o meio ambiente a bem jurídico. A proteção ambiental ganhou especial tratamento não só ao prescrever um direito a todos a um meio ambiente especialmente qualificado, qual seja, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

“A Constituição, no art. 225, declara que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Veja-se que o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é à qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em um bem jurídico.”¹⁶⁸

Os bens jurídicos ambientais compreendem, pois, o meio ambiente qualificado para reger o desenvolvimento da vida em todas as suas formas. Nesse contexto, tão essencial para o homem é a existência de um meio ambiente sadio quanto a existência e preservação de seus valores culturais.

Assim, o meio ambiente elevado a bem jurídico compreende não só os recursos naturais, como os culturais. São ambientais, por conseguinte, todos aqueles bens necessários à manutenção da biodiversidade e sociodiversidade, que compõem o meio ambiente ecologicamente equilibrado ou que sejam evocativos, representativos ou portadores de referência à memória das culturas.

Destaca SCHUNEMANN ao se referir ao bem jurídico ambiental como o mais importante bem jurídico a ser protegido após a existência e a preservação humana:

“...ya que no es tal o cual individuo que viva en el momento presente, sino la supervivencia de la especie humana lo que constituye el valor supremo, valor que desde el punto de vista de las personas que viven en el momento actual no es individual, sino universal. Y como, además, no hay razón alguna para que sea de mejor condición una generación frente a las demás, cabe deducir como segunda norma básica que existe un derecho de todas las generaciones a una parte relativamente igual de los recursos naturales, de lo que a su vez puede inferirse la existencia y la preservación de un medio ambiente propicio a la vida y en el que ésta pueda desarrollarse en condiciones favorables como el bien jurídico que ocupa

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. “Direito Ambiental Constitucional”, p. 83.

el segundo lugar en la jerarquía de valores después de la existencia y de la preservación de la especie *homo sapiens*”¹⁶⁹.

A proteção ao meio ambiente sadio reformula o conceito de propriedade privada determinando a mitigação de seu caráter absoluto e excludente. O direito ao meio ambiente equilibrado, diferente do direito de propriedade, tem como objeto a terra em concreto. A terra deve se compatibilizar com a proteção ambiental. A alteração no objeto do direito – ou seja, no bem jurídico – alterou o próprio direito de propriedade.

Por isso, falar-se em função social da terra, enquanto bem jurídico, e não função social da propriedade.

“Na realidade quem cumpre uma função social não é a propriedade, que é um conceito, uma abstração, mas a terra, mesmo quando não alterada antropicamente, e a ação humana ao intervir na terra, independentemente do título de propriedade que o Direito ou o estão lhe outorgue. Por isso a função social é relativa ao bem e ao seu uso, e não ao direito.”¹⁷⁰

Alterada a forma de se reconhecer o objeto do direito – o bem jurídico – alterada está a forma de se conceber o direito que sobre ele recai. Por isso que produtividade e função social da terra não podem ser consideradas necessariamente sinônimas, visto que produção para a ideologia capitalista continua sendo a terra que produza riqueza e lucro e não aquela que satisfaça as necessidades de quem efetivamente a cultive.

“Essa idéia <da produtividade nos moldes capitalistas> deixa de fora a função social propriamente dita, isto é, o seu papel integrador de culturas e protetor do meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantia da vida no planeta.”¹⁷¹

Portanto, a produtividade que se coaduna com a função social da terra é aquela que permita não só a manutenção da sua capacidade de produzir alimentos para as presentes e futuras gerações, por meio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como também permita a existência e integração das mais diversas

¹⁶⁹ SCHUNEMANN Bernd. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual..”, p. 21.

¹⁷⁰ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *A Função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 116.

¹⁷¹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 98.

culturas. Esse instituto, então, guarda relação - e encontra espaço - somente no Estado contemporâneo que se reconhece multicultural.

Com isso, estão abertas as portas para se falar em um direito socioambiental¹⁷²:

“As novas constituições foram surgindo com um forte caráter pluricultural, multiétnico e preservador da biodiversidade. Ao lado do individualismo homogeneizador, reconheceu-se um pluralismo repleto de diversidade social, cultural e natural, numa perspectiva que se pode chamar de socioambiental.”¹⁷³

Assim, propriedade produtiva:

“é aquela que além de cumprir os requisitos da função social: o aproveitamento racional, preservação do meio ambiente, obediência às obrigações trabalhistas e uma exploração que favoreça o bem estar de todos os envolvidos, alcança níveis de produtividade exemplar.”¹⁷⁴

A função social das terras indígenas não é a função social das terras particulares. Nos termos definidos pelo artigo 231, § 1º, da Constituição Federal, as terras indígenas destinam-se a sua habitação, produção, preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar e a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Logo, as terras dos índios cumprem sua função social quando efetivamente destinadas à sua reprodução física e cultural. O modo como ocorre a destinação e afetação das terras indígenas é o modo que efetivamente preserva o patrimônio cultural e ambiental do seu povo¹⁷⁵.

¹⁷² “O direito socioambiental é um direito em processo, nascido como resposta às transformações que se operam no Estado, nas instituições jurídicas, nos conceitos de democracia e liberdade. (...) Socioambiental é expressado sem hífen justamente para designar mais claramente que se concebe como um síntese e não apenas uma mera justaposição entre o social e o ambiental. (...) Os principais pilares do direito socioambiental são: direitos ambientais, direitos culturais, povos indígenas, função social da terra e reforma agrária, como direitos essencialmente coletivos e difusos”. In: LIMA, André. (org) *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9 e p. 17.

¹⁷³ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 93.

¹⁷⁴ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *A Função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 122.

¹⁷⁵ Neste sentido, MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *A Função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 122.

3.2

TERRITÓRIO: UM POVO, UM CONCEITO, UMA LUTA

A caracterização do índio e de sua comunidade é essencial para o estudo das terras indígenas, uma vez que reconhecer determinada minoria étnica como indígena é garantir-lhe a qualidade de sujeito de direitos territoriais.

Vários critérios foram criados na tentativa de definir com precisão os índios. Dentre eles pode-se destacar o critério: racial, legal, cultural e do desenvolvimento econômico.¹⁷⁶

Pelo critério racial, índios seriam aqueles indivíduos com características distintas daquelas dos europeus. No entanto, esse critério não apresentava resposta para a diversidade biológica havida entre os povos indígenas¹⁷⁷, tampouco para aqueles filhos havidos da união de índios com brancos, com negros e com índios de outras comunidades.

O critério legal foi adotado no Brasil colonial e definia os índios consoante características peculiares. Aqueles que não preenchessem os requisitos não eram considerados índios. Novamente, a diversidade de características físicas e culturais impedia uma identificação fiel¹⁷⁸.

Pelo critério cultural, o índio seria assim considerado a partir da confrontação entre os elementos correspondentes à cultura anterior à conquista frente às tradições européias e ainda frente aos elementos mistos, caracterizados como o produto da combinação das duas culturas. A partir disso, o indivíduo seria caracterizado como indígena, branco ou mestiço, conforme a porcentagem de elementos culturais de cada conjunto de que fosse portador.¹⁷⁹

Entretanto, esse critério mostrou-se insatisfatório, porquanto, por mais que determinados povos indígenas adotem muitas características culturais dos brancos, eles continuam se chamando de índios e os brancos continuam a assim considerá-los. Isto porque cada critério cultural possui valoração diversa. Significa que por mais que os povos indígenas incorporem alguns modos de vida

¹⁷⁶ MELATTI, Julio Cezar. *Índios do Brasil*. São Paulo: Hucitec; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993, p. 20.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 20.

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 20.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 22.

dos brancos, se ainda preservarem seus usos, costumes e tradições alheias às concepções dos brancos, manter-se-ão índios.

No critério do desenvolvimento econômico, os índios seriam as comunidades economicamente mais “atrasadas”¹⁸⁰. De acordo com o grau de necessidade econômica, as populações poderiam ser caracterizadas como índias, brancas ou mestiças. Contudo, esse critério confunde a situação do indígena com a situação de subdesenvolvido; além de demonstrar uma visão preconceituosa e reducionista de índio, como aquele desprovido de sinais de riquezas e que somente melhoraria sua condição se deixasse de ser índio.

No II Congresso Indigenista Interamericano realizado em 1.949 em Cuzco, no Peru, foi formulada a seguinte definição de índio:

“O índio é o descendente dos povos e nações pré-colombianas que têm a mesma consciência social de sua condição humana, assim mesmo considerada por eles próprios e por estranhos, em seu sistema de trabalho, em sua língua e em sua tradição, mesmo que estas tenham sofrido modificações por contatos estranhos. O índio é a expressão de uma consciência social vinculada com os sistemas de trabalho e a economia, com o idioma próprio e com a tradição nacional respectiva dos povos ou nações aborígenes.”¹⁸¹

Essa definição trouxe a auto-identificação étnica como critério para reconhecimento dos índios e incorporou esses valores nas definições legais que se seguiram.

Atualmente, a matéria está disciplinada no Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1.973:

“Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação

¹⁸⁰ É constante a utilização dos termos “adiantados” e “atrasados” para designar povos mais ou menos próximos à visão eurocêntrica e do modelo de desenvolvimento econômico pregado pelo capitalismo. Porto Gonçalves faz uma crítica a estes termos ao ironizar: “...a colonização do pensamento nos fez crer que há povos atrasados e adelantados, como se houvesse um relógio que servisse de parâmetro universal.” In: PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. *O desafio ambiental. In SADER, Emir (org.) Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004, p. 26.

¹⁸¹ MELATTI, Julio Cesar. *Índios do Brasil*. São Paulo: Hucitec; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993, p. 25, citando AZEVEDO, Thales de. *Panorama demográfico dos grupos étnicos da América Latina*, 1957, p. 128, América Indígena, vol. 17, n. 2, México.

aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Art 4º Os índios são considerados:

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

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

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

A definição legal do artigo 3º tratou índio e silvícola como sinônimos e estabeleceu três requisitos para sua identificação: origem e ascendência pré-colombiana; auto-identificação e identificação por outros como integrante do grupo étnico e; grupo étnico diferenciado culturalmente da sociedade nacional.

Os conceitos trazidos pelo Estatuto do Índio, porém, não comportam definições corretas, já que adotam critérios heterogêneos questionáveis sob o ponto de vista lógico e antropológico¹⁸².

O primeiro deles, refere-se à manutenção do designativo “silvícola” para os índios. Com efeito, o termo silvícola foi utilizado desde o início do século XX para designar os povos indígenas. Todavia, desde seu nascedouro este termo não expressou a realidade indígena vigente, visto os índios não habitarem tão-somente as selvas.

O segundo, refere-se ao requisito “origem e ascendência pré-colombiana”, pois o termo, em uma primeira leitura, pode indicar critérios raciais para identificação dos índios, o que já se mostrou insatisfatório seja porque o conceito de raça tem sido esvaziado pelas ciências biológicas nos últimos dois séculos, seja porque houve intenso processo de miscigenação dos índios ao longo dos anos de contato¹⁸³.

O terceiro, fundamenta-se no fato de que ao se estabelecer como requisito a caracterização de uma cultura distinta da cultura da sociedade nacional, a

¹⁸² Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais*. In: SANTOS, Silvio Coelho dos (org). *Sociedades Indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, CNPq, 1985, p. 31.

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 34.

definição legal trata a cultura como estática e imutável, ou seja, integralmente fiel a padrões ancestrais¹⁸⁴.

Dessa forma, para ser corretamente interpretado o conceito dos índios fixado pelo Estatuto do Índio, deve-se entender que: os índios não habitam somente as selvas e sim uma sorte de ecossistemas diferenciados, afastando-se o termo silvícola; a origem pré-colombiana deve ser compreendida como a ordem genealógica e cultural que remeta determinado grupo étnico à consciência da sua continuidade história com os povos pré-colombianos; e que a cultura diferenciada seja compreendida dentro de sua própria dinâmica, ou seja, dentro de seu processo de constante mutação¹⁸⁵.

Por sua vez, o artigo 4º do Estatuto, utilizando da famosa classificação dos índios efetuada por Darcy Ribeiro¹⁸⁶, distingue os índios de acordo com o grau de integração com a sociedade envolvente, caracterizando-os como “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”.

Essa classificação dos índios formulada por Darcy Ribeiro, no entanto, referiu-se ao contexto econômico e institucional da sociedade neo-brasileira e não se confunde como a articulação e/ou fusão dos povos indígenas na sociedade nacional¹⁸⁷.

Assim, do modo como apresentada pelo texto legal, a classificação assumiu a feição da política integracionista fundamentada no princípio de que o desenvolvimento espontâneo da sociedade acabaria por integrar o índio à sociedade nacional¹⁸⁸.

No relatório da Subcomissão sobre a Prevenção da Discriminação e Proteção às Minorias, ONU, Genebra, 1.986, foi apresentada a proposta de definição de comunidades, povos e nações indígenas pelo Relator José Martinez Cobo¹⁸⁹:

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 33.

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 33-34.

¹⁸⁶ RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. Petrópolis: Editora Vozes, 1970, p. 434.

¹⁸⁷ Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Silvio Coelho dos (org). Sociedades Indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Ed. da UFSC, CNPq, 1985, p. 35.

¹⁸⁸ MELATTI, Julio Cesar. *Índios do Brasil*. São Paulo: Hucitec; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993, p. 20-22.

¹⁸⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 208/209.

“São comunidades, povos e nações indígenas os que, tendo uma continuidade histórica com as sociedades anteriores à invasão e pré-coloniais, que se desenvolveram em seus territórios, se consideram distintos de outros setores das sociedades que agora prevalecem nesses territórios ou em parte deles. Constituem agora setores não dominantes da sociedade e têm a determinação de preservar, desenvolver e transmitir a gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base da continuação de sua existência enquanto povo, de acordo com seus próprios padrões culturais, suas instituições sociais e seus sistemas legais.”

A Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra em 27 de junho de 1989, expressamente incorporada na legislação brasileira após muitos anos de luta por meio do Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004, no artigo 1º, “b”, conceitua povos indígenas pelo fato de:

“...descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá considerar-se um critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.”

Portanto, índios são todos aqueles pertencentes a grupos sociais que mantêm a consciência de sua ligação histórica com sociedades pré-colombianas e assim são identificados pela sociedade envolvente, conservando suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou seja, seus usos, costumes e tradições.

Importante ressaltar quanto ao aspecto cultural, que a alteração da cultura de um povo indígena ao longo do tempo não impede que ainda seja assim reconhecido, visto que é da essência de toda cultura sua modificação de acordo com a situação histórica que vive e com a interação com outras culturas, assim como ocorre com as modificações biológicas das sociedades. As culturas são diretamente relacionadas aos aspectos físicos do local onde se desenvolvem, quer dizer, diretamente relacionadas à natureza que lhe é circundante. Os homens de uma mesma comunidade, nas suas inter-relações, também provocam mudanças na cultura na medida em que demandam novas posturas frente a inéditos problemas

ou inovações sociais. A tecnologia e a informação, por exemplo, são modificações que interferem diretamente no modo de ser de um povo e de uma cultura.

“A identidade étnica perdura nessa reprodução cultural, que não é estática; não se pode ter cultura estática. Os índios, como qualquer comunidade étnica, não pararam no tempo. A evolução pode ser mais rápida ou mais lenta, mas sempre haverá mudanças e, assim, a cultura indígena, como qualquer outra, é constantemente reproduzida, não igual a si mesma. Nenhuma cultura é isolada. Está sempre em contacto com outras formas culturais. A reprodução cultural não destrói a identidade cultural da comunidade, identidade que se mantém em resposta a outros grupos com os quais dita comunidade interage. Eventuais transformações decorrentes do viver e do conviver das comunidades não descaracterizam a identidade cultural. **Tampouco a descaracteriza a adoção de instrumentos novos ou de novos utensílios, porque são mudanças dentro da mesma identidade étnica.**”¹⁹⁰ (grifos acrescentados)

A aproximação com os brancos causa interferência no modo de vida dos índios, mas esta interferência também ocorre na cultura dos brancos, numa constante simbiose. A aplicação dos conhecimentos tradicionais das populações indígenas é exemplo dessa incorporação de valores e conhecimentos na cultura branca.

“...o mulateiro-da-várzea (*Calycophyllum spruceanum*), integrante da família do café. Foram realizadas pesquisas pela Unesp, a partir de conhecimentos de uma aluna boliviana que sabia que o pó feito da casca desta planta era usado tradicionalmente pelos índios da Amazônia. Os indígenas utilizam esta planta para duas finalidades: para o combate a uma doença de pele causada por um aracnídeo, e para embelezar a pele e os cabelos. Cientificamente, ou seja, a partir de estudos em laboratórios concluiu-se que a planta possui compostos antioxidantes, que impedem o envelhecimento da pele.”¹⁹¹

E ainda:

“O nim, *Azadirachta indica*, uma bela árvore nativa da Índia, tem sido utilizado há séculos como fonte de biopesticidas e remédios. Em algumas partes do país, as pessoas iniciam o ano novo comendo os tenros brotos do nim. Em outras regiões, ele é venerado como árvore sagrada. Por toda a Índia, as pessoas começam o dia usando o *datun* (escova de dentes) de nim para proteger os dentes com suas propriedades medicinais e bactericidas. Comunidades inteiras têm investido séculos de dedicação, respeito e conhecimento na propagação, proteção e uso do nim nos campos, aterros, propriedades rurais e terras comunitárias.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 780/781.

¹⁹¹ WANDSCHEER, Clarissa Bueno. *Patentes & Conhecimento Tradicional: uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do conhecimento tradicional*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 67.

Hoje, essa herança é roubada por meio dos DPI <Direitos de Propriedade Intelectual>. Durante séculos, o mundo ocidental ignorou o nim e suas propriedades: os costumes dos camponeses e médicos indianos não eram considerados dignos de atenção pela maioria dos colonizadores britânicos, franceses e portugueses. Nos últimos anos, entretanto, a crescente oposição ao uso de produtos químicos na sociedade ocidental, especialmente com relação a pesticidas, gerou um súbito entusiasmo pelas propriedades farmacêuticas do nim. Desde 1985, empresas americanas e japonesas obtiveram nos Estados Unidos mais de doze patentes para soluções e emulsões estáveis à base de nim – e até mesmo para uma pasta de dentes.¹⁹²

Outra forma diversa de não respeitar a cultura dos povos indígenas se refere às concepções ocidentais de transmissão de conhecimento e de educação. Para a cultura civilizada a educação passa, fundamentalmente, por escolas e livros. Para os povos indígenas, que vivem de forma coletiva, solidária e integrada à natureza, o conhecimento se transmite dos mais velhos para os mais novos contínua e diariamente. O que um sabe, todos sabem. As idéias de patentes e saberes compartimentados não encontram reflexo nas culturas indígenas¹⁹³.

“La cultura indígena presenta diferencias fundamentales con la ciencia ‘occidental’, respecto a la concepción y apropiación del mundo, del territorio y de las formas para la generación e innovación de recursos y conocimiento: los indígenas conciben el mundo desde una visión holística, integral, global, plural, colectiva, biodiversa, interdependiente, complementaria e indivisible; la ciencia occidental tiende a apropiarse el mundo de una forma reduccionista, parcializada, especializada, divisible, homogénea e individual.”¹⁹⁴

Cada cultura depende da situação histórica em que se encontra cuja interferência se reflete nos distintos modos de organização social. Cada

¹⁹² SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 95/96.

¹⁹³ Para um melhor aprofundamento sobre a diferença cultural entre os indígenas e as sociedades “civilizadas” e os reflexos na lei atual de patentes recomenda-se os estudos de SANTILLI, Juliana. *Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção*. In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “*Além da Tutela: bases para uma política indigenista III*”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002. e WANDSCHEER, Clarissa Bueno. *Patentes & Conhecimento Tradicional: uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do conhecimento tradicional*. Curitiba: Juruá, 2004.

¹⁹⁴ ALONSO, Germán O. Vélez. La Chagra: patrimonio colectivo de las comunidades indígenas amazónicas. In: FLOREZ, Margarita (org.) *Diversidad biológica y cultural retos y propuestas desde América Latina*. Bogotá: Grupo Ad Hoc sobre diversidad biológica: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA: Grupo de Semillas: Instituto de Gestión Ambiental – EGEA: Proyecto Implementación Convenio sobre Diversidad Biológica – WWF, 1.998, p. 166.

agrupamento indígena possui sua cultura, distinto contexto de contato com os brancos, diferentes graus de integração e assimilação¹⁹⁵.

Logo, ainda que muitos povos indígenas tenham modificado seu especial modo de viver e se relacionar, devido à maior proximidade com a cultura civilizada, não deixaram de reconhecer sua origem pré-colombiana. Mesmo que seja grande o impacto da cultura branca sobre as populações indígenas, não houve assimilação total da mesma.

Não é pela característica física ou pelo grau de desenvolvimento econômico que se podem reconhecer determinadas comunidades e indivíduos como indígenas. Índio e povo indígena serão aqueles que assim se considerem e que desse modo sejam percebidos pela sociedade envolvente. Assim, os conceitos de comunidades indígenas e índios poderiam ser assim fixados, consoante proposta de CUNHA:

“Comunidades indígenas: são aquelas comunidades que se considerem segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas.

Índio: é índio quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro”.¹⁹⁶

Reconhecida determinada comunidade como indígena surge, automaticamente, o direito ao seu território. Esse território abrange o espaço geográfico ocupado, as características ambientais, a sociedade e cultura que nele se desenvolvem, bem como a espiritualidade evocativa do local.

O território, para os povos indígenas, é o local de interação dos homens com a natureza que lhes proporciona não só alimento para o corpo, mas também, e principalmente, o substrato para a alma. Importa dizer: mais que mero espaço para o cultivo de alimentos ou caça de animais, o local onde se desenvolvem as

¹⁹⁵ No Brasil ainda há povos indígenas não contatados, conforme relatado pelo Instituto Socioambiental: “Há pelo menos 42 evidências de índios isolados, assim chamados aqueles cujo contato regular com agências indigenistas, especialmente a agência governamental, não foi estabelecido e anunciado publicamente. Exceto uma em Goiás (supostamente Avá-Canoeiro), todas as demais estão localizadas na Amazônia Legal (AC, AM, AP, MA, MT, PA, RO e RR)”. in: RICARDO, Carlos Alberto (org). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*. São Paulo: ISA, 2000, p. 15.

¹⁹⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Silvio Coelho dos (org). *Sociedades Indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, CNPq, 1985, p. 36-37.

relações sociais entre os índios é essencial para preservação de sua cultura e de suas tradições.

Cada povo indígena possui uma especial forma de identificação de seu território em conformidade com sua cultura. Essa visão distinta de território, que varia de povo para povo, é inclusive referencial para a distinção das sociedades indígenas entre si.

“Assim, cada povo indígena tem uma idéia própria de território, elaborada por suas relações internas, com os outros povos e com o espaço onde lhes coube viver.. Além disso, supõe-se que cada povo sabe a história, real ou mítica, de seu território, conhecendo sua extensão e seus limites.”¹⁹⁷ (grifos acrescentados)

Embora qualquer generalização quanto aos povos indígenas seja temerária, pode-se afirmar, ao menos, que suas concepções quanto à terra é uníssona, uma vez que todos a concebem como um bem possuído coletivamente. Para os índios Krahó, por exemplo, a terra pertence a toda comunidade, tendo cada casal o poder de roçar uma parte da terra para produzir seus alimentos. Os índios Tenetehára também concebem a terra como de toda a aldeia e, tanto nesta comunidade quanto na primeira, uma vez não roçada a terra para a produção de alimentos por parte do casal que antes o fazia, outros podem utilizá-la.¹⁹⁸

Para os Guarani o território que ocupam é uma composição de biodiversidade na qual o povo a integra. Sem limites territoriais rígidos, os Guarani-mbya mantêm suas relações no mundo físico e cultural de acordo com regras de reciprocidade e de convivência¹⁹⁹.

Por isso que, quando do contato entre os portugueses e os Guarani, a discussão sobre a terra não se referiu a quem teria o direito de usá-la e quem não teria, porque para este povo não se tratava de um direito excludente, já que consideravam a terra como um bem de todos. Portanto,

¹⁹⁷ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios*. in LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Além da Tutela: bases para uma política indigenista III”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 53.

¹⁹⁸ MELATTI, Julio Cezar. *Índios do Brasil*. São Paulo: Hucitec; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993, p. 64.

¹⁹⁹ LADEIRA, Maria Inês. Espaço Geográfico Guarani-Mbya: Significado, constituição e uso. Tese de doutorado apresentada sob a orientação do Prof. Dr. Ariovaldo Umbelino de Oliveira no programa de pós-graduação em Geografia Humana da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2.001, p. 217-223.

“na concepção deste povo <guarani>, os europeus não invadiram o seu território, não é uma questão de respeito de fronteiras, todos podem usar a terra, homens, animais e plantas, os europeus não foram invasores, mas destruidores, os guarani não entendem que a vítima tenha sido eles, mas a terra.”²⁰⁰

Na concepção do povo Yanomami, toda a extensão de seu território é parte integrante de sua dinâmica adaptativa às condições ecológicas especiais da floresta e sua organização sócio-política considera o constante intercâmbio entre aldeias e o seu nomadismo intermitente:

"Movimentos Populacionais e Maximização de Recursos Naturais

Há uma grande fluidez nos movimentos demográficos dos Yanomami. Aldeias inteiras reúnem-se a outras já existentes, para se afastarem anos mais tarde e ocuparem terras antes desocupadas. Esta é uma das razões porque é possível falar-se de "vazios" com relação ao território Yanomami. O que parece vazio estará ocupado amanhã, de tal modo que os padrões de estabelecimento dessa população só podem ser atendidos e respeitados se levarmos em consideração o fator tempo. A unidade temporal relevante não é o momento presente, mas o espaço de, pelo menos, várias décadas. Obviamente **esse sistema de distribuição humana contribui imensamente para a manutenção do equilíbrio ecológico e demográfico do território Yanomami.** Longe de se constituir em questão problemática, o **processo espacial demográfico dos Yanomami deve ser visto como um modelo de maximização no aproveitamento de recursos, com um mínimo de perturbação do meio ambiente pelas populações em apreço.** (...)

Segmentação Sócio-Política

A necessidade de se manter uma área contínua para os Yanomami prende-se também a fatores de natureza social, política e religiosa, de acordo com as normas Yanomami vigentes. As comunidades Indígenas que, por razões totalmente alheias se vissem permanentemente isoladas uma das outras, ilhadas em territórios insuficientes, teriam várias esferas de sua vida imediatamente atingidas, possivelmente de modo irremediável. (...) Em grande parte, a articulação das atividades religiosas, sociais e políticas regula o processo de expansão e contratação da densidade populacional de aldeias e conjunto de aldeias. O Surgimento de facções opostas numa dada comunidade, por exemplo, muito freqüentemente leva à separação de parte dessa comunidade, que então se aloja em território próprio, independente do anterior. Para que esse processo se dê de maneira pacífica, é necessário haver terra suficiente capaz de acomodar os grupos que se cindem. **Se lhes for negado esse espaço político-geográfico, é inevitável a intensificação de violências e de desagregação no seio das comunidades Yanomami. Portanto, a coesão dos grupos locais depende inteiramente de um território contínuo e adequado.** (...) ²⁰¹ (grifos acrescentados)

²⁰⁰ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *A função social da terra*, Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 51.

²⁰¹ Texto extraído da proposta de criação de um Parque Indígena elaborada por Técnicos da Funai em 1980 e anexado aos autos n.º 890009895-0/DF, na 7ª Vara Federal do Distrito Federal, na ação declaratória movida pelo Ministério Pública Federal contra a União Federal, a Fundação Nacional do Índio e o IBAMA- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis. A ação foi definitivamente julgada em 1992 com a extinção do processo, sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir, uma vez que a demarcação das terras indígenas estava em fase de reavaliação pela administração pública. Fonte: www.trf1.gov.br, acessado em 04/11/05.

A concepção de território para o povo Yanomami determina a distribuição humana conforme a manutenção do equilíbrio ecológico e demográfico do seu território. Por isso a presença de “vazios” em suas terras.

Para o povo Zo'é, localizado no estado do Pará, os limites territoriais não são concebidos por critérios fixos e sim em termos de relações sociais, cuja efetivação no espaço se dá de maneira móvel:

“O processo de territorialização para os Zo'é é o resultado da maneira como eles se organizam e regulam o acesso ao espaço e seus recursos. O grupo local regula o acesso aos recursos ambientais, apropriando-se de determinadas áreas. **A referência principal não é a habitação, mas a roça**, que são classificadas como ativas (*Kiatu*) ou não ativas (*taperet*). **O grupo local não é definido pela ocupação propriamente dita de um espaço, mas pela história de um lugar. Lugar não no sentido de localização, mas de “modo de vida”, “bem viver”,** noções que podem ser traduzidas em um primeiro momento pelo termo nativo – *koha*. O *Koha* de um indivíduo é seu local de origem e de destino após a morte.”²⁰² (grifos acrescentados)

Dessa forma, verifica-se que a partir do reconhecimento de um povo indígena singular, está reconhecido seu direito sobre o território que ocupa. A definição, no entanto, de cada território deve ser feita consoante a concepção de cada povo, conforme restou demonstrado.

A Constituição da República reconhece aos índios seus direitos sobre suas terras, mas não é só. Ao reconhecer e respeitar a pluralidade do Estado brasileiro, a Carta Política de 1.988 não só questiona os postulados do Estado moderno como também abre as portas para uma nova concepção de Estado da contemporaneidade.

Este Estado é multicultural, pluriétnico e plurinacional e será tratado no próximo capítulo.

²⁰² RICARDO, Carlos Alberto (org). Povos Indígenas no Brasil 1996/2000. São Paulo: ISA, 2000, p. 384.

4

O ÍNDIO LOCAL E O ESTADO GLOBAL

A chegada dos europeus no continente americano provocou o encontro de dois mundos. De um lado, os brancos avançando na conquista de novas fronteiras; de outro, os ameríndios surpreendendo-se com a chegada de homens com traços físicos e culturais totalmente diferentes.

Esse encontro fez surgir a questão da alteridade. O mundo se viu frente ao Outro.

Pelos brancos, as questões iniciais prenderam-se na indagação de serem os índios americanos humanos e dotados de alma. Por parte dos índios, a preocupação foi em determinar de que parte do cosmo provinham os estranhos visitantes.

As explicações de cada um também divergiram. Os europeus ligaram os índios à natureza e perquiriram sobre sua animalidade para apenas em um segundo momento discutir sua humanidade²⁰³. Os índios, preocupados com a relação destes com o cosmo, ora os consideraram deuses, ora apenas homens:

“Dessa comparação entre as pesquisas tiram-se duas conclusões: os brancos invocavam as ciências sociais, ao passo que os índios tinham mais confiança nas ciências naturais; e enquanto os brancos proclamavam que os índios eram animais, os segundos contentavam-se em suspeitar que os primeiros fossem deuses. Em nível idêntico de ignorância, o último procedimento era, com certeza, mais digno de homens.”²⁰⁴

Os europeus antropolizaram a diferença que se refletiu em uma forte tendência eurocentrista, enquanto os índios a cosmologizaram.

Esta antropologização do Ocidente foi verificada também pela distinção efetuada entre o sagrado e profano, religioso e civil, dogmático e racional²⁰⁵. Esta

²⁰³ Destaca DANTAS: “Muito embora CARNEIRO DA CUNHA afirme que no século XVI não havia dúvida, a edição, em 29 de maio de 1537, da Bula *Veritatis Ipsa* pelo Papa Paulo III, declarando serem os índios homens e que, como tal, tinham alma, reforça o entendimento geral de que a bestialidade era a característica dominante ou a imagem que os colonizadores, tanto espanhóis como portugueses, atribuíram às pessoas indígenas. A necessidade da declaração papal, defendida pelo Frei Bartolomé de Las Casas, por si, confirma isto.” In: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. *O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil*. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003, p. 17/18.

²⁰⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes Trópicos*. São Paulo: Cia das Letras, 1996, p. 72.

²⁰⁵ BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação: direito à diferença*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 81.

forte separação dos conhecimentos marcada pela cultura ocidental, contudo, não é compreendida pelos indígenas, visto que estes não separam o conhecimento da religiosidade e do místico.

A alteridade sempre foi refletida na política indigenista e na legislação que se seguiu e supôs sempre um juízo de valor: a sociedade ocidental definia os indígenas como “o outro” e ora os considerava bons (bom selvagem); ora os considerava maus (primitivo, atrasado) e inferiores (evolucionismo).

A alteridade também foi verificada no grau de proximidade traçado com os indígenas. O contato sempre foi direcionado à assimilação dos povos indígenas, sem qualquer reconhecimento dos valores e cultura destes.

Nos cinco séculos de conquista da América, os índios passaram no imaginário europeu de bárbaros e primitivos até bons selvagens contornando sempre, entretanto, o etnocentrismo e o etnocídio.

Essa corrente cultural persiste na contemporaneidade ainda que de modo menos intenso e impede verificar os povos indígenas como uma cultura que deve ser respeitada não só porque dotada de uma lógica, mas também porque é expressão da própria diversidade humana. O que é verdadeiro ou falso não pode ser imposto – sequer determinado – por uma cultura. Não se pode arrogar a si mesmo uma cultura superior visto os conhecimentos da humanidade serem limitados e sempre insatisfatórios.

“A modernidade antropocentrada é um total desastre, ela propõe a uniformidade a partir do seu próprio modelo, o consenso em torno de si mesma, através de sua pretensão de detentora da verdade, ou da única verdade, ou pelo menos daquela que está sempre e necessariamente mais próxima dela.”²⁰⁶

Em que pese toda a política integracionista, os índios continuaram a lutar pelo direito de viver segundo sua cultura e, embora o Estado tenha lhes omitido, tornando-os invisíveis, eles continuaram reclamando seu reconhecimento. Seu caráter de “outro” questionou as concepções do Estado moderno de povo único sob um território único regido por um direito também único até que, na Constituição de 1.988, seus direitos ganharam nova dimensão e promoveram uma nova concepção de Estado para a contemporaneidade.

²⁰⁶ BARBOSA, Marco Antonio. Autodeterminação: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 89.

Esse Estado, organizado a partir da realidade plural, permite falar em plurinacionalidade, território compartilhado, soberania concebida sobre jurisdições plurais, direito e sujeito de direito coletivo.

4.1

ESTADO MULTICULTURAL, PLURIÉTNICO E PLURINACIONAL

O Estado na modernidade é fruto do colonialismo e do desenvolvimento industrial. Foi formulado com base em um poder central altamente especializado, com organização jurídica que separa o direito da moral e da religião, sobre um território único, além de transferir a gênese do Direito dos costumes do grupo social para o Estado, por meio da edição das leis.²⁰⁷

Este Estado possui como elementos indissociáveis o poder – traduzido na soberania/jurisdição – a politicidade – traduzida na finalidade de proteger o bem comum – a existência de um povo e a territorialidade (como espaço geográfico delimitado)²⁰⁸.

Baseada na concepção evolucionista - que concebe o movimento histórico como um percurso linear que parte da condição do estado da natureza tido como barbárie até o estágio mais avançado representado pela sociedade civilizada - a história passou a ser definida e identificada como única em que o processo civilizatório progressivo encontrava seu ápice nas sociedades da Europa ocidental.

Sob esse aspecto assim destacou LÉVI-STRAUSS:

“A humanidade instala-se na monocultura; prepara-se para produzir civilização em massa, como a beterraba. Seu trivial só incluirá esse prato.”²⁰⁹

Na construção dos Estados nacionais baseados na identidade nacional única e homogênea, a realidade sociocultural plural dos povos indígenas foi mascarada em nome da integração à comunhão nacional e da unicidade de território:

²⁰⁷ BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 19.

²⁰⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

²⁰⁹ LÉVI-STRAUSS, Claude. Tristes Trópicos. São Paulo: Cia das Letras, 1996, p. 35.

“A integração significa transformar os índios em não índio, em indivíduo moderno; e suas sociedades, em comunidades marginalizadas social e culturalmente plasmadas no todo homogêneo da comunhão nacional. Significa negar a pluralidade cultural que representam as sociedades indígenas e justifica os interesses da determinação conceitual que fundamenta as sociedades modernas: povo único, cultura única, logo, nação única, e, portanto, equivalente base social do Estado moderno.”²¹⁰

O fato de o Brasil ter se organizado em Estado nacional não ajudou a sorte dos povos indígenas. Ampliadas as fronteiras agrícolas e dilatadas as buscas por riquezas no interior do território brasileiro, os governos trataram os povos indígenas contatados como obstáculos ao desenvolvimento e suas terras, vidas e sociedades foram violadas.²¹¹

Com o advento da República no Brasil, restou consolidada a noção de Estado nacional sob um espaço geográfico de jurisdição. “Essa característica especial marcou a definição da nacionalidade, ancorada na territorialidade”²¹².

Na construção do Estado moderno, a homogeneidade propugnada promoveu a identificação entre nação e Estado, vale dizer, para cada Estado, uma nação. Daí falar-se em nacionalidade.

No entanto, essa nacionalidade como unidade cultural homogênea em um território estatal delimitado, nunca passou de mera abstração, uma vez que a existência de vários povos sob um único Estado nacional sempre esteve presente²¹³.

Portanto, o multiculturalismo, é preciso que se diga, não é virtude apenas dos países americanos. É, de fato, um fenômeno mundial - como no caso da nação Catalã na Espanha, de Quebec no Canadá²¹⁴ - e que a construção das teorias do Estado moderno pretenderam mascarar.

“(…) a visão do Estado-nação orientado (sic) por uma lógica unitária e legitimista foi atingida pela obsolescência, ao ser confrontada com problemas

²¹⁰ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003, p. 36.

²¹¹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 76.

²¹² DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003, p. 68.

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 78.

²¹⁴ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999, p. 73.

gerados por uma nova noção de nação, cuja unidade pressuposta na verdade ocultava o fenômeno da pluralidade do corpo social...²¹⁵,

A heterogeneidade de povos sobre um único território estatal não se fez presente apenas na época da definição dos territórios nacionais, mas também é fenômeno resente na realidade atual da globalização²¹⁶. A diferença entre os países do Norte e do Sul atualmente refere-se apenas ao grau de visibilidade destas minorias.

“O Estado Moderno, ao completar duzentos anos, está velho e em crise. Criado para garantir a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade, como solenemente proclamava a Constituição Francesa de 1793, chega ao final do século XX sem ter podido promover a igualdade nem a liberdade, nem a segurança, porque fez passar estes conceitos por crivos formais e jurídicos, e os traduziu como igualdade perante leis gerais e abstratas, tão abstratas quanto intangíveis pela maioria da população, como liberdade contratual e como segurança nas relações jurídicas, quer dizer na execução dos contratos. E a propriedade viajou de um conceito físico, palpável, para o campo inatingível das idéias e saberes e para isso o velho sistema já não serve.

O Estado envelhecido, portanto, já não é suficiente nem para o capital nem para o trabalho. Tampouco o é para os povos indígenas.”²¹⁷

A teoria evolucionista também foi aplicada no plano jurídico. As sociedades que adotaram as técnicas jurídicas ocidentais, marcadas essencialmente pela codificação, consideraram as sociedades que não apresentavam um conjunto de regras escritas e codificadas como sociedades menos desenvolvidas.²¹⁸

Porém,

“na verdade, no mais das vezes, este caminho leva um sub-desenvolvimento jurídico, no caso dos países colonizados, na medida em que cria uma separação

²¹⁵ PEREIRA, Deborah Duprat de B. O Estado Pluriétnico. In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Além da Tutela: bases para uma política indígenista III”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 43.

²¹⁶ Destaca SOUSA SANTOS e NUNES: “No período pós-colonial e no quadro dos processos de globalização das últimas décadas do século XX, com o aumento e o aprofundamento das desigualdades tanto no Norte quanto no Sul, a mobilidade crescente das populações do Sul, especialmente em direção ao Norte, e a diversificação étnica crescente das populações residentes nos países do Norte, a distinção entre os dois tipos de sociedades tornou-se cada vez mais difícil de manter.” In: SANTOS, *Boaventura de Sousa*. e NUNES, *João Arriscado*. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. In: SANTOS, *Boaventura de Sousa*. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 28.

²¹⁷ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 191.

²¹⁸ BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 33.

entre o direito oficial ocidentalizado e aplicado por uma elite urbanizada e os direitos não oficiais (e agora não estamos nos referindo apenas aos direitos dos povos tradicionais mas também ao direito que opera no dia a dia das relações de determinadas camadas populares, rurais ou não, ou de outros segmentos específicos da sociedade) que continua a ser praticado pela maioria da população.²¹⁹

O Estado nacional e a fixação de seus limites territoriais foram construídos sem considerar os povos indígenas. Não foi aproveitada a riqueza de suas culturas como elementos formadores da nacionalidade brasileira. O direito português, e posteriormente o direito brasileiro, não observaram as instituições dos aborígenes.

A Constituição Federal de 1.988, contudo, mudou esse quadro ao garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, acesso às fontes da cultura nacional, apoio e incentivo à valorização e a difusão das manifestações culturais, entre elas as indígenas (art. 215, §1º); ao reconhecer os valores culturais referentes à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216)²²⁰ e ao reconhecer a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas (art. 231), ou seja, ao reconhecer a diversidade cultural e étnica do povo brasileiro, ainda que não a tenha feito de forma expressa²²¹.

Logo, desde 1.988 o patrimônio cultural é garantido como direito de todos ao pleno exercício de seus direitos culturais, constituindo-se como bens culturais os bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, demonstrando que a Constituição Federal considerou objetivamente os bens passíveis de proteção jurídica, independentemente de posterior declaração do

²¹⁹ BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 33.

²²⁰ 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.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

²²¹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 158.

Poder Público, “o que significa que já não há dúvida de que o direito que paira sobre estes bens não é estatal, mas público coletivo, do povo”²²²

Assim, o Estado reconheceu a etnodiversidade, fundada na diversidade social brasileira, como princípio constitucional da pluralidade de povos, conforme acentua DANTAS:

“Assim, a base constitucional de Estado pluralista, que tem na etnodiversidade o desenho do mosaico social brasileiro, pode configurar-se enquanto princípio constitucional da pluralidade de povos – ainda que a Constituição não tenha declarado claramente – cujas culturas, ideologias, interesses e projetos, são diferenciados da cultura nacional dominante e devem ser respeitados em todas as suas manifestações, além da criação de espaços públicos de efetividade, ou seja, condições institucionalizadas de real participação no processo político.”²²³

O Estado reconhece, no interior de suas fronteiras politicamente delimitadas, a existência de povos que não seguem seu direito positivo, tampouco vivem sua realidade nacional. Mais. O Estado brasileiro permite ainda que estes povos vivam segundo seu direito consuetudinário, preservem suas tradições e garantam sua própria sobrevivência. Por isso, SILVA fala que a garantia da posse indígena na CF/88 é uma garantia para o futuro²²⁴. É a partir de 1.988 que o Estado nacional brasileiro assume sua multiculturalidade e pluriétnicidade, embora não tenha expressamente utilizado essas expressões. Como se vê, a unicidade de povo da teoria do Estado moderno sucumbiu à realidade plural:

“A cultura tornou-se, assim, um conceito estratégico central para a definição de identidades e de alteridades no mundo contemporâneo, um recurso para a afirmação da diferença e da exigência do seu reconhecimento e um campo de lutas e de contradições.”²²⁵

²²² MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998.

²²³ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003, p. 49/50.

²²⁴ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 785.

²²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. e NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 28.

No mesmo sentido, vale destacar as palavras de CUNHA²²⁶:

“A cultura é um elemento de distinção, talvez o elemento por excelência da distinção: através dela, uma sociedade afirma-se diante de outras. Uma minoria étnica faz de sua cultura – original, recuperada, recriada, pouco importa como vimos – o sinal mais importante de seu confronto com uma “maioria étnica”. Apega-se às suas tradições, eventualmente simplifica-as para melhor realçá-las e estabelecer assim sua identidade. Tudo isto não é consciente: ao contrário, cada inovação é colocada sob o signo da tradição.”

Mas este multiculturalismo deve ser corretamente interpretado, como destacam SOUSA SANTOS e NUNES, porque não designa as diferenças culturais em um contexto transnacional e global, mas sim “a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas”²²⁷, vale dizer, o multiculturalismo reconhece a existência de uma pluralidade cultural dentro de um mesmo Estado nacional, rompendo com o dogma do povo único da modernidade.

Em outras palavras, trata-se do multiculturalismo emancipatório baseado “no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida em comum além de diferenças de vários tipos.”²²⁸

A existência de povos indígenas com modos de vida diferenciados dos modos de vida ocidental, mesmo após cinco séculos de política integracionista, pôs em cheque a ficção jurídica do Estado e território únicos da Revolução Francesa. O povo homogêneo da teoria sucumbiu ao povo heterogêneo da prática.

Ao longo da história, os povos indígenas representaram uma série de obstáculos à sociedade e ao Estado ocidentais. Ora os ameaçavam pelas práticas sociais reprováveis pela filosofia cristã; ora os prejudicavam porque obstáculo aos processos e projetos econômicos desenvolvimentistas ao reivindicarem seu direito à vida e à liberdade; ora os assombravam com sua reivindicação que sempre se

²²⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Silvio Coelho dos (org). Sociedades Indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Ed. da UFSC, CNPq, 1985, p. 33.

²²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. e NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 26.

²²⁸ *Idem, ibidem*, p. 33.

mostrou coletiva frente à unicidade e a homogeneidade do Estado e do seu direito moderno²²⁹.

Ao se reconhecer aos índios o direito de viverem segundo suas tradições conferiu-se o direito à alteridade. Os índios podem decidir sobre seu modo de viver e relacionar em sua sociedade e não se pode impor-lhes diverso modo de utilização ou produção conforme a visão civilizada capitalista, ou os conceitos de qualidade de vida ocidentais.

A especificidade dos povos indígenas, portanto, permite falar-se em multiculturalismo, todavia não se limita a ele. A existência dos povos indígenas com seu especial modo de viver, se organizar socialmente e se relacionar com a terra sob um determinado território, uma língua, uma comunhão de vida e consciência social demonstra que essa diversidade cultural assume as faces de uma nacionalidade indígena.

Isso porque, na verdade o que vai definir uma coletividade como nação será a idéia de pertença nacional que solidifica uma comunidade de destino político²³⁰.

Logo, a aproximação entre Estado e nação ditada pela modernidade não está mais presente no Estado multicultural da contemporaneidade. Nação, agora, significa a sociedade que tem em comum o passado, as lutas políticas, o espaço, as perspectivas ou projetos futuros, pois faz com que existam coesão e identificação sentimental do ser com o lugar e com a história, construindo-a²³¹.

“Muito embora os debates ocorridos na Assembléia Nacional Constituinte tenham rechaçado do texto constitucional os termos *povos* ou *nações* para referenciar os povos indígenas, como indicavam algumas propostas apresentadas aos legisladores, **a evidência de que as sociedades indígenas configuram autênticas nações, minoritárias, inseridas no âmbito do Estado brasileiro – por enquanto, sem o determinis no histórico de se transformarem em Estados autônomos.**”²³²

No Estado construído pela modernidade, foi o território, e não os povos que se encontravam sobre ele, que construiu o conceito de nacionalidade, ou seja, o

²²⁹ Cf. DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003, p. 33.

²³⁰ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 779.

²³¹ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003, p. 78.

²³² DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999, p. 48.

pertencimento a uma nação era fixado pelo território e não pela comunhão de vida e consciência social.

A ocupação territorial brasileira é exemplo disso, uma vez que o avanço das fronteiras fazia-se com a opressão e morte de diversos povos indígenas em nome de uma integridade territorial.

O emprego da expressão “nação indígena” sempre foi evitado pelo legislador constituinte visto que baseado na premissa de que a nação é o elemento humano que se confunde com o próprio Estado.

No entanto, esse conceito está há muito tempo afastado seja porque existem nações sem Estado, como no caso dos judeus antes da fundação do Estado de Israel, seja porque existem Estados sem nação, como no caso do Vaticano²³³.

Portanto,

O conceito de nação de Mancini pode bem aplicar-se ao texto constitucional, entendendo-a como ‘a reunião em sociedade de homens, na qual a unidade de território, de origem, de costumes, de língua e a comunhão de vida a consciência sociais’. A língua é um fator significativo na formação de uma nação, de uma comunidade nacional. Por isso José Afonso da Silva ajuíza que ‘se pode falar em nações indígenas, na medida em que a comunidade lingüística as identifica.’ **Daí decorre a identificação da nação indígena como uma etnia que é: ‘uma entidade caracterizada por uma mesma língua, uma mesma tradição cultural e histórica, ocupando um dado território, tendo a mesma religião e sobretudo a consciência de pertencer a uma comunidade. A etnia é, destarte, não somente uma comunidade lingüística e cultural, dentro de uma homogeneidade do território geográfico, porém sobretudo a consciência desta homogeneidade cultural.**

Assim sendo, pode-se falar corretamente de nações indígenas, como minorias legalmente amparadas pela Constituição Federal.²³⁴ (grifos acrescentados)

Daí poder-se falar em um Estado plurinacional brasileiro.

Ao reconhecer seu território composto por uma multiculturalidade, pluriétnica e plurinacionalidade, o Estado brasileiro modifica a estrutura imposta pela modernidade. A realidade plural passa a ser verificada no plano jurídico e permite uma releitura dos direitos dos povos indígenas.

O multiculturalismo só tem espaço quando abdicado de uma perspectiva exclusivamente individualista:

²³³ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 779.

²³⁴ PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 444/445.

“A sobrevivência do multiculturalismo em um mundo no qual o Estado reconhece, protege e pretende transformar todos os direitos em individuais, é quase impossível”.²³⁵

Por isso, o próximo ponto a ser tratado falará do surgimento dos direitos coletivos como a primeira vertente de sustentação deste novo Estado da contemporaneidade.

Desses direitos coletivos percebe-se o renascimento dos povos indígenas para o direito e permite não só reconhecer-lhes uma série de direitos como também falar-se na existência de verdadeiros territórios indígenas e não mais terras indígenas.

A outra vertente de sustentação desse novo Estado da contemporaneidade também guarda relação com a jusdiversidade. O reconhecimento constitucional das organizações indígenas e a possibilidade dos índios viverem segundo seus usos, costumes e tradições abriam espaço para a concretização de uma verdadeira autonomia e jurisdição indígenas dentro do território brasileiro.

A preservação ambiental, do mesmo modo, se mostra um desafio ao Estado global e recupera as entidades locais ao se verificar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser buscado no modo diverso de vida dessas localidades. Assim, os povos indígenas locais apresentam resposta ao Estado global, como destaca MARÉS:

“A ameaça da hecatombe ambiental promoveu o reencontro dos povos com suas localidades, e grupos organizados de ambientalistas se aliaram às organizações indígenas e indigenistas nas reivindicações coletivas.”²³⁶

Por conseguinte, para o Estado se manter é necessário que assumam postulados que abarquem a realidade por tantos séculos reprimida. “A realidade deve informar o modelo, senão, a moldura será pequena, assim como em seu desenho moderno, o foi.”²³⁷

²³⁵ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais*, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 73.

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 93.

²³⁷ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999, p. 62.

4.2

SURGIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS

O Estado na modernidade foi construído a partir dos postulados de liberdade, igualdade, segurança e propriedade²³⁸. Toda a construção do Direito moderno se baseou nos postulados individuais. Fala-se de direitos e deveres individuais, propriedade individual, responsabilidade individual, vontade e autonomia desta vontade individual.²³⁹

“Quando os Estados nacionais escreveram suas constituições garantindo direitos, inaugurando um novo sistema jurídico com algumas dicotomias como o público e o privado, o sujeito e o objeto de direito, e pilares como a propriedade privada, a segurança jurídica dos contratos livremente estabelecidos e o caráter técnico-jurídico das soluções de conflitos de direitos.

Estes primados serviam a quem tinha propriedade e mantinha contrato, especialmente como contratante; aos povos diferenciados, aos que viviam em comunidades, este sistema não servia.”²⁴⁰

Nesse sistema, as instâncias reconhecidas eram bipolares representadas pelo Estado e pelo cidadão. Ao cidadão erigia-se o *status* de sujeito de direito individual e todas as reivindicações coletivas eram assumidas e traduzidas na expressão do Estado. A coletividade era, então, representada pelo Estado.

Assim, todas as reivindicações indígenas deveriam ser tomadas como lutas a serem protegidas apenas individualmente. “Isto transformava os direitos essencialmente coletivos dos povos em direitos individuais.”²⁴¹

Qualquer outra reivindicação tomada coletivamente que não fosse assumida pelo próprio Estado não era reconhecida por ele e sequer pelo direito por ele elaborado.

²³⁸ Constituição Francesa do ano I (1793).

²³⁹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Introdução ao Direito Socioambiental*. In: LIMA, André. (org) O Direito para o Brasil socioambiental, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 26.

²⁴⁰ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 78/79.

²⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 73.

“No início do século XIX não se aceitava nenhuma instância ou pessoa que servisse de intermediário entre o cidadão e o Estado, sob a alegação que qualquer direito é individual e, portanto, não poderia haver reivindicação de grupos”²⁴²

E ainda:

“O Estado nessas sociedades modernas tem tendência a monopolizar o Direito através de uma ideologia que apresenta sua uniformidade como Bem soberano e privilegia os indivíduos aos grupos, como sujeitos de direito. Os países da Europa ocidental e as Américas são bons exemplos.”²⁴³

Portanto, a existência de coletividades que lutassem por direitos frente ao próprio Estado (e não representadas por ele) não era admitida pelo direito e invisível para o Estado.

“A criação dos Estados nacionais latino-americanos, seguindo o modelo europeu, se deu com a redação de uma Constituição que estabelecia um rol de direitos e garantias individuais. Isto significou o esquecimento de seus índios e a omissão de qualquer direito que não fosse a possibilidade de aquisição patrimonial individual.”²⁴⁴

Até que o direito individual mostrou-se incapaz de responder a uma série de reivindicações coletivas que buscavam ser protegidas não como direitos individuais agrupados, mas enquanto coletividade propriamente dita. Nesse contexto, surgiu a Constituição Federal de 1.988.

Com efeito, a Carta Política de 1.988 é um marco histórico na tradição constitucional brasileira, já que se apresenta revolucionária no campo da proteção dos direitos sociais:

“Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita a sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente <atribuídos> ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para,

²⁴² MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Introdução ao Direito Socioambiental*. In: LIMA, André. (org) O Direito para o Brasil socioambiental, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 27/28.

²⁴³ BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 19.

²⁴⁴ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais*, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 78.

enfim, promover a realização dos problemas sociais, fundamentos destes direitos e das expectativas por eles legitimadas.²⁴⁵”

É na Constituição Federal de 1988 que se reconhece o pluralismo da sociedade brasileira representada pela sua multiplicidade cultural, social e étnica, conferindo-se, em seara inédita, capítulo especialmente dedicado às questões indígenas, à proteção do patrimônio cultural e ambiental, por intermédio de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E é justamente no reconhecimento desta sociedade brasileira como coletividade passível de ser sujeito de direitos e garantias fundamentais que surge m os chamados direitos coletivos.

Esses direitos coletivos irrompem com a tradição do direito de base individualista.

Esclarece MARÉS²⁴⁶:

“Esta característica os afasta <os direitos coletivos> do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! Ou dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros”.

Os direitos coletivos assumem sua faceta e peculiaridade justamente na relação antagônica aos direitos individuais, uma vez que o sujeito deste direito é coletivo, ou seja, não apresenta titularidade individualizada e os bens não são valoráveis economicamente, nem tampouco podem ser apropriados a um patrimônio individual²⁴⁷.

Outra característica desses direitos coletivos, que vem inclusive a romper com o Estado concebido pela modernidade, está no fato de que eles não decorrem de uma abstração, mas sim da realidade por tantos séculos reprimida:

“Isto quer dizer que os direitos coletivos não nascem de uma relação jurídica determinada, mas de uma realidade, como pertencer a um povo ou formar um grupo que necessita ou deseja ar puro, água, florestas e marcos culturais

²⁴⁵ CAPELLETTI, Mauro. “Juízes legisladores”, p. 41.

²⁴⁶ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “Introdução do Direito Socioambiental”, In: LIMA, André. (org) O Direito para o Brasil socioambiental, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 21-48.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p.26.

preservados, ou ainda garantias para viver em sociedade, como trabalho, moradia e certeza da qualidade dos bens adquiridos.”²⁴⁸ (grifos acrescentados)

Reconhecido o direito coletivo a partir da Constituição de 1.988, iniciou-se o primeiro passo para a compreensão das reivindicações dos indígenas. O Estado e seus povos indígenas definiram como se comunicar e esta comunicação se deu por meio da compreensão de que sua luta não era para uma proteção individual, mas sim coletiva.

“É evidente que este esquema jurídico <da modernidade> não poderia servir aos povos indígenas da América Latina, porque, mesmo que considerasse cada povo uma individualidade de direito, os bens protegidos (os bens que os povos precisam proteger) e sua legitimidade não têm nenhuma relação com a disponibilidade individual e com origem contratual.”²⁴⁹

Ao contrário da estrutura individual do sujeito de direito da modernidade, os povos indígenas sempre desempenharam um modo de vida coletivo, em que o direito da comunidade é mais importante que o direito individual²⁵⁰:

“Na vida primitiva, a falta de consciência da personalidade individual; os vários laços que estabelecem forte coesão social; coesão inclusive de natureza mágica, totêmica; fatores vários, enfim, fazem com que cada membro se confunda com o grupo a que pertence. Não é concebível um homem isolado na própria individualidade. O indígena é sempre indistacável do seu grupo. Há círculos concêntricos de coletividades que se superpõem – a família, a aldeia, o clã, a tribo, o totem, - cada uma delas apresentando-se qual massa uniforme, em que se dissolvem as pessoas. Sente-o também o indivíduo, com respeito a si próprio, ligando-se à comunidade e aderindo à consciência social²⁵¹.”

Significa dizer que a consciência coletiva de cada povo indígena ultrapassa os anseios individuais de seus integrantes. Por isso, as lutas indígenas eram tão incompreensíveis para o direito moderno.

²⁴⁸ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 94.

²⁴⁹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais*, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 74.

²⁵⁰ COSTA TOURINHO Neto, Fernando da. Os povos indígenas e as sociedades nacionais: conflito de normas e superação. In: LIMA, André. (org) *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 212.

²⁵¹ GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena: à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, p. 114. citado por COSTA TOURINHO Neto, Fernando da. Os povos indígenas e as sociedades nacionais: conflito de normas e superação. In: LIMA, André. (org) *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 212.

Essa especial relação do indígena com sua comunidade impediu, inclusive, que ele se adaptasse à sociedade ocidental. O sujeito indígena é um “sujeito diferenciado”:

“O sujeito indígena diferenciado constitui-se, portanto, em dois aspectos fundamentais: em primeiro lugar a pessoa em relação, contextualizada em sua cultura, inseparável do contexto social em que foi construída e que, por suas características, vinculação e dependência social, diferencia-se do indivíduo moderno; em segundo, o sujeito coletivo maior, a sociedade na qual a pessoa é parte indissociável, na qual concreta os ideais de vida comunitária tendo em vista a sobrevivência física e cultural, ambas relacionadas.”²⁵²

O “sujeito indígena diferenciado, coletivo e contextualizado, prevalece, nessa nova ordem jurídica, ao sujeito abstratamente homogêneo, individual e descontextualizado da velha ordem jurídica.”²⁵³

4.2.1

Direitos coletivos indígenas

Conforme foi destacado, os Estados nacionais, dentro de sua concepção individualista, esqueceram-se dos “povos”, dos “grupos”, das “comunidades”, ou seja, daqueles que reivindicavam uma proteção jurídica não individual, mas coletiva. Os direitos coletivos e seus sujeitos não cabiam no sistema constitucional da modernidade. “Todos” tinham o direito de adquirir direitos perante a sociedade nacional. Porém este “todos” significava na realidade que “cada um”, “cada indivíduo” tinha a faculdade de adquirir direitos, o que se fazia ainda de acordo com as regras estatuídas pelo sistema econômico capitalista, qual seja, pela via patrimonial.

“Assim, os indígenas, bem como os pobres e não proprietários, foram marcados no Estado nacional por uma exclusão de direitos apresentada sempre como o direito de adquirir a cidadania.”²⁵⁴

²⁵² DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999, p. 112.

²⁵³ In: LIMA, André. (org) O Direito para o Brasil socioambiental, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 127.

²⁵⁴ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios” in Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III. LIMA, Antonio Carlos de Souza. HOFFMANN, Maria Barroso. (org.), Rio de Janeiro: Contra capa livaria, 2.002, p. 49.

Até 1.988 os direitos indígenas estavam prejudicados não só porque o Estado nacional considerava os índios como realidades provisórias cujo desejo era se integrarem à comunhão nacional, mas também porque o Estado, que se declarava homogêneo e individual, não compreendia a reivindicação indígena que sempre se mostrou plural e coletiva.

“O Estado nacional, e seu direito individualista, negou a todos estes agrupamentos humanos <as sociedades tradicionais, entre elas as sociedades indígenas> qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais, cristalizados na propriedade.”²⁵⁵

Quer dizer que o Estado não compreendia as lutas indígenas porque sempre tentava reduzi-las à tutela individual. O caráter coletivo admitido era apenas aquele que representava um conjunto de direitos individuais. E, nesse aspecto, não havia como compreender e “encaixar” os direitos pleiteados pelos índios.

Com o surgimento dos direitos coletivos, a compreensão do que os índios reivindicavam e a resposta aos seus anseios começaram a se traçar dentro do compreensível.

Na Constituição da República, restou reconhecida a existência dos direitos coletivos e se avançou na proteção da questão indígena. Toda a reivindicação dos povos indígenas pressupõe compreender que não reclamam um direito individual, ou seja, de cada índio ter sua terra nos moldes da propriedade privada. A luta dos povos indígenas é para o reconhecimento dos direitos de toda a coletividade:

“As atuais organizações e movimentos reivindicatórios indígenas têm uma diferença muito grande em relação aos anteriores a 1988. É que os atuais movimentos reivindicam direitos que podem ser compreendidos pelo sistema, já que sempre propugnaram por direitos coletivos. (...) Esses sonhos entraram no Direito, passaram a fazer parte do que os juristas chamam de catálogo dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, e podem, a partir de então, ser reivindicados não mais como esperança política, mas concretização jurídica, que sem deixar as ruas ganham os átrios dos Tribunais e devem ser reconhecidos pela Administração Pública, mas que quando não o são podem ser garantidos em decisões judiciais. Isso fez com que o movimento indígena, e também o popular, ganhasse mais uma nova e importante dimensão, a jurídica.”²⁵⁶

²⁵⁵ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais*, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 77.

²⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 101.

Pode-se dizer que os direitos coletivos dos índios assumem duplo aspecto: o primeiro, se refere ao direito que é comum a toda humanidade, diz respeito ao direito à sociodiversidade, ou seja, o direito de que exista uma pluralidade de povos, tendo estreita ligação com o direito à biodiversidade: garantia de existência de uma diversidade de povos e de espécies naturais; o segundo, se refere ao direito pertencente a um povo determinado, ou seja, são titulares apenas os membros de um determinado povo. São inalienáveis, imprescritíveis e intransferíveis e dividem-se em ao menos três categorias: direitos territoriais, culturais e de organização social própria²⁵⁷.

Aos índios é reconhecida sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições como direito coletivo a ser exercido por todos, sendo-lhes garantido o direito à sociodiversidade – como direito a ser diferente -, bem como o direito à territorialidade e à preservação de sua cultura²⁵⁸.

Ainda como direito coletivo indígena previsto na Constituição da República, tem-se o direito da comunidade indígena de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais em seus territórios, na mesma linha defendida pela Convenção 169/OIT:

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de decidir suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que este afete a suas vidas, crenças, instituições e bem estar espiritual e às terras que ocupam o utilizam de alguma maneira, e de controlar, na medida do possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Ademais, esses povos deverão participar na formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (...)

3. Os governos deverão velar para que, sempre que seja possível, se efetuem estudos, em cooperação com os povos interessados, a fim de avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento previstas possam ter sobre esses povos. Os resultados destes estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão tomar medidas, em cooperação com os povos interessados, para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que habitam”.

²⁵⁷ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios” in *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. LIMA, Antonio Carlos de Souza. HOFFMANN, Maria Barroso. (org.), Rio de Janeiro: Contra capa livraria, 2.002, p. 52/53.

²⁵⁸ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “O Renascer dos Povos Indígenas...”, p. 183/184.

A Convenção 169/OIT ainda contém dispositivo que amplia o direito coletivo à consulta indígena a todas as medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. É o princípio da consulta:

“Artigo 6º

1. Ao se aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e em particular através de suas instituições representativas, cada vez que se prevejam medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas desses povos, e nos casos apropriados proporcionar os recursos necessários para este fim.

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

2. As consultas formuladas na aplicação desta Convenção deverão efetuar-se de boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com a finalidade de chegar a um acordo ou lograr o consentimento acerca das medidas propostas”.

Esse princípio da consulta permite o fortalecimento dos povos indígenas na medida em que provoca a manifestação dessa coletividade quanto ao seu destino comum.

No Brasil, a participação direta dos índios nos procedimentos demarcatórios de suas terras - conhecidos como “autodemarcação” - bem demonstrou a série de benefícios que a articulação social de um povo sobre seus direitos produz em seu sistema organizacional e reafirma sua questão étnica²⁵⁹.

No plano processual, é conferida legitimidade processual aos índios para atuarem como entes coletivos: “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”. (art. 231/232).

O que está garantido ao índio é a defesa em juízo dos direitos coletivos, isto é, daqueles que não integram o seu patrimônio individual, mas o chamado patrimônio indígena. Quer dizer, este dispositivo constitucional é uma expressa autorização para o indivíduo índio, em nome próprio, postular direito coletivo, alheio, da comunidade, sociedade ou povo a que pertença.

²⁵⁹ Sobre o assunto remete-se ao ponto “Demarcação participativa e autodemarcação: exemplos de efetividade dos direitos indígenas” do presente trabalho.

Não fica somente aí a norma, acrescenta a legitimidade para as comunidades e às organizações dos índios.²⁶⁰

Os termos do exercício desse direito processual são destacados pela Convenção 169/OIT:

“Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente ou por intermédio de seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo de tais direitos. Deverão tomar-se medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e fazer-se compreender em procedimentos legais, facilitando-lhes, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.”

Dessa forma, não é mais possível falar em pessoas indígenas como relativamente incapazes, nem como realidades transitórias no espírito do Estatuto do Índio de 1.973. “A capacidade dos índios, em consonância com os princípios constitucionais, é plena e diferenciada.”²⁶¹ Como pessoas plenamente capazes, os índios assumem sua cidadania dentro de sua coletividade.

Outro direito coletivo importante para a proteção dos índios se refere à proibição da remoção dos povos indígenas de suas terras. Esse direito encontra exceção apenas nos casos de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional (art. 231, §5º). Em qualquer das hipóteses, é garantido o retorno imediato dos índios logo que cesse o risco.

Sobre o assunto, estabelece a Convenção 169/OIT:

Artigo 16

1. Como reserva do disposto nos parágrafos seguintes a este artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam.

2. Quando excepcionalmente o traslado ou reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só deverão efetuar-se com seu consentimento, dado livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não se possa obter seu consentimento, o traslado e o reassentamento só deverá ter lugar ao fim de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, incluídas consultas públicas, quando for o caso, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

²⁶⁰ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 155.

²⁶¹ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999, p. 49.

3. Sempre que seja possível, estes povos deverão ter o direito de regressar a suas terras tradicionais, assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, por meio de procedimentos adequados, esses povos deverão receber, em todos os casos possíveis, terras cuja qualidade e estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aos das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam suprir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber uma indenização em dinheiro ou em espécie, deverá lhes ser concedida tal indenização, com as garantias apropriadas.

5. Deverão indenizar-se plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que hajam sofrido como consequência de seu deslocamento.

A Constituição da República, ao contrário do que estabelecia a Convenção 107/OIT e o Estatuto do Índio, não permite mais a remoção dos povos indígenas em nome do desenvolvimento nacional.

Portanto, este rol de direitos coletivos demonstra que “a quebra do paradigma individualista está constitucionalizada, e sua efetivação é a questão apresentada às comunidades, aos movimentos e aos grupos locais.”²⁶²

4.2.2

Direitos coletivos territoriais

A Declaração de San José resultante de uma reunião internacional da UNESCO na América Latina, em dezembro de 1.981, em San José, Costa Rica, já reconhecia a essencialidade da terra indígena para a sobrevivência dos povos indígenas:

“Para os povos indígenas a terra não é apenas um objeto de posse e de produção. Constitui a base de sua existência nos aspectos físico e espiritual, enquanto entidade autônoma. O espaço territorial é o fundamento e a razão de sua relação com o universo e a sustentação de sua cosmovisão.”²⁶³

²⁶² MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 95.

²⁶³ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 200.

Reconhecer os direitos dos índios às suas terras implica reconhecer-lhes mais que seu espaço geográfico de identificação, também a área necessária à preservação e reprodução de seu meio ambiente físico e cultural.

A terra indígena é um direito coletivo dos povos indígenas. Isto significa que não se concebe o reconhecimento das terras indígenas segundo os moldes ocidentais de apropriação. Não se trata de propriedade privada, nem apresenta suas características. O direito que recai sobre a terra indígena não é absoluto no sentido de permitir que sua utilização se desvirtue de sua função, qual seja, servir à reprodução física e cultural dos povos indígenas. Não é tampouco passível de disposição, seja porque a Constituição da República prescreve que é inalienável, indisponível e imprescritível (art. 231, § 4º), seja porque a ligação dos povos indígenas com a terra não permite que se desvinculem dela. Ho mem e terra, para os índios, constituem um todo único.

A terra indígena, por conseguinte, não deve ser tratada na condição de mercadoria apropriável individualmente por meio de um título e transmitida a partir de critérios econômicos:

“Sendo um ‘direito coletivo’, a titularidade da terra indígena não é individualizada. Assim, todos os membros de uma comunidade indígena são sujeitos do mesmo direito sobre a terra que lhes pertence histórica e constitucionalmente; todos têm disponibilidade da terra mas ao mesmo tempo ninguém pode dela dispor individualmente.”²⁶⁴

No estado pluriétnico engendrado pela Constituição da República, as terras indígenas passaram a ser garantidas não só na proteção do espaço físico, mas também no espaço metafísico de identidade, produção e reprodução de sua cultura, enquanto ambiente essencial de uma coletividade única. A Carta Política de 1.988, assim,

“Tratou exaustivamente e em caráter paradigmático do território cultural necessário ao exercício desses direitos pelas populações indígenas, emprestando-lhe significado especial, divorciado da pauta patrimonial, porquanto espaço essencial à existência de uma coletividade singular (art. 231, *caput* e § 1º). Por essa razão, o texto constitucional assegura a inviolabilidade desse território de forma quase absoluta, admitindo alguma relativização apenas na hipótese de ‘relevante interesse público da União’, a ser definido em lei complementar (art.

²⁶⁴ NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. . In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 131.

231, § 6º), exigindo-se autorização do Congresso Nacional e aquiescência da comunidade afetada (art. 231, §3º)”²⁶⁵. (grifos acrescentados)

Duas concepções de território podem ser formuladas. A primeira é o conceito de território como espaço geográfico físico de sustentabilidade de uma coletividade. A outra, é o conceito jurídico de território que o liga à definição do poder, vale dizer, de uma jurisdição. Ambos imprimem a noção de sobrevivência de um povo porque garantem tanto o sustento da carne, quanto da alma. É no território – espaço físico – que se apresenta o meio ambiente que provê os alimentos do povo e garante seu bem-estar, e é no território – jurisdição – que se garante, por intermédio de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, a manutenção da cultura singular de cada coletividade que tanto a identifica como povo como a difere de outros povos²⁶⁶.

A Constituição da República garantiu aos povos indígenas tanto a primeira concepção, quanto a segunda. A primeira, porque lhes reconheceu o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, como base para sua reprodução física; a segunda, porquanto lhes garantiu sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, ou seja, consoante o seu direito, como base para sua reprodução cultural (art. 231, *caput*, §§ 1º e 2º):

“Usos, costumes e tradições, querem dizer, na prática, direito.”(...) “É vedado, portanto, o exercício do direito brasileiro de propriedade dentro das terras indígenas, mas, ao contrario, são cogentes as normas de direito consuetudinário indígena. Dentro deste raciocínio estamos falando de território, embora sem soberania e com pouca autonomia.”²⁶⁷

O Estado brasileiro reconheceu as terras indígenas como territórios ao respeitar sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, ou seja, ao respeitar seu direito consuetudinário (CF, art. 231, *caput*); ao reconhecer o direito às terras indígenas como originário e congênito anterior ao próprio Estado (CF, art. 231, *caput*); ao reconhecer as terras indígenas como espaço para a perpetuação de sua cultura (CF, art. 231, §1º); ao determinar a posse permanente

²⁶⁵ PEREIRA, Deborah Duprat de B. O Estado Pluriétnico. In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Além da Tutela: bases para uma política indigenista III”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 44.

²⁶⁶ Cf. MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, p. 120.

²⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 123.

indígena sobre suas terras (CF, art. 231, §2º) e garantir a inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade das suas terras (CF, art. 231, § 4º).

Quanto à denominação conferida às terras indígenas destaca MARÉS:

“O nome ‘território’ nunca foi usado; ao contrário, foi intencionalmente negado. É claro que há uma não muito sutil diferença entre chamar de ‘terra’ e ‘território’: ‘terra’ é o nome jurídico que se dá à propriedade individual, seja pública ou privada; ‘território’ é o nome jurídico que se dá a um espaço jurisdicional. Assim, o território é um espaço coletivo que pertence a um povo.”²⁶⁸

Logo,

“(…) a cultura constitucional clássica não podia aceitar a introdução, nas constituições, do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas a um território e à aplicação neste território de seu Direito próprio, porque entendia que seria um Estado dentro do Estado.”²⁶⁹

Todavia, a especial maneira dos povos indígenas regerem suas relações sociais sobre o território que vivem sempre desafiou essa ocultação. Com efeito, os povos indígenas tratam suas terras como território, uma vez que:

“O território não é apenas o resultado da superposição de um conjunto de sistemas naturais e um conjunto de sistemas de coisas criadas pelo homem. O território é o chão e mais a população, isto é, uma identidade, o fato e o sentimento de pertencer àquilo que nos pertence. O território é a base do trabalho, da residência, das trocas materiais e espirituais e da vida, sobre os quais ele influi. Quando se fala em território deve-se, pois, de logo, entender que se está falando em território usado, utilizado por uma dada população.”²⁷⁰

Esta definição está traduzida, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal, nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, visto que compreendem o espaço “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”.

²⁶⁸ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 101/102.

²⁶⁹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 68.

²⁷⁰ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro:/São Paulo: Editora Record, 2000, p. 96/97.

Assim, ao tratar das terras indígenas, a Constituição da República não garantiu aos índios a terra como propriedade tipicamente civilista, mas sim território como espaço de vida de um povo que se organiza a partir de seus usos, costumes e tradições de maneira diversa da sociedade ocidental.

A Convenção 169/OIT também reconhece as terras indígenas como verdadeiros territórios:

Artigo 13 (...)

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade **habitat** das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma. (grifos acrescentados)

Portanto, nos moldes encetados pela atual Constituição pode-se falar em uma “territorialidade compartilhada”²⁷¹ no sentido de que o território brasileiro – e os demais territórios da América Latina - compreende um compartilhamento de territórios constituídos por diversos povos.

Em conseqüência, a territorialidade não é única, como preconizava o Estado moderno.

4.3

AUTONOMIA INDÍGENA

A relação dos índios com a terra nunca se enquadrou no modo como o capitalismo a encara. Desde os primeiros contatos com a terra chamada Brasil destaca-se a maneira diversa de se compreender este bem da vida.

JEAN DE LÉRY descreve essa relação especial com a terra por parte dos tupinambás ressaltando que eles dão mais importância à natureza e à fertilidade da terra do que os homens civilizados dão à providência divina.²⁷²

Em elucidativa passagem, LÉRY descreve a dificuldade dos ameríndios compreenderem a idéia de natureza como mercadoria e meio de produção destinada à acumulação proveniente da cultura europeia mercantilista da época da conquista:

²⁷¹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 101.

²⁷² LÉRY, Jean de. *Viagem à terra do Brasil*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1960, p. 154.

“Os nossos tupinambás muito se admiram dos franceses e outros estrangeiros se darem ao trabalho de ir buscar o seu *arabutan* <pau-brasil>. Uma vez um velho perguntou-me: Por que vindes vós outros, *maírs* e *perôs* (franceses e portugueses) buscar lenha de tão longe para vos aquecer? Não tendes madeira em vossa terra? Respondi que tínhamos muita mas não daquela qualidade, e que não a queimávamos, como ele o supunha, mas dela extraíamos tinta para tingir, tal qual o faziam eles com os seus cordões de algodão e suas plumas.

Retrucou o velho imediatamente: e porventura precisais de muito? – Sim, respondi-lhe, pois no nosso país existem negociantes que possuem mais panos, facas, tesouras, espelhos e outras mercadorias do que podeis imaginai e um só deles compra todo o pau-brasil com que muitos navios voltam carregados. – Ah! Retrucou o selvagem, tu me contas maravilhas, acrescentando depois de bem compreender o que eu lhe dissera: Mas esse homem tão rico de que me falas não morre? – Sim, disse eu, morre como os outros.

Mas os selvagens são grandes discursadores e costumam ir em qualquer assunto até o fim, por isso perguntou-me de novo: e quando morrem para quem fica o que deixam? – Para seus filhos se os têm, respondi; na falta destes para os irmãos ou parentes mais próximos. – Na verdade, continuou o velho, que, como vereis, não era nenhum tolo, agora vejo que vós outros *maírs* sois grandes loucos, pois atravessais o mar e sofreis grandes incômodos, como dizeis quando aqui chegais, e trabalhais tanto para amontoar riquezas para vossos filhos ou para aqueles que vos sobrevivem! Não será a terra que vos nutriu suficiente para alimentá-los também? Temos pais, mães e filhos a quem amamos; mas estamos certos de que depois da nossa morte a terra que nos nutriu também os nutrirá, por isso descansamos sem maiores cuidados.”²⁷³ (atualizado ortograficamente)

Esse diálogo retrata a diferença de cultura entre esses povos e a maneira diversa de organizar a vida em sociedade.

Entre os índios, no trato dos seus usos e costumes, o que um homem sabe fazer, todos os outros fazem; o que uma mulher faz, todas as outras fazem. Os indígenas não conseguem entender a intensa divisão de trabalho entre os brancos, separadas em diversas profissões.²⁷⁴

No relato acima destacado, os índios estranharam o fato de os brancos possuírem poucos objetos de utilização pessoal que não foram individualmente fabricados. Também não entenderam os motivos que trazem os brancos às suas terras e se dão conta de que eles são movidos ao trabalho por outro motivo que não os dos indígenas.²⁷⁵

A construção dos Estados nacionais seguiu essa mesma divergência. Os postulados da modernidade não observaram, tampouco respeitaram, a grande desarmonia entre as sociedades indígenas e a sociedade ocidental.

²⁷³ LÉRY, Jean de. *Viagem à terra do Brasil*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1960, p. 153/154.

²⁷⁴ MELATTI, Julio César. *Índios do Brasil*. Petrópolis, Vozes, 1988, p. 198.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 199.

O direito praticado, vivenciado e defendido pelos povos indígenas foi reprimido pela bandeira do Estado único, direito único, território único e povo também único.

Cada povo indígena, entretanto, manteve suas especificidades culturais e, por mais reprimido que tenha sido, manteve sua organização social e jurídica em seus territórios:

“Não há país na América Latina que possa se dizer constituído de um único povo, a diversidade cultural é imensa e cada povo mantém com maior ou menor rigor sua idiossincrasia e sua organização social e jurídica.”²⁷⁶

Ainda que cada povo indígena possua suas especificidades que lhes diferenciam de outros povos indígenas e da sociedade civilizada, alguns aspectos podem ser traçados sobre sua organização social:

As sociedades indígenas compartilham de um conjunto de traços e elementos básicos, que são comuns a todas elas e as diferenciam de sociedades de outro tipo. A lógica e o modelo societal compartilhado pelos grupos indígenas são diferentes do nosso. (...)

É o modo de viver, de organizar as relações entre as pessoas e destas com o meio em que vivem e com o sobrenatural que faz com que uma sociedade seja indígena. Sociedades indígenas são sociedades igualitárias, não estratificadas em classes sociais e sem distinções ente possuidores dos meios de produção e possuidores de força de trabalho. São sociedades que se reproduzem a partir da posse coletiva da terra e dos recursos nela existentes e da socialização do conhecimento básico indispensável à sobrevivência física e ao equilíbrio sócio-cultural dos seus membros.”²⁷⁷

Da mesma forma, em muitas sociedades indígenas as regras de poder também não se assemelham às regras das sociedades civilizadas.

Com efeito, as regras de poder estabelecidas pela sociedade civilizada compreendem a razão da violência e da coerção, enquanto vários povos indígenas a fixam consoante critérios de respeito aos detentores de maior conhecimento e aptidões pessoais. A idéia de dever de obedecer para estes índios é admitida apenas em casos excepcionais, como no caso de guerras.

²⁷⁶ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 71.

²⁷⁷ GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. *As sociedades indígenas no Brasil através de uma exposição integrada*. in: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (org.). Índios no Brasil. São Paulo: Global; Brasília: MEC, 1998, p. 18.

Ao analisar os povos indígenas da América, com exceção apenas das altas culturas indígenas do México, da América Central e dos Andes, CLASTRES destaca a relação de ausência de poder como violência e coerção entre os índios:

“Encontramo-nos então confrontados com um enorme conjunto de sociedades nas quais os detentores do que alhures se chamaria de poder são de fato destituídos de poder, onde o político se determina como campo fora de toda coerção e de toda violência, fora de toda subordinação hierárquica, onde, em uma palavra, não se dá uma relação de comando-obediência. Está aí a grande diferença do mundo indígena e o que permite falar das tribos americanas como universo homogêneo, apesar da extrema variedade de culturas que aí se movimentam.”²⁷⁸

Continua CLASTRES acentuando que isso não significa que há sociedades sem poder político. Pelo contrário, todas as sociedades têm um poder político. Porém, pode haver poder sem coerção. O estudo das sociedades indígenas ensina, inclusive, que o poder político como coerção ou comando/obediência não o único modelo de poder verdadeiro, mas apenas uma de suas facetas²⁷⁹.

A necessidade de cada povo indígena estabelecer seu modo próprio de se organizar em seu território é tão importante que qualquer desvirtuamento desse direito pode provocar um completo acultramento, conforme destacou LÉVI-STRAUSS, ao estudar o povo Bororo:

“A distribuição circular das cabanas em torno da casa-dos-homens é de tal importância, no que se refere à vida social e à prática do culto, que os missionários salesianos da região do rio das Garças logo aprenderam que o meio mais seguro de converter os Bororo consiste em fazê-los trocar sua aldeia por outra onde as casas são colocadas em fileiras paralelas. Desorientados em relação aos pontos cardeais, privados da planta que fornece um argumento a seu saber, os indígenas perdem rapidamente o sentido das tradições, como se seus sistemas social e religioso (veremos que são indissociáveis) fossem complicados demais para dispensar o esquema patenteado pela planta da aldeia e cujos contornos são perpetuamente reavivados por seus gestos cotidianos.”²⁸⁰

Assim, a proteção dos direitos indígenas e a efetivação do princípio constitucional da sociodiversidade²⁸¹ não se resumem à demarcação das terras

²⁷⁸ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*; tradução de Theo Santiago. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1978, p. 10.

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 17/18.

²⁸⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes Trópicos*. São Paulo: Cia das Letras, 1996, p. 206/207.

²⁸¹ “Esse conjunto relacional de valores diferenciados que demonstram, em cada caso, uma identidade étnica, foi reconhecido constitucionalmente, mediante a inclusão entre os bens jurídicos do patrimônio cultural brasileiro, àqueles que referenciam a identidade, a memória e as práticas sociais dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira. Assim, a base constitucional de

indígenas. É necessário que nesses territórios os povos indígenas possam viver segundo suas próprias regras societárias ou, dito nos termos da Carta Política de 1.988, consoante seus usos, costumes e tradições.

Disso surge o conceito de autonomia indígena como o direito ao governo próprio, no lugar próprio, como destaca MARÉS:

“Autonomia, na verdade, é o direito de governo próprio. O direito do governo próprio, no lugar próprio. E aqui não se trata mais de criar o Estado, de ser independente, do Estado, de não ter nenhuma ligação com o Estado, não se trata mais disso. Se trata de, internamente, na comunidade, exercer ou não exercer os direitos, de usos, costumes e tradições, que assim são chamados. Mas, que na verdade, a própria organização social tem o direito dela, quero dizer, autonomia é o poder que tem uma comunidade de gerir seu próprio destino, de fazer sua auto-gestão, de fazer suas próprias leis, suas próprias normas internas.”²⁸²

Autonomia indígena, portanto, se traduz em direito à organização social e à jurisdição indígena sobre os seus territórios, a partir do exercício da autodeterminação de seu povo. Esses conceitos são distintos, mas profundamente inter-relacionados, visto que garantir a jurisdição indígena implica compreender a organização social dos índios.

4.3.1

Identificação como povo

A construção do conceito de Estado pela modernidade colocou Estado e território como conceitos indissociavelmente ligados. O Estado moderno, como forma de Estado específica e historicamente localizada, necessita da delimitação de um território onde possa exercer seu poder central, qual seja, a jurisdição sobre uma determinada população, ou seja, um povo.

O conceito de povo, portanto,

“para a ONU e para o direito internacional, empregado nos pactos e em outros documentos oficiais, se limita à base humana de um Estado nacional, sem qualquer

Estado pluralista, que tem na etnodiversidade o desenho do mosaico social brasileiro, pode configurar-se enquanto *princípio constitucional da pluralidade de povos* – ainda que a Constituição não tenha declarado claramente. In: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. *O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999, p. 43.

²⁸² MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Conferência Regional dos Povos do Sul*, realizada em 08.05.05.

diferenciação interna. Povo, então, quer dizer a soma simples de todos os cidadãos individualmente tratados e que vivem em um território nacional determinado, jurisdicionado por um Estado.²⁸³

O Estado brasileiro, a exemplo dos Estados nacionais, foi criado sob a concepção de que cada Estado é detentor de um único povo. O Estado, nesse diapasão, é o detentor do poder e não conhece nenhuma instância de poder que diverge de seus postulados. Nesse contexto, a utilização do termo “povo” para os indígenas poderia comportar o reconhecimento de uma jurisdição diversa da estatal e comportaria o enfraquecimento da soberania do Estado.

Por isso, o constituinte utilizou os termos “índios” (arts. 20, XI; 231, caput, § 1, 2 e 232), populações indígenas (art. 129, V e 22, XIV), organizações indígenas (art. 232), comunidades indígenas (art. 210, § 2 e 232), grupos indígenas (art. 231, § 5º) evitando a expressão “povos indígenas” e “nações indígenas”. A omissão no uso das palavras, contudo, não lhes retirou este caráter.

A Convenção 169/OIT é o mais importante documento internacional sobre os povos indígenas. Aplica-se às sociedades indígenas segundo o critério da auto-identificação étnica, ou seja, índios são todos aqueles pertencentes a grupos sociais que mantêm a consciência de sua ligação histórica com sociedades pré-colombianas²⁸⁴.

Esta Convenção teve o mérito de reconhecer a contribuição dos povos indígenas para a diversidade cultural e à harmonia social e ecológica do mundo. Uma das principais contribuições no avanço do reconhecimento das especificidades das sociedades indígenas, no entanto, refere-se ao reconhecimento como “povos”, diferente de como estava previsto na Convenção 107/OIT.

Destaca o artigo 1º da Convenção 169/OIT:

1. A presente Convenção aplica-se:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos total ou parcialmente por seus próprios costumes ou tradições, ou por uma legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam no país ou em uma região geográfica à

²⁸³ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 106.

²⁸⁴ A respeito dos critérios de identificação dos povos indígenas remete-se para o item “Território: um povo, um conceito, uma luta” do presente trabalho.

qual pertencia o país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, qualquer que seja sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

Referida Convenção fala da preocupação em adotar a palavra “povo” para designar as sociedades indígenas:

“3. A utilização do termo "povos" nesta Convenção não deverá interpretar-se no sentido de que tenha implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional”.

Isso porque, no âmbito do Direito Internacional a existência de um povo remete à existência de um território, governo próprio, idioma e organização política e social.

Mas é isso justamente que os povos indígenas possuem, apesar de não admitidos pela cultura ocidental sob estes designativos. Entretanto, estas características não os constituem em Estados, como a lógica ocidental pressupõe, porque lhes faltam soberania e a intenção de se constituírem em Estados nacionais autônomos.

“Todos os povos indígenas da América quando reclamam liberdade, direito de continuar a ser índio e etc. reclamam o direito de continuar sendo índio sem perder o direito de ser cidadão do Estado, portanto, sem perder sua integração com o Estado.”²⁸⁵

O direito pretendido pelos povos indígenas é voltado para o reconhecimento e respeito às suas identidades, ao seu modo de vida da forma como sua cultura define.

Como já destacado, os povos indígenas possuem organizações sociais, econômicas e culturais próprias. Essa diversidade social só é possível a partir da proteção ao seu território, a garantia de sua sustentabilidade por meio da manutenção de seus recursos naturais e o direito a viverem conforme seus próprios usos, costumes e tradições.

Considerar os indígenas como povos não lhes outorga autonomia política frente ao seu Estado nacional. Apenas possibilita a abertura de direitos para esses

²⁸⁵ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Conferência Regional dos Povos do Sul*, realizada em 08.05.05.

povos excluídos, na medida em que lhes garante mais que direitos coletivos atualmente reconhecidos, garante-lhes o direito dos povos em todas as instâncias nacionais e internacionais. É, com efeito, um direito que garante uma proteção direcionada para o futuro.

4.3.2

Jurisdição Indígena

BEVILÁQUA²⁸⁶ desenvolveu um importante estudo sobre os institutos e costumes jurídicos indígenas dos ameríndios na época da Conquista. Referido autor inicia seu estudo destacando que os europeus não respeitaram as instituições indígenas aqui encontradas, as quais, mesmo assim, acabaram interferindo no modo como se desenvolveu o direito no Brasil, ainda que implicitamente.

O estudo foi sistematizado de acordo com a divisão geral do direito ocidental em direito internacional público, direito público interno e direito privado.

As normas de direito internacional público dos povos indígenas brasileiros, destacadas pelo autor, estabeleciam-se entre as tribos ou entre determinadas tribos e os povos europeus. O estado de guerra era normal entre os diversos povos indígenas e eram constantemente formadas alianças ofensivas e defensivas para declarações de guerra e tratados de paz. Todavia, era a hospitalidade o mais notável instituto de direito internacional público dos índios, uma vez que sua natural curiosidade e respeito com os europeus permitiam um pleno contato e acomodação dos brancos.

No plano do direito público interno, BEVILÁQUA destaca que o governo e a organização social indígena variavam conforme o povo que era identificado.

De modo geral, os povos indígenas não tinham regras muito firmes e constantes de governo e administração. O território não conhecia limites perpétuos e respeitava as características ambientais, rios e montanhas como divisores de suas fronteiras.

²⁸⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista. In MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico (org.) Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas., Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1.992, p. 77/78.

O direito aplicado pelos povos indígenas não era escrito, nem por isso, porém, deixava de ser observado. Uma especial maneira de conduzir a economia, por exemplo, era por meio de mitos:

“Um índio perseguia uma veada que era seguida do filhinho que amamentava; depois de havê-la ferido, o índio podendo agarrar o filho da veada, escondeu-se por traz de uma árvore e fê-lo gritar; atraída pelos gritos de agonia do filhinho, chegou-se a poucos passos de distância do índio e ele a flechou; ela caiu; quando o índio satisfeito foi apanhar sua presa, reconheceu que havia sido vítima de uma ilusão de *Anhangá*; a veada a quem o índio havia perseguido, não era uma veada, era a sua própria mãe, que jazia morta no chão, varada por uma flecha e toda dilacerada pelos espinhos.

(...)

Com estas e outras crenças espalhadas e facilmente impostas à ingenuidade dos silvícolas, a coletividade ia regulamentando o exercício da caça em benefício de todos. Podemos traduzir esse conto da veada em um artigo de lei, do modo seguinte: “É proibido matar animais de caça durante o período em que amamentam os filhos”²⁸⁷ (atualizado ortograficamente)

Como na lenda acima destacada, os princípios norteadores das sociedades indígenas continham, inclusive, elevados preceitos éticos e ambientais.

As relações sociais disciplinadas pelo direito privado eram bem variáveis entre os povos indígenas. Havia sociedade monogâmicas, isogâmicas, ora patriarcadas, ora matriarcadas.

Embora as culturas indígenas tenham se modificado ao longo desses cinco séculos de contato, ainda permanecem suas características culturais que os diferem como povos autóctones. A negação da propriedade privada da terra e do processo de acumulação ocidental, por exemplo, é de tempos remotos:

“Os índios sabiam domesticar alguns pássaros e mesmo quadrúpedes, mas não sabiam aproveitar o animal como auxiliar de suas indústrias, nem possuíam rebanhos de onde auferissem meios de sustento. Sua fazenda e seu celeiro era a floresta.”²⁸⁸ (atualizado ortograficamente)

As relações de família, propriedade, sucessão, casamento e crime são, numa sociedade indígena, nitidamente reconhecidas por toda a comunidade, de tal forma que se estabelece um sistema jurídico complexo, com normas e sanções. A variedade de sanções corresponde à importância da transgressão, e a legitimidade da norma e da sanção não é questionada, pois não deriva de um poder acima da

²⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 87.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 87.

comunidade, mas da própria comunidade que a estabelece no processo social e consoante com as necessidades do grupo.²⁸⁹

LAS CASAS apresentou uma série de princípios para defender a justiça dos índios. A jurisdição, para ele, é um direito natural que cada povo possui²⁹⁰ como também é direito natural de cada povo a sua liberdade²⁹¹.

Com esses dois princípios em específico, LAS CASAS defendeu o direito dos povos indígenas seguirem seu próprio direito, como também fundamentou que todos os povos, fiéis ou infiéis à religião cristã, são livres e não reconhecem fora de si nenhum outro povo superior. Por isso, a colonização europeia não detinha legitimidade para expulsar os índios de suas terras, tampouco retirar-lhes o direito de viver segundo sua organização social.

As idéias de LAS CASAS de liberdade e do direito à própria jurisdição como princípios naturais e universais podem parecer, à primeira vista, os mesmos defendidos pelo Estado liberal. No entanto, diferem na origem, LAS CASAS atribuiu estes princípios ao próprio povo, enquanto o Estado liberal o outorgou à lei do Estado:

“Aquí tal vez sea el caso de trazar un primer paralelo entre Bartolomé de Las Casas y el Estado Liberal. Las Casas creía en la libertad y el derecho natural como principios universales. El Estado liberal, también. Sin embargo, Las Casas consideraba que la libertad y el derecho natural se realizaban de acuerdo con los hábitos, costumbres y tradiciones de cada pueblo; dicho en otras palabras, cada pueblo era libre de reconocer los valores del derecho natural que los regía. El Estado liberal o constitucional pensaba diferente, la libertad de cada pueblo estaría sujeta a un conjunto de reglas de limitaciones impuestas por la ley, o sea, por el propio Estado.”^{292,}

²⁸⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Índios e Direito: o jogo duro do Estado. In: Negros e Índios no Cativo da Terra. Rio de Janeiro: FASE, Coleção “Seminários” nº 11, 1988, p. 6-17.

²⁹⁰ Segundo princípio: “O domínio de um só homem sobre os outros, enquanto leva consigo o dever de aconselhar e dirigir, o que em outras palavras é a jurisdição, pertence ao direito natural e das gentes.” LAS CASAS, Bartolomé de. “Princípios para defender a justiça dos índios”, in Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas, MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico (org.), Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1.992, p. 16.

²⁹¹ Terceiro princípio: “Todo homem, toda coisa, toda jurisdição e todo regime ou domínio, tanto das coisas como dos homens, de que tratam os dois citados princípios são, ou pelo menos se presume que são, livres, até prova em contrário.” LAS CASAS, Bartolomé de. “Princípios para defender a justiça dos índios”, in Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas, MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico (org.), Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1.992, p. 19.

²⁹² MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y los pueblos indígenas, in: “Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de America Latina”, SANCHEZ, Henrique. Bogotá: Disloque, 1996, p. 15.

Destaca LADEIRA²⁹³:

“Uma das diferenças fundamentais entre o Direito indígena e o Direito do Estado é que o primeiro tem como pressuposto proteger os interesses coletivos, ao passo que o segundo protege os interesses individuais e a propriedade privada.”

Esclarece MARÉS que:

“Daí decorre outra diferença fundamental, o Direito de cada nação indígena é “estável”, porque nascido de uma práxis de consenso social, não conhece instância de modificação formal, modifica-se na própria práxis; o Direito estatal, tendo o legislativo como instância formal de modificação, está em constante alteração.”²⁹⁴

Os povos indígenas vivem realidades diferentes da sociedade nacional circundante, apesar de estarem englobados no espaço geográfico-político do Estado brasileiro. Na teoria do Estado moderno, contudo, essa realidade deveria ser reprimida.

Destaca RANDERIA, que antes a idéia de pluralismo jurídico pertencia a uma conceitualização binária de mundo entre sociedades não-ocidentais com um sistema de pluralidades de ordenamentos jurídicos conflitantes e sobrepostos e sociedades ocidentais que não possuíam essas mesmas características²⁹⁵:

“Se a antropologia, com a sua hostilidade ou, pelo menos, indiferença, em relação ao Estado, tendia a celebrar o pluralismo jurídico, a teoria política liberal via esta heterogeneidade como um sinal de atraso ou de formação imatura do Estado. Acreditava-se que a modernização levaria ao estabelecimento do monopólio do Estado sobre a produção, aplicação e interpretação do direito, em conjunto com a idéia de cidadania abstrata, envolvendo um conjunto único de leis para todos os cidadãos.”²⁹⁶ (grifos acrescentados)

Todavia, continua a autora, com o crescente reconhecimento por parte dos sociólogos do direito de que todas as sociedades possuem sistemas jurídicos

²⁹³ LADEIRA, Maria Inês. Espaço Geográfico Guarani-Mbya: Significado, constituição e uso. Tese de doutorado apresentada sob a orientação do Prof. Dr. Ariovaldo Umbelino de Oliveira no programa de pós-graduação em Geografia Humana da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2.001, p. 101.

²⁹⁴ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil*. In: Revista de Estudos Jurídicos, vol. I, nº 1, ago/93, p. 24.

²⁹⁵ RANDERIA, Shalini. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003, p. 471.

²⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 471.

plurais, “a existência de diversas fontes de normas jurídicas e arenas institucionais deixou de ser uma forma de marcar a diferença e alcançou o *status* de universalidade.²⁹⁷”

Os Estados nacionais foram formulados dentro da concepção de um Estado único, detentor do poder de legislar e que não permite a existência de outros regimes jurídicos dentro de seu território delimitado.

A Constituição Federal de 1.988, entretanto, rompe com essa lógica e garante os direitos dos índios à observância das normas internas de sua cultura dentro de suas terras ao lhes reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231, primeira parte).

Assim, “além do reconhecimento da diversidade preceituado no Art. 231, integrado ao Art. 216 inciso II, o ponto marcante que compõe o dispositivo, está configurado na vinculação dos índios à organização social de seu povo”²⁹⁸.

E, por organização social, entenda-se

“não uma pessoa jurídica nos moldes do direito público ou privado, mas todo o complexo de representações simbólicas relacionadas à atividade social de um povo.

(...)

O complexo de unidades sociais que compõem a organização social inclui as relações políticas de poder, a religião, o direito, o território, as regras de parentesco, enfim, todo o aparato conceitual que determina as práticas sociais. Assim, ao reconhecer os índios, no plural, e suas correlativas organizações sociais, a Constituição está reconhecendo todo o conjunto de representações coletivas e práticas sociais delas decorrentes.”²⁹⁹

A Convenção 169/OIT, reconhecendo as aspirações dos povos indígenas a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida de acordo com suas identidades, línguas e religiões dentro do âmbito dos Estados onde moram, também garante a proteção às organizações indígenas:

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

²⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 471.

²⁹⁸ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003, p. 52.

²⁹⁹ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999, p. 45-46.

- a) deverão reconhecer-se e proteger-se os valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais próprios desses povos e deverá tomar-se devidamente em consideração a índole dos problemas que se os apresentam tanto coletiva como individualmente;
- b) deverá respeitar-se a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

O Estatuto do Índio também destaca:

Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Parágrafo único. Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei

Isto significa que :

“O Estado abre mão do império de sua legislação em certos trechos de seu território para que neles prevaleça o direito de comunidade estranhas à nossa civilização. É que o Estado não pode impor o direito positivo, que é fruto da manifestação da cultura da nação, a uma população inteiramente alheia a essa cultura, e que tem seu próprio direito... Na aplicação do direito comum... admite a coexistência do direito indígena, que tem prevalência sobre o direito civilizado“.³⁰⁰

E ainda:

“Ao ser assim, a Constituição abre as portas para o reconhecimento da **jurisdição indígena**, quer dizer ao reconhecimento das normas internas que regem as sociedades indígenas e os processos pelos quais se decidem os conflitos por ventura ocorrentes.”³⁰¹

O alcance das normas jurídicas de uma sociedade indígena depende da fixação de um territorial e da presença de uma coletividade especificamente determinada que viva consoante com suas próprias regras.

Quanto às normas de direito penal, o Estatuto do Índio prevê a aplicação do direito consuetudinário indígena em sua comunidade. Esse reconhecimento, todavia, é apenas fragmentário na medida em que se flexibiliza conforme os conceitos ocidentais do que se compreende como “sanção cruel ou infamante”:

³⁰⁰ SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.) “O Índio perante o Direito; ensaios”. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982, p. 65.

³⁰¹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 162.

“Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.”

Essa aplicação da pena atenuada, entretanto, apresenta tímida repercussão dos Tribunais. Bom exemplo de aplicação do direito consuetudinário indígena na seara penal é a ação criminal 92.0001334-1, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Roraima, em que o Tribunal do Júri afastou a possibilidade de aplicação de pena ao tuxaua Basílio Alves Salomão, que matara outro índio, considerando que ele já havia sido “julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena”.³⁰²

A Convenção 169/OIT veio a disciplinar a matéria. Diferente do Estatuto do Índio que condiciona a observância das normas penais indígenas a critérios subjetivos ocidentais do que se compreende como sanção “cruel ou infamante”, a Convenção 169/OIT condiciona a aplicação na medida em que seja compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos:

“Artigo 9

1. Na medida em que seja compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão respeitar-se os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos por seus membros.

2. As autoridades e os tribunais chamados a pronunciar-se sobre questões penais deverão ter em conta os costumes desses povos na matéria.

Artigo 10

1. Quando se imponham sanções penais previstas pela legislação comum a membros desses povos, deverão ter-se em conta suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Deverá dar-se preferência a tipos de sanção distintos do encarceramento”.

Outro exemplo de respeito ao direito consuetudinário indígena vem da Colômbia. A Corte Constitucional Colombiana, a par dos dispositivos da Carta Política de 1.991, especialmente no artigo 246³⁰³, tem reconhecido as

³⁰² PEREIRA, Deborah Duprat de B. O Estado Pluriétnico. In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Além da Tutela: bases para uma política indigenista III”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 47.

³⁰³ “Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley

comunidades indígenas como sujeitos de direitos e obrigações que, por meio de suas autoridades internas, exercem o poder e definem sua própria forma de governo e controle social.

Para referida Corte, o exercício da jurisdição indígena deve apresentar as seguintes características: elemento humano representado por uma coletividade étnica diferenciada; elemento orgânico traduzido na existência de autoridades tradicionais próprias dos povos indígenas; elemento normativo no qual a respectiva comunidade seja governada por um sistema jurídico próprio conformado a partir de práticas e usos tradicionais, tanto em matéria substantiva como procedimental e; elemento geográfico como a delimitação da jurisdição ao território indígena.

Essa autonomia deve seguir as seguintes regras de interpretação:

“Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”³⁰⁴.

Esta conformação da jurisdição indígena frente à jurisdição nacional em seus territórios não significa uma contradição ou morte do Estado, porque é a partir do reconhecimento da pluralidade multiétnica, multicultural e do pluralismo jurídico dentro da unidade estatal que o Estado garantirá sua manutenção.

Os diferentes povos indígenas possuem particularidades muito distantes da cultura ocidental. As relações sociais tradicionais dos índios dar-se-ão por meio da concepção da terra como bem coletivo (em oposição ao maior dos postulados do direito moderno, qual seja, a propriedade individual), não produzem excedentes comerciáveis (em oposição à cultura capitalista), suas transações não são

establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

³⁰⁴ Eduardo Cifuentes Muñoz Magistrado Ponente Carlos Gaviria Diaz Magistrado Jose Gregorio Hernandez Galindo Magistrado Martha V. Sachica de Moncaleano Secretaria General (Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994)). 1 Corte Constitucional Sentencia T-380 de 1993”. Fonte: www.ramajudicial.gov.co, acessado em 09/12/2005.

marcadas pela transferência monetária e seus conhecimentos são divididos de forma coletiva sem o pagamento de royalties. (o que na cultura das patentes é inconcebível).

“Generosidade, redistribuição e reciprocidade criam, recriam e intensificam relações nessas sociedades”³⁰⁵ indígenas. Os princípios constitucionais da solidariedade, dignidade da pessoa humana e fraternidade parecem bem adaptar-se à dinâmica social desses povos.

Portanto, reconhecer a jurisdição indígena em seus territórios não implica violar a soberania do Estado, uma vez que não provoca uma superposição de jurisdições, nem tampouco a criação de um Estado independente do Estado brasileiro, mesmo porque esta não é uma reivindicação dos índios brasileiros³⁰⁶.

“Esta jurisdição indígena é diferente do exercício da jurisdição integral que significaria o fim da soberania estatal sobre o território dado e, em outras palavras, a de recriação de um novo Estado.”³⁰⁷

Trata-se, isto sim, de se abandonar a idéia do Estado moderno único e singular para criar o Estado contemporâneo baseado na “jusdiversidade”³⁰⁸.

Logo, “trata-se, pois, de admitir que haja para um território organizado em Estado, um pluralismo de sistemas jurídicos, válidos, com critérios temporais e espaciais consensuais de aplicação”.³⁰⁹

³⁰⁵ GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. *As sociedades indígenas no Brasil através de uma exposição integrada*. in: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (org.). *Índios no Brasil*. São Paulo: Global; Brasília: MEC, 1998, p. 18.

³⁰⁶ MARÉS acentua: “(...) se um povo indígena criasse um novo Estado, o conceito de Estado continuaria o mesmo, só que em número maior e com territórios menores, Esta proposta não tem nenhum sentido porque não é, nem nunca foi, reivindicação dos povos indígenas americanos criar em algumas centenas de pequenos e novos Estados, mas rever alguns conceitos que possibilitem a sua jurisdição concomitantemente com o império do Estado, criando uma jurisdição plural.” In: MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 193.

³⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 193.

³⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 193.

³⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 193.

4.3.3

Autodeterminação

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotados pela Assembleia Geral da ONU em 1.966 têm a mesma redação quanto ao reconhecimento do direito à autodeterminação:

“Parte I. Artigo 1º. 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.”

O direito à autodeterminação é assunto delicado no âmbito internacional. Refere-se ao direito de um povo dominado por alguma potência estrangeira de declarar sua independência política. Este direito é exercido apenas uma vez e se traduz na formação de um Estado.

Sob a cultura de que não pode haver nem território, nem povo, sem Estado, o direito à autodeterminação dos povos passou a ser o direito a constituir-se em Estado.

(...)

Portanto, pode-se dizer que a autodeterminação é um direito dos povos se constituírem em Estados, até que efetivamente se constituam, ou até que a comunidade internacional considere que há uma legítima Constituição.³¹⁰

Significa, em outras palavras, que o direito à autodeterminação não pode ser invocado contra os Estados soberanos e independentes que cumprem as normas e princípios fixados pela ONU e não podem servir de pretexto para a secessão nem tampouco para pôr em perigo a integridade territorial dos Estados³¹¹.

Como acentua MARÉS, isso não significa que os povos indígenas não tenham direito à autodeterminação visto que:

“Todo povo tem direito à autodeterminação e em tendo o direito, podem querer ou não ser um Estado independente. Disso se trata a autodeterminação. Então, os povos indígenas da América exercem o seu direito de autodeterminação, dizendo que querem continuar sendo integrados à um Estado nacional”³¹².

³¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 77/78.

³¹¹ STAVENHAGEN, Rodolfo. *El marco internacional del derecho indígena. In Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para Las Naciones Unidas, 1997, p. 57.

³¹² MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Conferência Regional dos Povos do Sul*, realizada em 08.05.05.

A questão do reconhecimento das terras indígenas foi o eixo central da luta indígena frente ao Estado nacional. A tônica atual, no entanto, muda um pouco o enfoque. Se antes a questão principal era o território indígena, hoje passou a ser a autogestão indígena a discussão para o século XXI:

Devemos aceitar que o atendimento das reivindicações indígenas será um início, e não um final.

Essas reivindicações, fundadas em direitos aborígenes ou em tratados, começam com a terra; mas não terminam aí. Elas abrangem os recursos renováveis e não-renováveis, educação, saúde e serviços sociais, ordem pública e, acima de tudo, a forma e a composição futuras das instituições políticas. As propostas que estão sendo feitas pelos índios são, em maioria, de longo alcance. Elas não devem, todavia, ser vistas como uma ameaça às instituições existentes, mas como uma oportunidade para afirmar nosso compromisso com os direitos humanos das minorias indígenas.³¹³

O reconhecimento do direito dos índios à sua própria organização social, seus usos, costumes, religiões, línguas e crenças veio abrir caminho para se falar em uma nova postura do Estado frente à pluralidade cultural e étnica existente, bem como o respeito e necessidade de garantir a efetiva existência e prática de relações sociais em moldes diversos daquele estabelecido pelo direito do Estado.

A demarcação das terras indígenas já é uma realidade, embora ainda não completamente efetivada, porém os direitos indígenas não se resumem a ela. O direito coletivo territorial, o reconhecimento da plurinacionalidade indígena do Estado brasileiro, o respeito à organização social e jurisdição indígena e o direito desse povo se reger de acordo com sua autodeterminação demonstram que a próxima reivindicação indígena já tem nome: é a luta pela gestão de seus territórios.³¹⁴

³¹³ BERGER, Thomas. Native Rights and Self Determination, Alaska Inuit Review Commission. Seminário "The Voice of Native People", realizado em Londres, em setembro de 1983. (Tradução de Julio Gaiger) citado por MENDES, Gilmar Ferreira. O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu. Brasília: Ministério Público Federal, 1988, p. 64.

³¹⁴ Cf. RICARDO, Carlos Alberto (org). Povos Indígenas no Brasil 1996/2000. São Paulo: ISA, 2000, p. 194.

4.4

TERRAS INDIGENAS E PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Toda sociedade mantém-se a partir de formas que obedecem a um regramento sociopolítico das pessoas que a compõe. Essas relações sociais definem também o uso do espaço e dos recursos naturais nele existentes, definindo os seus modos próprios de apropriação da natureza.

Um espaço transformado pelo homem, e herdado pelos seus descendentes, determina a continuação do uso do lugar segundo as mesmas formas de apropriação e consideração do espaço, abrindo uma dimensão geográfica na interpretação da história humana.

A história da humanidade, assim, pode se revelar a partir da transformação antropomórfica do espaço que a sociedade ocupa. As relações se firmam não só entre os homens, mas também entre estes e a natureza circundante e definem, inclusive, o modo de exploração dos recursos naturais conforme a filosofia dominante na sociedade.

“Enfim, o desenvolvimento histórico se faz sobre e com o espaço terrestre, e, nesse sentido, toda formação social é também territorial, pois necessariamente se espacializa.”³¹⁵

No Brasil, a filosofia imposta desde a colonização foi a ética da apropriação cumulativa da natureza iniciada com o mercantilismo e sedimentada com o advento do capitalismo.

A terra foi transformada meio de produção, mercadoria. Seu cultivo não mais objetivava a subsistência de quem planta e seus frutos deveriam refletir bens econômicos. A monocultura, os latifúndios e o trabalho assalariado formaram a base desse sistema.

A situação colonial é o fato histórico, pois, que “instaura uma nova relação da sociedade com o território, deflagrando transformações em múltiplos níveis de sua existência sociocultural”³¹⁶.

³¹⁵ MORAES, Antonio Carlos Robert. *Território e História no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2002, p. 60.

³¹⁶ PACHECO DE OLIVEIRA, João. *Uma etnologia dos índios misturados? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais*. In: MANA – 4(1): 54/55, Rio de Janeiro, 1998.

O modo de produção encetado com a colonização levou ao tratamento da natureza como se fosse composta de unidades não integradas e explorada das mais diversas formas, revelando atitudes antiecológicas³¹⁷.

A natureza, vista como meio de produção para a acumulação mercantil, subverteu a lógica da segurança alimentar ao retirar do produtor a garantia de obter o sustento diretamente do seu trabalho:

“Vê-se que a questão de fundo posta pela domesticação das espécies (agricultura, pecuária e todo o conhecimento inscrito na caça, coleta e pesca) – a *segurança alimentar* – é deslocada pela lógica mercantil. A monocultura de alimentos (e outras), é, em si mesma, a negação de todo um legado histórico da humanidade em busca da garantia da segurança alimentar, na medida em que, por definição, a monocultura não visa a alimentar quem produz e, sim, à mercantilização do produto.”³¹⁸

A agricultura baseada na mobilidade, caráter predatório e crescimento em extensão trouxe inúmeros prejuízos à terra posto que esgotou sua capacidade fértil sem permitir sua regeneração, bem como restringiu a diversidade biológica e cultural porque não permitiu outras formas de cultivo consoante os conhecimentos de populações tradicionais, por exemplo.

Desde os tempos da colonização européia, os territórios latino-americanos foram considerados apenas como fontes inesgotáveis de minérios, pedras preciosas, madeiras e especiarias³¹⁹. A relação ser humano-ambiente foi marcada pela exploração da natureza e fonte de enriquecimento econômico. A natureza foi considerada meio de produção de riqueza que se expressava em acumulação monetária. Vê-se, portanto, o primeiro conflito entre economia e meio ambiente.

O conceito de propriedade seguiu da mesma maneira:

A propriedade privada se torna, assim, um pressuposto jurídico e político para a economia mercantil capitalista moderna, na medida em que a propriedade privada – o nome já o diz – priva quem não é proprietário e, assim, constitui a escassez como base da economia (mercantil capitalista). Privar homens e mulheres da riqueza – a

³¹⁷ CAPRA, Fritjof. “O ponto de mutação”, p. 38.

³¹⁸ PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. O desafio ambiental. In SADER, Emir (org.) Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004, p. 90.

³¹⁹ BARRERO NAVIA, José Maria. Los derechos ambientales: una vision del sur. Cali, Colômbia: FIPMA, 1994. Capitulo “Derecho ambiental en America Latina”, p. 94.

começar pela própria natureza, com a propriedade privada da terra – é condição para que se instaure o reino da economia mercantil.³²⁰

A propriedade privada firmou-se como o instituto central dos territórios dos Estados nacionais.

Os povos indígenas, por sua vez, não conceberam o trabalho sobre a terra nos mesmos moldes ocidentais: “O sistema <na modernidade> pensou que a assimilação <dos índios> seria possível por meio do trabalho, mas nunca pôde entender que a idéia do trabalho gerador da propriedade não tem relação com as culturas indígenas.”³²¹

Estudos ambientais sobre as terras ocupadas pelos indígenas revelam que, de modo geral, os povos indígenas promovem uma positiva intervenção no ambiente que os circundam. A intervenção desses povos é benéfica ao meio ambiente visto ser firmada na convicção de que a natureza e o ser humano devem viver em total inter-relação. Assim, para diversos povos indígenas, homem e natureza são conseqüência direta um do outro.

É interessante notar que o meio ambiente de determinada região é condicionante, inclusive, da própria sociedade, uma vez que “a cultura não existe isolada do mundo natural, flutuando no espaço indefinido. Ao contrário, é resultado da história e da geografia. A cultura esquimó não seria desenvolvida nos trópicos, nem os carajás ornamentariam seus corpos nus nas regiões glaciares. O processo de ocupação territorial brasileira é exemplo claro de que a cultura e o ambiente são elementos indissociáveis”³²².

Por conseguinte, “o território não é um dado neutro nem um ator passivo”. Com efeito, “o espaço geográfico não apenas revela o transcurso da história como indica a seus atores o modo de nela intervir de maneira consciente”³²³.

Vale dizer, tão essencial para o meio ambiente natural, artificial e cultural é a permissão para que os homens continuem nele intervindo, ou seja, estes ambientes necessitam, para sua própria manutenção, da intervenção humana.

³²⁰ PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. O desafio ambiental. In SADER, Emir (org.) Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004, p. 57.

³²¹ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. *Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais*, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 74.

³²² MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “Bens Culturais e sua Proteção Jurídica”, p. 9.

³²³ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro:/São Paulo: Editora Record, 2000, p. 80.

“A preservação cultural, porém, não pode ser global, no sentido de que toda intervenção cultural do homem na natureza ou toda manifestação cultural deva ser preservada, porque isto implicaria em não admitir qualquer possibilidade de mudança, processo ou desenvolvimento. Assim como preservar intocável o meio-ambiente natural seria matar a vida, se fossem preservadas intactas todas as intervenções humanas na natureza não haveria possibilidade de evolução ou desenvolvimento social.”³²⁴

E ainda, demonstrando que a intervenção indígena foi não só benéfica, mas também determinante para a riqueza da biodiversidade amazônica, destaca LADEIRA³²⁵ :

“De acordo com Descola, porém, a idéia de uma floresta amazônica intocada foi contestada pelos estudos de ecologia e de etnoecologia, desenvolvidas nos últimos trinta anos, que demonstraram, ao mesmo tempo, tanto a fragilidade dos ecossistemas amazônicos quanto a diversidade e extensão dos saberes e técnicas indígenas de uso e adaptação do ambiente. (...) Tal ação pode ser observada na ‘abundância dos solos antropogênicos e sua associação com florestas de palmeiras ou de árvores frutíferas silvestres que sugerem que a distribuição dos tipos de florestas e de vegetação na região resulta, em parte, de vários milênios de ocupação por populações cuja presença recorrente nos mesmos sítios transformou profundamente a paisagem vegetal’. Ainda segundo o autor, as conseqüências desta antropização são significativas, ‘sobretudo no que diz respeito à taxa de biodiversidade, mais elevada nas porções de florestas antropogênicas do que nas porções de florestas não modificadas pelo homem’.”

No seminário “Avaliação e Identificação de Ações Prioritárias para Conservação, Utilização Sustentável e Repartição dos Benefícios da Biodiversidade na Amazônia Legal, realizado em setembro de 1.999, sob a coordenação do Instituto Socioambiental, em Macapá-AP, revelou-se que cerca de 70% das terras identificadas como prioritárias para a conservação da biodiversidade na Amazônia Legal brasileira são áreas historicamente ocupadas por populações tradicionais, a maioria delas por populações indígenas³²⁶.

Outro exemplo é o caso da grande diversidade das variedades de mandioca na região do Alto Rio Negro. Com efeito, a mandioca é o principal cultivo e base

³²⁴ MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. “Bens Culturais e sua Proteção Jurídica”, p. 20.

³²⁵ LADEIRA, Maria Inês. *Espaço Geográfico Guarani-Mbya: Significado, constituição e uso*. Tese de doutorado apresentada sob a orientação do Prof. Dr. Arioaldo Umbelino de Oliveira no programa de pós-graduação em Geografia Humana da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2.001, p. 44.

³²⁶ LIMA, André. *Direitos Socioambientais, políticas públicas e desenvolvimento territorial*. In: LIMA, André. (org) *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 327.

da alimentação na Amazônia e a intensa diversidade de variedades da mandioca é decorrente da agrobiodiversidade³²⁷ desenvolvida pelos povos indígenas e demais populações tradicionais da região.

“Os resultados de uma pesquisa recente (IRD/ISA-CNPq: “Manejo dos Recursos Biológicos na Amazônia: a Diversidade Varietal da Mandioca e sua Integração nos Sistemas de Proteção”, 1998/2000), apontam a região do Alto Rio Negro como um pólo de alta agrobiodiversidade. Foram registradas 89, 74 e 60 variedades, respectivamente, junto a 12 agricultores indígenas Tukano ou Desana, seis Baniwa e nove Baré. Em cada uma das roças, o número de variedades de mandioca levantadas foi de 15 a mais de 25. Nas outras regiões pesquisadas na Amazônia brasileira, embora a diversidade se mantenha alta como um todo (com 41 variedades na região de Altamira ou 16 no Alto Juruá), se reduz singularmente a nível individual, com menos de quatro variedades cultivadas por agricultor.”³²⁸

Essa lógica de manejo é oposta à agricultura moderna que privilegia a homogeneidade e a produtividade do cultivo.³²⁹

A situação no Parque Indígena do Xingu – PIX³³⁰ revela que a preservação ambiental está mantida apenas nas terras reconhecidamente indígenas. O equilíbrio ambiental dessas terras indígenas, contudo, está ameaçado por uma série de fatores que compreendem desde o desmatamento do entorno³³¹ que impossibilita o fluxo de proteína animal para o interior do Parque destinada à caça e pesca indígena, como também restringe a reprodução de determinados recursos naturais:

³²⁷ Agrobiodiversidade é uma modalidade de sistema agrícola que preconiza a integração entre diversas culturas e a diversidade de espécies, em bases ecológicas. A diversificação do número de espécies nativas e cultivadas contribui com a intensificação da biodiversidade da região, garante a conservação do meio ambiente, possibilita a melhoria da renda familiar e o preparo dos agricultores para as instabilidades do mercado, ao contrário da monocultura.

³²⁸ EMPERAIRE, Laure. *Roças indígenas no Rio Negro são foco de alta agrobiodiversidade*. In: RICARDO, Carlos Alberto (org). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*. São Paulo: ISA, 2000, p. 261.

³²⁹ *Idem, ibidem*, p. 261.

³³⁰ O Parque Indígena do Xingu (PIX) foi criado em 1.961 por ato do governo federal. Localiza-se ao norte do estado do Mato Grosso, em uma área de 2,8 milhões de hectares e um perímetro de 920 km. Localizado em uma área de transição ecológica, formada por florestas tropicais ao norte e cerrado ao sul, a região apresenta grande complexidade no que diz respeito à situação ecológica, social e cultural. No PIX vivem quatorze povos indígenas – Kuikuro, Kalapalo, Matipu, Nahukuá, Mehinaku, Waurá, Aweti, Kamaiurá, Trumai, Yawalapiti, Suiá, Kaiabi, Ikpeng e Yudjá – com grande diversidade cultural entre si. Apresenta uma população de cerca de 4.700 pessoas. Fonte: ISA.

³³¹ “Considera-se “entorno do PIX” a região do estado de Mato Grosso que se estende ao redor dos principais formadores do rio Xingu, desde as suas cabeceiras. No interior dessa região é preciso notar a existência de processos de ocupação com características diversas. Correndo paralelas ao rio Xingu, duas grandes rotas rodoviárias funcionam como eixos de ocupação: a oeste do PIX, a Cuiabá-Santarém (BR-163); a leste, a BR-158.” O uso das terras no entorno do PIX compreendem, basicamente, a pecuária e agricultura principalmente de soja, bem como a extração de madeira. RICARDO, Carlos Alberto (editor). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*, p. 634.

“A palha de inajá, por exemplo, usada na construção das habitações indígenas, já é rara em algumas aldeias. Nas condições atuais, o manejo tradicional de quelônios dificulta a reprodução desses animais. O uso descontrolado do fogo também exaure recursos naturais. O mesmo vale para o comércio exterior de artesanatos, que estimula o uso de determinadas espécies numa escala maior do que quando a produção de objetos da cultura material voltava-se, exclusivamente, para o uso e trocas internos”³³².

A presença de povos indígenas em suas terras é compatível com a conservação dos recursos naturais, na maioria dos casos. Meio ambiente equilibrado e terras indígenas são, portanto, conceitos interligados.

As terras indígenas na Amazônia brasileira, por exemplo, constituem o:

“maior acervo de floresta tropical no mundo sob alguma forma de proteção formal, totalizando mais de 1 milhão de km² ou 100.883.079 ha, o que representa 20% do total da Amazônia no país. Desse total, 80,9% estão efetivamente reconhecidas e outros 12,9% estão em processo final de reconhecimento. Essas terras somam uma área cinco vezes maior do que a superfície de todas as Unidades de Conservação federais e estaduais de uso indireto (que não permite presença humana) existentes na Amazônia brasileira.”³³³

O Decreto nº. 1.141, de 5 de maio de 1994, dispõe sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas para as comunidades indígenas.

A proteção dos povos indígenas, nos termos definidos pelo referido Decreto, contará com as atividades de uma Comissão Intersetorial com competência para definir, para cada exercício, os objetivos gerais que nortearão os programas e projetos a serem executados; analisar e aprovar os programas e projetos propostos por órgãos governamentais e não-governamentais, examinando os seus aspectos de adequação às diretrizes da política indigenista e de integração com as demais ações setoriais e; estabelecer prioridade para otimizar o uso dos recursos financeiros, materiais e humanos existentes. (art. 5º)

A referida Comissão Intersetorial será composta por representantes de diversos Ministérios, da FUNAI, da Fundação Nacional da Saúde - FUNASA e dois representantes da sociedade civil, vinculados a entidades de defesa dos interesses das comunidades indígenas.

³³² RICARDO, Carlos Alberto (editor). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*, p. 636.

³³³ RICARDO, Carlos Alberto (org). *Povos Indígenas no Brasil 1996/2000*. São Paulo: ISA, 2000, p. 194.

Art. 9º As ações voltadas à proteção ambiental das terras indígenas e seu entorno destinam-se a garantir a manutenção do equilíbrio necessário à sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas, contemplando:

I - diagnóstico ambiental, para conhecimento da situação, como base para as intervenções necessárias;

II - acompanhamento e controle da recuperação das áreas que tenham sofrido processo de degradação de seus recursos naturais;

III - controle ambiental das atividades potencial ou efetivamente modificadoras do meio ambiente, mesmo aquelas desenvolvidas fora dos limites das terras indígenas que afetam;

IV - educação ambiental, dirigida às comunidades indígenas e à sociedade envolvente, visando à participação na proteção do meio ambiente nas terras indígenas e seu entorno;

V - identificação e difusão de tecnologias indígenas e não-indígenas, consideradas apropriadas do ponto de vista ambiental e antropológico.

A Convenção 169/OIT estabelece o dever de se respeitar os valores culturais e espirituais dos povos indígenas sobre suas terras, especialmente no que se refere ao seu especial modo de utilizá-la:

“Artigo 13

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

A crise ecológica destacada nos últimos tempos impõe uma volta ao vínculo antigo da relação homem e natureza. Muitos povos indígenas cultivam um valor que o progresso descartou. Na cultura da modernidade o homem se encontra fora do meio e o concebe apenas como fonte de recursos à sua disposição. Para diversas culturas indígenas, há uma implicação do homem-meio, um comprometimento com a terra que põe o homem como pertencente a ela. A crise ecológica demonstra que o compromisso com a terra é a única possibilidade de futuro³³⁴.

³³⁴ SANTOS, Laymert Garcia dos. *Amigos dos índios: os trabalhos da Comissão Índios no Brasil*. in: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (org.). *Índios no Brasil*. São Paulo: Global; Brasília: MEC, 1998, p. 29.

4.5

GLOBALIZAÇÃO E QUESTÃO ÉTNICA

O Brasil conhece apenas sua história recente e tem data. Inicia-se em 22 de abril de 1.500 com a sua colonização pelos europeus.

De um lado, a história do processo civilizatório relata uma completa substituição do continente americano. O território passou a ser povoado por brancos, negros e índios.

O modo como se estabeleceram as relações entre os homens e a natureza também se diferenciou daquele antes existente. O mercantilismo, e posteriormente o capitalismo, mudou a relação com o meio ambiente.

Uns homens passaram a se sobrepôr a outros homens ao tempo em que a natureza também foi considerada objeto de apropriação e deixou de ser considerada parte do homem, integrante da própria razão de sua existência e passou a ser algo inferior, que se submete ao homem e, logo, meio de produção de riqueza. A monocultura baseada nos latifúndios iniciou este processo e retirou os povos indígenas de suas terras.

A cultura “civilizada” passou a proclamar princípios éticos e filosóficos que não mais comportavam as relações sociais existentes nas comunidades indígenas brasileiras e assim frutos, plantas e animais foram explorados, extintos e substituídos.

A constituição dos Estados nacionais omitiu a realidade plural e postulou a homogeneidade e unicidade de nação, território, poder e direito. O Estado foi construído para proteger a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade de um direito individual. O indivíduo, como sujeito de direito, assumiu o caráter de generalização abstrata desvinculada do seu contexto.

O progresso definido pela sociedade ocidental estabeleceu a idéia do desenvolvimento. Falou-se em desenvolvimento econômico e social, o qual, no entanto, se operou da forma como etimologicamente aponta: apresentou-se como um des-envolver, tirar do envolvimento os homens entre si e com a natureza³³⁵.

³³⁵ PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. O desafio ambiental. In SADER, Emir (org.) Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004, p. 39.

A globalização hegemônica assume agora os mesmos termos. Construída pelos Estados nacionais desenvolvidos, esta globalização serve aos interesses do capital “fundado na economização e na monetarização da vida social e da vida pessoal”³³⁶ por meio de um discurso de unidade e homogeneização, tal qual o fez o Estado na modernidade.

O imperativo da homogeneização cultural resgata os pressupostos da pessoa enquanto generalização abstrata, construída a partir de um modelo ideal da burguesia capitalista, cujo processo atua diretamente na língua, estética, paladar e olfato, música, valores, ética, nas concepções de tempo e espaço, enfim, nos modos de ver e sentir o cotidiano.

(...)

A homogeneização cultural enquanto projeto de igualação do mundo tem como consequência a supressão das diferenças étnico-culturais.”³³⁷

Para a globalização, a homogeneidade postulada não se resume à esfera do Estado nacional (povo único), e adquire a esfera mundial. Como se vê, a abstração apenas toma outro fundamento:

“Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Há uma busca de uniformidade, ao serviço dos atores hegemônicos, mas o mundo se torna menos unido, tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal.”³³⁸

A globalização “é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista”³³⁹, baseia-se na exploração dos países subdesenvolvidos sob o discurso da unidade e, por ironia, se intitula “aldeia global”.

De outro lado, os índios que se encontravam na América desde a colonização travaram outra história a partir de 22 de abril de 1500.

A quantidade de índios brasileiros diminuiu, mas os que resistiram ao processo civilizatório realizado em seus territórios desenharam uma história que não se silenciou, ainda que intensamente amordaçada.

³³⁶ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro:/São Paulo: Editora Record, 2000, p. 18.

³³⁷ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999, p. 56.

³³⁸ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro:/São Paulo: Editora Record, 2000, p. 19.

³³⁹ *Idem, ibidem*, p. 23.

Ao longo dos cinco séculos, os índios mantiveram sua concepção de vida diferente da desenvolvida pela história ocidental. As relações entre os homens conservaram-se solidárias e fraternas no sentido de que continuaram a conceber a terra como um bem coletivo não passível de ser apropriada individualmente.

Uma vez considerada a terra como de toda a coletividade, seus frutos também puderam ser divididos. O conhecimento também. O que um índio sabia – e sabe – fazer é passado para outros índios. O forte compartimento de conhecimento dos povos civilizados não é compatível com o modo de vida dos índios. Cada índio sabe construir sua casa, sua canoa, buscar seus alimentos e satisfazer de todos os modos suas necessidades vitais.

A natureza, justamente por não servir a uma acumulação individual e excludente, em muitas culturas indígenas permanece rica em biodiversidade e não ameaça a própria sobrevivência do povo que com ela interage e dela vive.

Assim, pode-se ver que o processo de globalização iniciado com o descobrimento da América em 1.492 promoveu uma bifurcação na história. A realidade assumiu duas faces e o Estado da modernidade não as reconheceu.

Todavia, as estruturas do Estado da modernidade estão sendo questionadas e não mais respondem às necessidades do multiculturalismo e da pluriétnicidade. Os povos indígenas são importante realidade que questiona todo o sistema e se apresenta como um contraponto à globalização econômica que prega a superação das diferenças, em uma outra forma de se defender a homogeneidade pregada pelo Estado moderno.

Entretanto, a visibilidade dos povos indígenas – que é fenômeno não só reconhecido no Brasil, mas também nas Constituições da América Latina – assume postura de uma globalização contra-hegemônica fundamentada na questão étnica.

Isso porque justamente quando a globalização hegemônica voltada a interesses econômicos propugna a homogeneização das culturas do mundo como se o mundo fosse único (embora não unido³⁴⁰), as particularidades dos povos indígenas – direcionadas para o reconhecimento de sua diversidade cultural, social, política e econômica; para o respeito a estas formas de convívio social e

³⁴⁰ “... o mercado globalizado procura instalar a sua vocação de expansão, mediante processos que levam à busca da unificação e não propriamente à busca da união.” In: SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2000, p. 84.

sob a bandeira de que sua afirmação como povo se faz justamente na diferença com a cultura ocidental -, se apresentam em sentido oposto, demonstrando a permanência da heterogeneidade.

O multiculturalismo é uma realidade mundial presente na co-existência de várias culturas sob um único Estado-nação que se inter-relacionam tanto no âmbito do território nacional quanto no âmbito internacional. Por isso, falar-se da questão étnica como um contraponto da globalização hegemônica.

“A relevância do tema, neste início de século, torna-se grandiosa, em razão da superação de velhos e absolutos paradigmas sobre o conhecimento científico, a pessoa, a política, a cultura, a identidade, a nação, o Estado, o direito, e o ressurgimento da questão étnica como ingrediente conflituoso, porque invisibilizada ao longo da história e da racionalidade “oficiais” – que privilegiaram a idéia de sociedades homogêneas, base dos Estados nacionais. Tais pressupostos apontam para a multiculturalidade como modelo teórico, jurídico e político mais “adequado” para os Estados atuais, em razão, dentre outros motivos, da composição plural das sociedades e dos fluxos migratórios.”³⁴¹

Dessa forma, o território assumiu uma categoria central da contemporaneidade porque comporta, na sua materialidade, a tensão entre diferentes modos de apropriação do espaço.³⁴²

Apesar de a globalização econômica falar de uma humanidade desterritorializada, o resgate da visibilidade dos índios acentua a vinculatividade das pessoas a territórios delimitados e fixados. Com efeito, na globalização

“Fala-se, também, de uma humanidade desterritorializada, uma de suas características sendo o desfalecimento das fronteiras como imperativo da globalização, e a essa idéia dever-se-ia uma outra: a da existência, já agora, de uma cidadania universal. De fato, as fronteiras mudaram de significação, mas nunca estiveram tão vivas, na medida em que o próprio exercício das atividades globalizadas não prescinde de uma ação governamental capaz de torná-las efetivas dentro de um território. A humanidade desterritorializada é apenas um mito. Por outro lado, o exercício da cidadania, mesmo se avança a noção de moralidade internacional, é, ainda, um fato que depende da presença e da ação dos Estados nacionais.”³⁴³

³⁴¹ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003, p. 2/3.

³⁴² PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. O desafio ambiental. In SADER, Emir (org.) Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004, p. 63.

³⁴³ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro:/São Paulo: Editora Record, 2000, p. 42.

O Estado brasileiro reconhece a existência de povos autóctones, com direitos territoriais originários, relativamente aos quais assumiu o dever de proteção³⁴⁴.

Conquanto a globalização pregue um mundo sem fronteiras, os índios e seus territórios movem-se no sentido de sua reafirmação. Portanto, o índio local assume o contraponto do Estado global:

“A territorialização *stricto sensu*, isto é, o estabelecimento de um vínculo legal relacionando diretamente um grupo social e dado território, implica e acarreta por sua vez um amplo conjunto de transformações não só exteriores (nas relações com vizinhos, Estado, outros povos indígenas etc.), mas igualmente nas práticas de subsistência, na dieta alimentar, na utilização do meio ambiente, nos mecanismos de socialização, na identificação e no tratamento de doenças, na atualização de crenças mágicas e religiosas, nos processos de decisão, nos papéis de autoridade, nos padrões morais, nos mecanismos de controle social, nos contextos cerimoniais, na memória e no imaginário coletivo.”³⁴⁵

A afirmação étnica dos povos indígenas, de incontestável conteúdo contra-hegemônico, também se revela eficaz na preservação ambiental e mostra que:

“o modelo indígena não é apenas um movimento ‘anti’; é, acima de tudo, um movimento que propõe um modelo societário diferente do modelo societário ocidental e que se realiza como antiocidental pela recusa do pensamento ocidental em aceitar a diversidade e a possibilidade de coexistência de diferenças. E nisto o poder das mobilizações indígenas ‘revela-se incomodativo pelo caráter democratista’.”³⁴⁶

Ao tempo em que se permite falar em Estados multiculturais, a expansão da globalização econômica reinventa o colonialismo e a busca do fim das diferenças culturais ao reformular o conceito de homogeneidade. Os povos indígenas, e suas reivindicações, no entanto, reacendem a importância das localidades, da diferença cultural e dos modos de vida diferenciados.

³⁴⁴ BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001., p. 89.

³⁴⁵ PACHECO DE OLIVEIRA Filho, João e IGLESIAS, Marcelo Piedrafita. *As demarcações participativas e o fortalecimento das organizações indígenas*. . In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). “Além da Tutela: bases para uma política indigenista III”. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 64-65.

³⁴⁶ NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. . In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 145-146.

5

CONCLUSÃO

O processo de ocupação e definição do território brasileiro se deu em nome de interesses econômicos em que o indivíduo – colonizador – se sobrepôs ao coletivo – os povos indígenas.

Nos interesses da sociedade européia ocidental, leis e institutos jurídicos foram utilizados para retirar os índios de suas terras e oprimir seus direitos.

Após a independência de Portugal e com a criação do Estado brasileiro sob o modelo do Estado nacional, as palavras povo, território e autonomia aliadas aos povos indígenas foram repretendidas em nome da unidade de Estado construída pela modernidade.

Assim, a definição do Estado brasileiro e de seu território se fez em detrimento de diversos povos indígenas e das suas terras.

As constituições republicanas e as leis nacionais passaram a reconhecer as terras e os direitos indígenas. Contudo, a sociedade ocidental considerava que os índios seriam logo incorporados à comunhão nacional e suas terras absorvidas pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988, entretanto, importou em uma mudança de paradigma. Aos índios foram garantidas suas terras e uma série de direitos lhes foram reconhecidos. A definição de suas terras passou a ser de acordo com as concepções dos próprios índios, compreendida não só como o espaço para sua habitação, mas também para sua reprodução física e cultural; a propriedade foi conferida ao Estado apenas para melhor proteger a diversidade cultural indígena, a posse e o usufruto das suas terras passaram a ser exercidas conforme os usos, costumes e tradições dos índios. Vale dizer, reconheceu-se, dentro das terras indígenas, o direito dos índios organizarem-se da forma como sua cultura prescreve.

Isto tudo permitiu chamar as terras indígenas de territórios indígenas.

Desse modo, a partir do reconhecimento da complexidade social e cultural dos índios, o Estado multicultural da Constituição de 1.988 permite falar em um Estado brasileiro plurinacional, detentor de um território compartilhado, com

soberania concebida sobre jurisdições plurais e direito e sujeito de direito não mais apenas individuais e sim coletivos.

O Estado moderno foi construído a partir do território geográfico. O Estado contemporâneo está sendo construído a partir de seu povo, ou melhor, de seus povos.

6

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Pedro. Incapacidade Civil Relativa à Tutela de Índio. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.) **O Índio perante o Direito; ensaios**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

ALENCAR, José Maria. e BENATTI, José Heder. Os crimes contra etnias e grupos étnicos: questões sobre o conceito de etnocídio. in **Os Direitos Indígenas e a Constituição**, SANTILLI, Juliana. (coord.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.993, p. 207-224.

ALONSO, Germán O. Vélez. La Chagra: patrimonio colectivo de las comunidades indígenas amazónicas. In: FLORÉZ, Margarita (org.) **Diversidad biológica y cultural retos y propuestas desde América Latina**. Bogotá: Grupo Ad Hoc sobre diversidad biológica: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA: Grupo de Semillas: Instituto de Gestión Ambiental – EGEA: Proyecto Implementación Convenio sobre Diversidad Biológica – WWF, 1.998.

ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos Indígenas: avanços e impasses pós-1988. In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). **Além da Tutela: bases para uma política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.

ARENAS, Luis Carlos. A luta contra a exploração do petróleo no território u'wa: estudo de caso de uma luta local que se globalizou. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003.

ATHAYDE, Simone Ferreira de; TRONCARELLI, Maria Cristina; SILVA, Geraldo Mosimann da; WÜRKER, Estela; BALESTER, Wemerson Chimello; SCHMIDT, Marcus Vinicius Chamon. Educação ambiental e conservação da biodiversidade: a experiência dos povos do Parque Indígena do Xingu. In: BESUNSAN, Nurit (org). **Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por que**. Brasília: Editora UNB: ISA, 2002.

BAPTISTA, Fernando Mathias. A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o direito ambiental. In: LIMA, André. (org) **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

BARBOSA, Carla G. Antunha. **Terra, território e recursos naturais: cultura, sociedade e política para os povos autóctones**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2.000.

BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BASTOS, Rafael M. Sobre a Noção de Tutela dos Povos e Indivíduos Indígenas pela União. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.) **O Índio perante o Direito; ensaios**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

BENATTI, José Heder. Manejo Florestal e o uso alternativo do solo na Amazônia. In: LIMA, André. (org) **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

BETANCOURT, Yuri Escalante. Panorama de la normatividad interna e instancias jurídicas entre Coras, Huicholes y Tepehuanes. In: MARTINEZ, Rosa Isabel Estrada. (coord). **Tradiciones y costumbres jurídicas en comunidades indígenas en Mexico**. Ed. Comission Nacional del Derechos Humanos, México, 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista. In MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico (org.) **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1.992.

BORRERO NAVIA, José Maria. **Los derechos ambientales: una vision del sur**. Cali, Colômbia: FIPMA, 1994.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

CAPRA, Fritjof, **O Ponto de Mutação. A ciência, a sociedade e a cultura emergente**, São Paulo: Editora Cultrix, 1.996.

CASTRO, Eduardo V. Índios, Leis e Políticas. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.) **O Índio perante o Direito; ensaios**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, vol. IV, 1959.

CLASTRES, Hélène. **Terra sem Mal: o Profetismo Tupi-Guarani**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1.978.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política**; tradução de Theo Santiago. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1978.

CLAVERO, Bartolomé. El proyecto de declaración internacional: derechos indígenas y derechos humanos. In **Derecho Indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para Las Naciones Unidas, 1997.

COSTA, Wanderley Messias da. **O Espaço como uma Categoria de Análise**. Rio de Janeiro, Conferência Regional Latinoamericana, 1982.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Silvio Coelho dos (org). **Sociedades Indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos**. Florianópolis: Ed. da UFSC, CNPq, 1985.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos Índios do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Editora brasiliense, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Argumento Antropológico e Linguagem Jurídica. In: SILVA, Orlando Sampaio, LUZ, Lúcia e HELM, Cecília Maria Vieira. (orgs.) **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil**. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 2.003.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro**. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, 1.999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 4: direito das coisas / Maria Helena Diniz. - 17ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) – São Paulo: Saraiva, 2002.

DOWBOR, Ladislau, IANNI, Octávio e RESENDE, Paulo-Edgar A. (org). **Desafios da Globalização**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

FALCÃO, Ismael Marinho. **Estatuto do Índio Comentado**. Ed. Gráfica do Senado, Brasília, 1983.

GHAÍ, Yash. Globalização, multiculturalismo e Direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003.

GIANNINI, Isabelle Vidal. Os índios e suas relações com a natureza. in: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (org.). **Índios no Brasil**. São Paulo: Global; Brasília: MEC, 1998.

GONÇALVES, Wagner. Terras de Ocupação Tradicional: aspectos práticos da perícia antropológica. In: SILVA, Orlando Sampaio, LUZ, Lúcia e HELM, Cecília Maria Vieira. (orgs.) **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. As sociedades indígenas no Brasil através de uma exposição integrada .in: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (org.). **Índios no Brasil**. São Paulo: Global; Brasília: MEC, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. MENDES, Gilmar Ferreira. (trad). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LADEIRA, Maria Inês. **Espaço Geográfico Guarani-Mbya: Significado, constituição e uso**. Tese de doutorado apresentada sob a orientação do Prof. Dr. Ariovaldo Umbelino de Oliveira no programa de pós-graduação em Geografia Humana da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2.001.

LAS CASAS, Bartolomé de. Princípios para defender a justiça dos índios, In MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico (org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1.992.

LAS CASAS, Bartolomé de. **Brevíssima Relação da Destruição das Índias**. Lisboa: Edições Antígona, 1997.

LEITÃO, Sergio. Mineração em terras indígenas: o imbróglio da regulamentação. In: RICARDO, Carlos Aberto (org.). **Povos Indígenas no Brasil 1996/2000**. São Paulo: ISA, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. São Paulo: RT, 2001.

LÉRY, Jean de. **Viagem à terra do Brasil**. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1960.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos**. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

LIMA, André. Direitos Socioambientais, políticas públicas e desenvolvimento territorial. In: LIMA, André. (org) **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1.995.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História Territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. Brasília, DF: ESAF, 1988.

MAIA, Luciano Mariz. Comunidades e Organizações Indígenas. Natureza Jurídica, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos. in SANTILLI, Juliana. (coord). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.993.

MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2.005.

MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: SAFabris, 2003.

MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Alguns pontos sobre os povos indígenas e o direito. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.) **O Índio perante o Direito; ensaios**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais, in SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y los pueblos indígenas. In: SANCHEZ, Henrique. **Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de America Latina**. Bogotá: Disloque, 1996.

MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Introdução ao Direito Socioambiental. In: LIMA, André. (org) **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: GRUPIONI, Luis Donisete (org.), **Índios no Brasil**, 2ª ed., Brasília, Ministério da Educação e do Desporto, 1994.

MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. Os direitos invisíveis. In OLIVEIRA, Francisco & PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global**. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999.

MATTOS NETO, Antonio José. **A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil**. Belém, Cjup, 1988.

MELATTI, Julio César. **Índios do Brasil**. Petrópolis, Vozes, 1988.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Artur Nobre. O PPTAL e as demarcações participativas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). **Estado e povos indígenas: bases para uma política indigenista II**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.

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

MIRANDA, Manuel. e BANDEIRA, Alípio. Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena. In MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico (org.)

Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1.992.

MOONEN, Francisco. **Pindorama Conquistada: repensando a questão indígena no Brasil.** João Pessoa, PB: Editora Alternativa, 1.983.

MORAES, Antonio Carlos Robert. **Território e História no Brasil.** São Paulo: Hucitec, 2002.

NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. . In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003.

NOVAES, Washington. O índio e a modernidade. in: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (org.). **Índios no Brasil.** São Paulo: Global; Brasília: MEC, 1998.

OLIVEIRA SOBRINHO, Os selvícolas brasileiros e a legislação pátria – o Decreto Legislativo n.º 5.484, de 1928. in MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico. (org) **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 1992.

PACHECO DE OLIVEIRA Filho, João e IGLESIAS, Marcelo Piedrafita. As demarcações participativas e o fortalecimento das organizações indígenas. . In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). **Além da Tutela: bases para uma política indigenista III.** Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.

PACHECO DE OLIVEIRA FILHO, João. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidade do trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: SILVA, Orlando Sampaio, LUZ, Lídia e HELM, Cecília Maria Vieira. (orgs.) **A perícia antropológica em processos judiciais.** Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994.

PACHECO DE OLIVEIRA, João (org). **Indigenismo e Territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. Viagens de ida, de volta e outras viagens: os movimentos migratórios e as sociedades indígenas. In: **Travessia;** Revista do migrante, CEM, Ano IX, n. 24, São Paulo, jan/abr 1996.

PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira. Do manejo florestal em terras indígenas. In: LIMA, André. (org) **O Direito para o Brasil socioambiental.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PANOFF, Michel. e PERRIN, Michel. **Dicionário de Etnologia.** Lisboa: Edições 70, 1979.

PARAÍSO, Maria Hilda Baqueiro. **Retorno à terra**. Disponível em <<http://www.socioambiental.org/website/pib/eppi/krenek/retorno.shtm>>, acessado em: 17/11/2005.

PEREIRA, Deborah Duprat de B. O Estado Pluriétnico. In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). **Além da Tutela: bases para uma política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.

PINTO FERREIRA. **Comentários à constituição brasileira**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1995.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PITANGA, Souza. O selvagem perante o direito. In MARÉS de Souza Filho, Carlos Frederico (org.) **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Núcleo de Direitos Indígenas, Curitiba: Juruá, 1.992.

PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. O desafio ambiental. In SADER, Emir (org.) **Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004.

PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. **Os (des)caminhos do meio ambiente**. 8ª ed. São Paulo: Contexto, 2001.

PORTO, Costa. **O sistema sesmarial no Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, s/d.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma Geografia do Poder**. São Paulo: Editora Ática, 1993.

RAMOS, Alcida Rita. COSTA TOURINHO NETO, Fernando da. Os povos tradicionais e as sociedades nacionais – conflitos de normas e superação. In: **Seminário Internacional as minorias e o direito** (2001: Brasília)/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. Brasília: CJF, 2003.

RANDERIA, Shalini. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003.

RAU, Virgínia. **Sesmarias Medievais Portuguesas**. Lisboa: Presença, 1982.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. Petrópolis: Editora Vozes, 1979.

RICARDO, Carlos Alberto (org). **Povos Indígenas no Brasil 1996/2000**. São Paulo: ISA, 2000.

RICARDO, Fany. O subsolo das terras indígenas na Amazônia. In: RICARDO, Carlos Alberto (org). **Povos Indígenas no Brasil 1996/2000**. São Paulo: ISA, 2000.

RIOS, Aurélio Veiga. Terras Indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição. In LIMA, Antonio Carlos de Souza. e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). **Além da Tutela: bases para uma política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 63-81.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva, São Paulo: editora Cultrix.

SAMPAIO, Orlando. O Índio perante o Direito. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.) **O Índio perante o Direito; ensaios**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

SANTILLI, Juliana. Aspectos Jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. In: SANTILLI, Juliana. (coord). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.993.

SANTILLI, Juliana. O Direito de Usufruto e os Projetos Econômicos Indígenas” in: RICARDO, Carlos Alberto (org). **Povos Indígenas no Brasil 1996/2000**. São Paulo: ISA, 2000.

SANTILLI, Márcio. Demarcação das terras indígenas: uma luz no fim do túnel? In: RICARDO, Carlos Alberto (org). **Povos Indígenas no Brasil 1996/2000**. São Paulo: ISA, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. e NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2.003.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Amigos dos índios: os trabalhos da Comissão Índios no Brasil. in: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (org.). **Índios no Brasil**. São Paulo: Global; Brasília: MEC, 1998.

SANTOS, Milton e SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil: território e sociedade no início do século XXI**. Record..

SANTOS, Milton, SOUZA, Maria Adélia A. de, SCARLATO, Francisco Capuano e ARROYO, Mônica (org). **O novo mapa do mundo: fim de século e globalização**. São Paulo: Editora Hucitec, 1994.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço – técnica e tempo, razão e emoção**. São Paulo: Editora Hutech, 1996.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro:/São Paulo: Editora Record, 2000.

SANTOS, Roberto A. O. A parceria pecuária em terras indígenas. In: SANTILLI, Juliana. (coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.993.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Sociedades Indígenas e Dominação do Estado. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.) **O Índio perante o Direito; ensaios**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

SCHUNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho. Colección de Estudios nº 7, 1996.

SEEGER, Anthony. Os Índios e o Desenvolvimento Nacional. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.) **O Índio perante o Direito; ensaios**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

SILVA, Joaquim Norberto de Souza. **Memória histórica e documentada das aldeias de índios da Província do Rio de Janeiro**, Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Brazil, n. 14, 2º trimestre de 1854. Aldeias dos Índios do Rio de Janeiro.

SILVA, José Afonso da, Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, in SANTILLI, Juliana. (coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Jose Afonso. **A auto-aplicabilidade do artigo 189 da Constituição Federal de 1969**. Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1984.

SILVA, Lúgia Osório. **Terras Devolutas e Latifúndio: efeitos da lei de 1850**. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1996.

STAVENHAGEN, Rodolfo. El marco internacional del derecho indígena. In **Derecho Indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para Las Naciones Unidas, 1997.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas, in: SANTILLI, Juliana. (coord). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.993.

TOURINHO Neto, Fernando da Costa. Os povos indígenas e as sociedades nacionais: conflito de normas e superação. In: LIMA, André. (org) **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

VALLE, Raul Silva Telles do. Mineração em território quilombola: uma análise jurídica do problema. In: LIMA, André. (org) **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais** / Sílvio de Salvo Venosa. - 3ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) – São Paulo: Atlas, 2003. - (Coleção direito civil; v.5).

VIDAL, Lux Boelitz. As terras indígenas no Brasil. in: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (org.). **Índios no Brasil**. São Paulo: Global; Brasília: MEC, 1998.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes & Conhecimento Tradicional: uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do conhecimento tradicional**. Curitiba: Juruá, 2004.

WOOD, Ellen Meiksins. **As origens agrárias do capitalismo**. Revista “Crítica marxista”, n. 10, ano 2.000, São Paulo: Boitempo.