

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A (DES)CONSTRUÇÃO DE INSTRUMENTOS
NORMATIVOS PARA A DEMARCAÇÃO E
PROTEÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

JASE JASSON FRANTZ KONZEN

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

A (DES)CONSTRUÇÃO DE INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA A DEMARCAÇÃO E PROTEÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

por

Jase Jasson Frantz Konzen

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador Prof. Dr. José Luiz de Moura Filho

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A (DES)CONSTRUÇÃO DE INSTRUMENTOS
NORMATIVOS PARA A DEMARCAÇÃO E
PROTEÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL**

elaborada por
Jase Jasson Frantz Konzen

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Luiz de Moura Filho
(Presidente/Orientador)

Prof. Dr. Júlio Ricardo Quevedo dos Santos
(Universidade Federal de Santa Maria)

Prof. Mauro Marafiga Camozzato
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 19 de dezembro de 2013

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

**A (DES)CONSTRUÇÃO DE INSTRUMENTOS NORMATIVOS
PARA A DEMARCAÇÃO E PROTEÇÃO DE TERRAS
INDÍGENAS NO BRASIL**

AUTOR: JASE JASSON FRANTZ KONZEN

ORIENTADOR: PROF. DR. JOSÉ LUIZ DE MOURA FILHO

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 19 de dezembro de 2013.

A demarcação de terras indígenas é questão polêmica na atualidade brasileira. Revela-se um embate entre os argumentos de setores da sociedade brasileira contrários à demarcação e os argumentos dos povos indígenas, constitucionalmente reconhecidos como titulares de um direito originário às terras que habitam. Nesse debate, evidenciam-se interesses antagônicos que representam o acúmulo de transformações políticas e sociais ocorridas durante todo o desenvolvimento histórico da nação brasileira. A partir de um estudo sobre a regulamentação jurídica acerca das terras indígenas e a relação da sociedade brasileira com os povos originários podem ser identificados fundamentos estruturais do Estado brasileiro. Relacionam-se aspectos referentes a diversos períodos históricos, revelando projetos políticos e econômicos amparados em um ordenamento jurídico em constante transformação. Nesse sentido, o condicionamento das normas jurídicas aos interesses hegemônicos da sociedade brasileira pode expor uma construção normativa voltada para os interesses de grupos dominantes, excluindo os povos indígenas do pacto social garantidor de direitos. Característica predominante na construção da nação brasileira, a submissão dos direitos indígenas aos limites estabelecidos pelo Estado resulta em um processo de extinção da maior parte das populações indígenas, condicionando os remanescentes a um processo de integração na sociedade através da renúncia de sua identidade indígena. A relação dessa construção normativa com o processo histórico de apropriação das terras indígenas revela conjunturas políticas, econômicas e sociais legitimadas e amparadas no ordenamento jurídico brasileiro. A evolução do Direito, com a consolidação dos direitos fundamentais e a universalização dos direitos humanos através de Convenções, Declarações e Tratados internacionais, revela uma nova conjuntura, permeada pelo processo de descolonização e construção de uma sociedade multicultural e democrática. A Constituição brasileira, ao adotar esse posicionamento, reconhece os direitos indígenas e determina ao Estado a demarcação de suas terras. Desta forma, o trabalho busca entender os fatores que dificultam a plena efetividade desse mandamento constitucional, analisando os aspectos atuais da construção normativa referente à demarcação de terras indígenas e os fundamentos de sua evolução histórica.

Palavras-Chaves: terras indígenas; demarcação; povos indígenas; constituição brasileira; direitos humanos; sociedade; história do Brasil; política indigenista.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE (DES)CONSTRUCTION OF REGULATORY INSTRUMENTS TO DEMARCATING AND PROTECTION OF INDIGENOUS LANDS IN BRAZIL

Author: Jase Jasson Frantz Konzen

Adviser: Dr. José Luiz de Moura Filho

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 19, 2013.

The demarcation of indigenous lands is controversial question in the Brazilian reality. Proves to be a clash between the sectors of the arguments against the demarcation Brazilian society and the arguments of indigenous people, constitutionally recognized as holders of an original right to the lands they inhabit. In this debate are apparent antagonistic interests that represent the accumulation of political and social occurred throughout the historical development of the Brazilian nation transformations. From a study of the legal regulation concerning indigenous lands and the relationship between Brazilian society and indigenous peoples structural foundations of the Brazilian state can be identified. Relate to aspects relating to different historical periods, revealing political and economic projects supported in a legal system in constant transformation. In this sense, the conditioning of the legal standards to the hegemonic interests of Brazilian society can expose a normative construction toward the interests of dominant groups, excluding the indigenous peoples of the social pact guarantor of rights. Predominant feature in the construction of the Brazilian nation, the submission of indigenous rights to the limits established by the State results in a process of extinction of most indigenous populations, conditioning remaining a process of integration into society slant the resignation of their indigenous identity. The relation of this normative construction with the historical process of appropriation of indigenous lands reveals legitimized political, economic and social contexts and supported the Brazilian legal system. The evolution of law, with the consolidation of fundamental rights and universal human rights through conventions, declarations and international treaties, reveals a new environment, permeated by decolonization and building a multicultural and democratic society. The Brazilian Constitution, in adopting this position, recognize indigenous rights and the rule determines the demarcation of their lands. Thus, the work seeks to understand the factors that hinder the full realization of this constitutional commandment, analyzing the current aspects of construction rules regarding the demarcation of indigenous lands and the foundations of its historical evolution.

Key-Words: indigenous lands; demarcation; indigenous peoples; brazilian constitution; human rights; society; history of Brazil; indigenous policy;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 POLÍTICA INDIGENISTA BRASILEIRA E O DIREITO À TERRA	10
1.1 As raízes históricas da legislação brasileira: as leis de Portugal nas terras dos índios do Brasil	10
1.2 A evolução normativa referente aos territórios indígenas: a Lei de Terras e o processo de assimilação e exclusão do índio na estrutura fundiária brasileira	21
1.3 A criação do Serviço de Proteção ao Índio: a política integracionista e a expansão da sociedade brasileira sobre as terras indígenas	28
2 O DIREITO À DEMARCAÇÃO E PROTEÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS	35
2.1 Os equívocos da política indigenista brasileira: a criação da FUNAI e os direitos dos índios à terra no contexto desenvolvimentista	35
2.2 Os instrumentos do Direito internacional e o reconhecimento da necessidade de demarcação dos territórios como pressuposto para a sobrevivência dos povos indígenas	46
2.3 O atual processo de construção e efetivação de normas referentes à demarcação e proteção das terras indígenas e as perspectivas jurídicas, sociais e políticas de desenvolvimento da questão no Brasil	59
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico se apresenta como uma perspectiva de estudo da evolução da legislação brasileira no que tange à (des)construção de instrumentos normativos relacionados ao processo de demarcação e mesmo proteção de territórios indígenas no Brasil. Trata-se de uma questão de grande importância na contemporaneidade, ao mesmo tempo em que seu debate se revela presente em toda a tradição jurídica brasileira. O seu estudo permite analisar a confluência de discursos jurídicos, políticos e sócio-econômicos na formação de conceitos que se transfiguram ao longo do tempo, mas que revelam características fundamentais que permanecem constantes, como que diretrizes que são legitimadas e ao mesmo tempo são determinadoras do conteúdo normativo do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o trabalho visa realizar uma abordagem acerca dos processos de formação e transformação do nosso ordenamento no que tange a evolução da legislação reguladora do direito dos povos indígenas brasileiros aos seus territórios.

Com efeito, essa análise abrange uma contextualização histórica necessária para o aprofundamento da compreensão dos processos de legitimação das relações sociais, visualizando o direito como instrumento determinante na estrutura maior em que se insere como condicionador das estruturas de poder.

No âmbito dessas relações, parte-se de partida do entendimento sedimentado de que o processo histórico de formação da sociedade brasileira alijou os povos indígenas do poder necessário para dominar o processo de criação e legitimação do sistema jurídico. Nesse ponto o trabalho busca elucidar como a lei foi usada pelo elemento dominador, no caso o colonizador português, para legitimar processos nos quais a força bruta foi usada para estabelecer um Estado de Direito em que o processo de exclusão dos indígenas se institucionalizaria através da legislação.

Para entender esse encadeamento de decisões políticas e jurídicas formadores do nosso conteúdo normativo presente, o trabalho buscou aprofundar o estudo do processo de dominação colonial do Brasil, buscando entender o amparo jurídico da gigantesca apropriação das terras indígenas, bem como analisando a formação do poder institucional de sucessivos momentos históricos, caracterizados por uma relação constante de dominação que combinava a violência de massacres com a diplomacia de acordos contratualizados através do Direito.

O Direito, hoje muitas vezes idealizado como um meio infalível de alcançar a justiça e a paz social, é aqui analisado com o objetivo de tornar visíveis as contradições das normas e regramentos que constituíram o ordenamento jurídico que legitimou o processo que transfigurou os índios de uma posição de legítimos senhores originários das terras brasileiras a uma posição em que são caracterizados como minoria étnica socialmente vulnerabilizada pela falta de terras.

Diante desse complexo processo de evolução normativa que ocorre em uma amplitude de relações sociais, políticas e econômicas que se desenvolvem ao longo da história e que continuam se desenvolvendo no seio da sociedade brasileira, esse trabalho optou utilizar o método de abordagem dialético, acreditando ser um método de abordagem apropriado para analisar fenômenos característicos de uma temática que abrange fatores jurídicos, políticos, sociais e econômicos que revelam posicionamentos divergentes, revelando contradições no Direito vigente, que muitas vezes refletem uma gama de interesses permeados na estrutura normativa.

A (des)construção de instrumentos jurídicos só é possível através de ativismos ou omissões. A questão analisada nesse trabalho, qual seja, a legitimação e instrumentalização de um processo de reorganização da ocupação do território brasileiro que expulsou o índio de suas terras e que hoje se propõe a definir as margens de efetividade do direito desses sujeitos, impõe que a dialética seja estabelecida como método de exame das contradições históricas e presentes nas relações atuais, revelando fatores determinantes para a situação jurídica atual.

Um estudo jurídico requer como ponto de partida a precisão de análise, visualizando as influências recebidas do desenvolvimento de diferentes sistemas econômicos, de complexas transformações sociais, bem como de diversas doutrinas de pensamento filosófico e científico.

A compreensão desses sistemas de relações interligadas e dependentes acaba revelando suas contradições e seus pontos de aprimoramento no que tange à definição do aparato normativo que temos hoje. Nesse ponto é essencial a crítica à legislação vigente, procurando as contradições contemporâneas a partir das experiências adquiridas com o estudo das contradições passadas.

A dialética revela que as contradições se relacionam e dialogam permanentemente. Entender o Direito através da dialética é procurar nas suas verdades ora estabelecidas os questionamentos vigentes no passado, permitindo revelar falhas institucionalizadas e possibilidades de reformulações de conceitos.

Dessa forma torna-se possível materializar um senso crítico capaz de revelar as contradições entre diferentes discursos, e assim relacionar as causas e efeitos de cada argumento, evidenciando no ordenamento jurídico atual os caminhos mais acertados para responder aos conflitos postos pela realidade fática.

Nesse ponto é possível esmiuçar os métodos de procedimento utilizados no presente trabalho.

A construção do ordenamento jurídico brasileiro deve ser estudada através da conjunção de vários fatores, de fato, para realizar um exame de um sistema complexo é imprescindível conhecer suas origens e dominar a linguagem de seus processos.

Dessa forma, o trabalho utilizará o método de procedimento histórico e o método de procedimento monográfico. A questão apresentada impõe o desenvolvimento do trabalho a partir de um conhecimento dos processos históricos que construíram os fatos da realidade presente. Já através do método monográfico o trabalho buscará caracterizar todos os fatores que determinam a atual orientação do sistema normativo, interpretando suas características centrais, bem como o funcionamento dos processos que o determinam, em seus aspectos sociais, políticos e econômicos.

O tema da demarcação de territórios indígenas se apresenta como uma dinâmica de forte conflito entre os interesses dos povos indígenas e interesses nacionais e internacionais comprometidos com a expansão da economia dominante.

Esse cenário é perceptível hoje, mas o seu entendimento completo só é possível com o conhecimento de suas raízes históricas. A narrativa tradicional pode facilmente encaminhar para um relato simplista, que não é capaz de identificar as ligações das práticas do passado com os acontecimentos do presente.

Salienta-se a importância do estudo jurídico do tema, por englobar questões de ordem teórica e prática, ligadas à efetivação de direitos humanos universais, assegurados em uma concepção contextualizada do direito frente aos aspectos sociais, políticos e econômicos que definem a construção normativa ao longo da história.

O procedimento monográfico fomenta o aprofundamento da temática jurídica da demarcação e proteção de territórios indígenas. A análise das contradições, dos conflitos e das diferentes interpretações de um fato materializado e debatido no seio das desigualdades sociais brasileiras revela a possibilidade de um estudo que busca

ajudar a formar uma contextualização das causas do problema, definindo um prognóstico de desenvolvimento da questão examinada.

Outrossim, a demarcação e a proteção de terras indígenas possui relevância social, econômica e política, tendo em vista o seu impacto em problemáticas abrangentes, sobretudo no que diz respeito à relação histórica entre a ocupação do território e a determinação das estruturas sociais de poder político e exploração econômica.

Abarcando uma contextualização da evolução dos direitos humanos fundamentais e a sua relação com autodeterminação dos povos em um momento histórico que busca a superação de antigos paradigmas civilizatórios e culturais, o presente trabalho monográfico desenvolve-se analisando a questão da demarcação de terras indígenas contextualizando a relação entre interesses econômicos hegemônicos e direitos de povos indígenas no processo de globalização da economia ocidental.

A compreensão da problemática estabelecida na questão da demarcação de terras indígenas abrange a crítica da imposição cultural e econômica do sistema dominante, possibilitando compreender os processos de criação, legitimação e imposição da norma jurídica e analisando os interesses envolvidos na sua elaboração e efetivação.

Objetiva-se diagnosticar o papel das ciências jurídicas e sociais no processo de construção e transformação dos instrumentos normativos que regulamentam a demarcação e proteção de territórios indígenas. Nesse sentido é tomada como princípio a necessidade de um posicionamento crítico em relação aos processos tradicionais de definição do conteúdo normativo legitimador do poder do Estado.

Dessa forma, partindo do pressuposto de que a democracia e os direitos humanos se impõem como paradigmas do nosso tempo, valores sobre os quais se orientam os princípios fundamentais de nossa Constituição, o objetivo desse trabalho é esclarecer e permitir o posicionamento do jurista diante dos instrumentos jurídicos referentes à demarcação de terras indígenas. Busca-se abarcar uma visão clara sobre os conflitos sociais referentes ao tema, na crença de que o conhecimento aprofundado possibilite que o Direito esteja posicionado ao lado da resistência e luta dos que reivindicam a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

1 POLÍTICA INDIGENISTA BRASILEIRA E O DIREITO À TERRA

A questão do direito à terra se faz presente em todos os aspectos da formação histórica do Brasil. Ao longo do tempo, foi a organização fundiária o eixo central de todos os processos determinantes de nossa estrutura política, econômica e social, nos aspectos que definiram os caminhos de evolução da sociedade brasileira.

Por esse viés, o direito à propriedade, à posse ou simples usufruto das terras sempre foi objeto central do direito brasileiro. O processo de apropriação do território originalmente ocupado por diversas nações indígenas foi implementado mediante a permanente legitimação dessa ocupação através das normas jurídicas.

Esse processo de legitimação jurídica é histórico e contínuo, motivo pelo qual a sua compreensão atual remete ao estudo de suas origens.

1.1 As raízes históricas da legislação brasileira: as leis de Portugal nas terras dos índios do Brasil

Compreender o atual arranjo jurídico brasileiro, que coloca como questão polêmica e conflituosa a demarcação de terras indígenas, requer um conhecimento profundo das origens desse debate jurídico, cujos questionamentos remetem ao estudo histórico da política indigenista brasileira.

Como ponto de partida básico, exige-se prioritariamente o reconhecimento da existência de uma “história” brasileira anterior à chegada dos europeus. Com efeito, na época dos primeiros contatos entre índios e portugueses estima-se que o território brasileiro era extensamente ocupado por uma população que variava de 1 a 10 milhões de pessoas organizadas em diversas culturas, falando aproximadamente 1.300 línguas.

O conhecimento da dimensão dessa ocupação imemorial do território brasileiro permite construir uma genealogia da nação brasileira que transcende a narrativa eurocêntrica como ponto de partida da nossa formação histórica. Através desse conhecimento, busca-se vencer o “desafio de amadurecer uma consciência crítica capacitada a compreender a realidade brasileira, a formular um projeto nacional realista e motivador de desenvolvimento pleno e autônomo [...]”.¹

¹ RIBEIRO, Darcy. **Teoria do Brasil**. 4. ed. Petrópolis: Ed. Paz e Terra, 1972. p.154.

A história do Brasil, no que tange à relação entre os povos indígenas e o colonizador português, inicia-se quando da chegada portuguesa ao território brasileiro, momento inicial de um contato que se iniciaria de maneira relativamente amistosa, com uma relação quase que estritamente econômica através da exploração do pau-brasil. Somente com o início da colonização os acontecimentos históricos começam a revelar os objetivos da colonização, no contexto dos intrincados interesses que convergiram para a chegada dos portugueses ao Brasil.

De fato, a chegada dos portugueses nas terras brasileiras objetivava formalizar o domínio do território em nome da Coroa portuguesa. Essa declaração de propriedade européia sobre terras sabidamente ocupadas pelos indígenas brasileiros era amparada na pretensa legitimidade jurídica da dominação européia sobre povos não europeus. O Direito já aparece nesse momento, com sua função central de legitimação jurídica dos objetivos da expansão européia.

A base jurídica para essa pretensão expansionista era baseada nas denominadas teses do Ostiente, doutrina elaborada no século XIII por Henrique de Susa, cardeal-arcebispo de Ostia, e cujo entendimento defendia que por delegação de Cristo, todos os poderes espirituais e temporais caberiam à autoridade papal, restando os povos não cristãos desprovidos de qualquer soberania, podendo dessa forma ser despojados de seus reinos e bens pela autoridade do Vaticano.²

Essa doutrina conferia grande autoridade jurídica e política à Igreja Católica, permitindo que fosse instrumentalizada uma jurisdição cujo arbítrio legitimava o acordo entre os reinos de Portugal e Espanha, que dividiram as terras americanas no Tratado de Tordesilhas. Necessário esclarecer que essa idéia de legitimidade portuguesa na conquista de novas terras já era presente na experiência da burguesia mercantil portuguesa nas expedições de dominação e comércio na África e Ásia.

Assim, quando da chegada às terras brasileiras, Portugal já possuía prévia autorização para conquistar territórios e praticar a escravidão. Essa permissão havia sido estabelecida pela bula *Romanus Pontifex*, datada de 1454, quando o papa Nicolau V garantiu aos portugueses o direito de conquistar as terras novas, de “bárbaros” ou de “infiéis”, e submeter seus povos à servidão. Após a chegada às terras americanas, a supremacia dos interesses econômicos de Portugal foi

² CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.) **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987. p. 53.

reafirmada novamente pela Igreja Católica, através da *bula Inter Arcana*, datada de 1529, que autorizava o uso da violência sob o argumento da necessidade do uso da força para a conversão das nações “bárbaras” à fé cristã.³

Com efeito, o reconhecimento do domínio estabelecido em Tordesilhas não foi pacífico entre as demais nações européias. Além dos interesses nacionais que permeavam a disputa do mercantilismo europeu, percebe-se que de fato o entendimento que conferia legitimidade jurídica e política ao papa para legitimar a divisão das novas terras não prevalecia na doutrina da época.

Desde o século XIII, diversos eram os estudiosos que defendiam a existência de direitos de posse e soberania dos povos não cristãos. No século XV já era majoritário o entendimento doutrinário que afirmava a soberania original dos povos indígenas na América. Vários estudiosos e juristas destacaram-se ao desenvolver a teoria da distinção entre direito divino e direito humano, estabelecida por São Tomás de Aquino. Esse entendimento prevaleceu na doutrina da época, substituindo o entendimento fundamentado nas “teses do Ostiente”. Destacam-se nomes como o do cardeal Cayetano, João Maior, Frei Francisco de Vitória, Grócio, Domingos de Soto, e Francisco Soares, que reconheceram através do direito natural a propriedade, liberdade e jurisdição dos povos indígenas.⁴

Dentre essas doutrinas, Portugal adotou fundamentalmente o entendimento teórico da Escola de Salamanca, onde o frei Francisco de Vitoria, fundador da doutrina autônoma do Direito Internacional Público, reconhecia os direitos indígenas, mas formulava uma justificativa jurídica para a apropriação das suas terras. Sua doutrina afirmava que tudo o que fosse conquistado em uma guerra justa, inclusive territórios, tornava-se propriedade do vencedor. Esse entendimento definia guerra justa aquela fundamentada em uma violação do Direito Internacional. Portugal encontrava nesse instituto a legitimação jurídica para suas práticas de conquista territorial, já que interpretaria como violação do direito internacional qualquer resistência indígena frente à imposição dos seus interesses.⁵

³GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p.66.

⁴CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.) **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987. p. 55-57 passim.

⁵KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack; Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio. Fabris Ed, 2010. p.141-142 passim.

Dessa forma Portugal reconhecia o direito indígena à terra, mas encontrava na doutrina jurídica subterfúgios para legitimar-se na posse dos territórios indígenas. A necessidade de consolidação da posse reivindicada pela Coroa portuguesa resultou na criação das capitânicas hereditárias. Para viabilizar essa ocupação, foram declaradas “guerras justas”, realizando ataques de extermínio e escravização organizados para conquistar território e mão-de-obra indígenas. Concretizava-se dessa forma uma conquista violenta, que sob o manto da propagação da fé crista, era em verdade fundamentalmente orientada para potencializar o domínio territorial e o modelo de exploração econômica que garantissem a segurança e lucratividade na colônia.⁶

Essa imposição violenta da supremacia dos interesses da Coroa portuguesa em relação aos índios brasileiros era delineada a partir das práticas já estabelecidas no *modus operandi* do mercantilismo português. Todavia, a reprodução das já existentes práticas violentas do mercantilismo na sua relação com as nações não européias seria agravada no colonialismo realizado nas terras brasileiras.

A implementação do projeto colonial subjugava os índios brasileiros ao poder da Coroa de Portugal, sujeitando-os como súditos do rei, meros vassallos em sua própria terra. Inobstante qualquer doutrina jurídica adotada por Portugal, ou qualquer entendimento dos juristas europeus sobre o direito territorial dos índios, o fato concreto é que na prática da colonização os indígenas brasileiros perdiam seus territórios, sem ter respeitados os seus respectivos direitos de posse.⁷

O projeto colonial de Portugal era resultado de um contexto histórico que possibilitou que fossem conjugados os interesses econômicos e políticos da burguesia, do clero e da Coroa. Todo ordenamento jurídico desse período estava comprometido com o sucesso desse empreendimento colonial, e nesse sentido a elaboração das normas estabelece um constante distanciamento entre os ideais da doutrina, que reconhecia direitos aos índios, e a concretude material dos direitos estabelecidos pela Coroa. Dessa forma, no que tange aos direitos indígenas, o Estado colonial português consolidava-se como um verdadeiro Estado de Exceção, em que a exploração do indígena era decorrente do próprio Estado de Direito, haja

⁶.CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org) **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense. 1987. p. 59-60.

⁷ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p. 65.

vista que a construção do ordenamento jurídico português era determinada pelas forças impulsionadoras do projeto colonial.

Para legitimar a imposição do seu ordenamento jurídico sobre os povos subjugados na conquista, o pensamento europeu buscou a constante desumanização cultural e espiritual dos índios. Essa busca de justificativas para a dominação colonial sobre os povos indígenas brasileiros pode ser sintetizada no argumento dos estudiosos europeus que “ao notarem que a língua tupi não tinha os sons *f*, *l*, e *r* (áspero), deduziram perversamente que não os tinha porque os índios não possuíam nem fé, nem lei, nem rei”.⁸

Essa síntese de pretensa lógica dedutiva denuncia como a concretização dos interesses da Igreja Católica, da Coroa e da burguesia portuguesa norteavam o projeto colonial e exigiam a desconsideração da organização social, política e religiosa dos povos conquistados, formando bases ideológicas para o direito colonial.

A expansão inicial do projeto colonial desenvolveu-se um quadro de convulsões históricas em que diversas populações indígenas foram massacradas pela inclemência da conquista portuguesa. Nas suas “guerras justas” a superioridade bélica do colonizador somava-se à astuciosa estratégia de promover a instigação das rivalidades pré-existentes entre os indígenas. A mortandade dessas guerras e o efeito devastador das epidemias trazidas pelos europeus, muitas vezes potencializadas em práticas de guerra bacteriológica que garantiam o contágio planejado de tribos inteiras, constituíram fatores que acabaram provocando um rápido declínio das populações indígenas atingidas pelo início da colonização.

O extermínio físico e social dessas populações foi uma política estrategicamente implementada para garantir o efetivo estabelecimento da colonização portuguesa, visto que a usurpação dos territórios e a exploração da força de trabalho indígena propiciaram as condições para a organização estrutural da colônia, desde seu início era baseada na exploração econômica do latifúndio e no emprego da servidão e escravização indígena como fonte de mão-de-obra.

Nesse processo de dominação era constante a desconstrução da organização social das populações nativas. As populações indígenas eram expulsas de suas terras, exterminadas, ou reunidas em aldeamentos localizados próximos às

⁸ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p.109.

povoações portuguesas. Nesses locais os índios podiam ser facilmente controlados e submetidos à escravidão, enquanto seus territórios eram explorados.

Os aldeamentos eram formados por índios pacificados, e eram localizados perto dos povoamentos portugueses, pois conquistadas as terras necessárias para a exploração econômica, o controle e a garantia da mão-de-obra eram a prioridade dos colonos portugueses. Com os aldeamentos buscava-se garantir a ocupação do território indígena e ao mesmo tempo estabelecer uma relação de exploração e controle das populações já subjugadas. Durante o período colonial, seriam estabelecidas a escravidão e a servidão como modelos de exploração da mão-de-obra indígena. Nos períodos em que foi reconhecida a liberdade dos índios, a servidão permanecia como forma de exploração, que embora muito parecida com a escravidão, ainda permitia ao índio uma auto-identificação como povo independente. De fato, no regime de servidão ainda era relativamente reconhecido o direito indígena de ocupação territorial, nos limites estabelecidos pelos portugueses. Para o colonizador, o modelo de servidão não era classificado como exploração, mas como uma forma de civilizar os índios integrando-os à sociedade cristã através do trabalho.⁹

Podem ser definidos no modelo de aldeamentos os fundamentos que mais tarde se consolidariam na legislação como orientação permanente da política indigenista brasileira em relação aos direitos territoriais indígenas. O modelo dos aldeamentos conciliaria um relativo reconhecimento do direito territorial indígena, “demarcando” esse território em área inferior à ocupação tradicional, bem como submetendo o índio à uma administração estatal orientada por uma política de catequização e conseqüente integração do índio como cidadão não-índio, negando-se a sua existência. Essas diretrizes permitem a ampla apropriação do território indígena original mediante uma política estabelecida dentro dos limites jurídicos.

Contudo, a resistência indígena perante a dominação colonial e a reiterada brutalidade praticada pelos colonizadores evidenciou que a dizimação das nações indígenas contradizia os argumentos que amparavam a colonização como missão de propagação da fé cristã.

Nesse período também avançam as doutrinas de direito natural que reconheciam direitos aos povos nativos da América. No âmbito da Igreja Católica, a

⁹ GOMES, Mércio Pereira. **Os Índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p. 48-54 passim.

denúncia das atrocidades cometidas na conquista de povos americanos resultou na bula *Sublimis Deus*, de 1537, em que os índios eram declarados como titulares de direitos naturais, proibindo-se a sua escravização e a apropriação de seus bens.¹⁰

Nas práticas das colônias essa proibição foi pouco respeitada, o que gerou permanentes tensionamentos entre colonos e religiosos. A movimentação dos jesuítas junto ao vaticano resulta na promulgação do breve papal “*Comissum Nobis*” em abril de 1639, no qual o papa Urbano VIII confirmava a bula papal de 1537 e ordenava a liberdade de todos os índios da América. Nem mesmo essa proibição se efetivou na realidade na colônia portuguesa, onde a revelia das determinações legais, a escravidão dos índios e a apropriação de seus territórios persistiram como prática permanente.¹¹

Percebe-se de forma evidente que sob o direcionamento dos interesses portugueses o período colonial brasileiro despontou como um processo histórico permeado pelo genocídio, escravidão e integração forçada dos indígenas, onde o direito natural dos povos originários foi flexibilizado em nome dos objetivos do empreendimento colonial europeu, persistindo uma constante política de apropriação dos territórios indígenas.

Os povos indígenas que não se deixavam civilizar ou mesmo colonizar, na aceção dos portugueses, ou que até mesmo se defendiam contra a invasão, foram expulsos de seus espaços vitais originais ou tornaram-se objeto da submissão ou do extermínio físico objetivado pelos portugueses com suas guerras. Fazia parte das mais importantes exigências da política portuguesa a satisfação da necessidade de terras da sociedade colonial, originada em consequência da política de expansão, que estava em contradição com os direitos dos índios à terra.¹²

Mesmo que o direito do índio à terra fosse reconhecido pelo alvará de 1680, que os definia como seus primários e originais senhores, o que se verifica é que as principais leis que regulamentam a organização da colônia apresentam enunciados que permitiram com facilidade a deflagração de guerras contra os índios, regulamentando o seu aprisionamento, a apropriação de suas terras e os realocamentos forçados de seus aldeamentos, bem como o regime de exploração

¹⁰ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio. Fabris Ed, 2010. p.140.

¹¹ Ibidem. p. 111.

¹² Ibidem. p. 96

de sua mão-de-obra, constituindo-se uma construção normativa visivelmente orientada para a concretização dos objetivos do empreendimento colonial.

Cabe observar nesse período a formação de uma tradição jurídica com forte ineficácia material das normas estabelecidas no sentido de reconhecer direitos aos povos indígenas. Ainda que fossem periodicamente reconhecidos, os direitos naturais dos índios brasileiros não alcançavam o plano da efetividade material.

Se em uma ou outra ocasião uma lei ou carta régia falava em “liberdade natural” dos índios ou os trata como “senhores primários” de suas terras, sempre o é em circunstâncias específicas, no contexto de um ato já discricionário, como a mudança de territórios ou atos de descimentos de índios para perto de povoados de portugueses. Em nenhum caso conhecido pode-se pensar que a Coroa tencionava firmar e legitimar um direito indígena apriorístico.¹³

Embora tenham existido nesse período normas que concediam algum direito aos indígenas, o permanente descumprimento e flexibilização da legislação demonstravam que não havia interesse da Coroa portuguesa na real aplicabilidade de direitos indígenas que contrariassem a organização econômica da colônia e o poder político dos colonos.

Apenas a modernização do Estado português traria uma real alteração na política relacionada aos índios. Essa mudança foi implementada a partir de 1750, durante o mandato do ministro português conhecido pelo título de Marquês de Pombal, que realizaria diversas reformas liberais na administração portuguesa. A principal reforma foi a lei de 6.7.1755, que proclamava a liberdade absoluta dos índios. Inicialmente restrita ao Estado do Maranhão, essa lei foi estendida a todo o Brasil em 1758, ficando conhecida como o Diretório dos Índios, ou Diretório de Pombal. Cabe salientar que no mesmo período Pombal expulsa os jesuítas do território brasileiro.

O Diretório de Pombal, declarando a liberdade dos índios ao mesmo tempo em que expulsa os jesuítas, representava um esforço para criar uma população homogênea, necessária para garantir a ocupação efetiva de todo o território brasileiro, transformando em vilas e lugares as aldeias indígenas até então administradas pelos jesuítas.

¹³ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p. 78.

As medidas tomadas pelo Marquês de Pombal visavam legitimar a ocupação do território brasileiro e acabar com a desagregação interna, o que daria unidade política e cultural para à Colônia, base para a manutenção da hegemonia portuguesa. Ele lançou os primeiros marcos para a formação da nacionalidade brasileira.¹⁴

O projeto do Marques de Pombal abolia a escravidão indígena e determinava que fossem demarcadas áreas de terras para os índios. Entretanto, as várias medidas de Pombal objetivavam estabelecer um projeto de nação através da homogeneização da população, reforçando os fundamentos relacionados ao direito indígena à terra, condicionando a demarcação de terras indígenas a um projeto de assimilação dos índios.

A promoção da integração econômica dos índios na sociedade colonial implicava na sua destruição como povo organizado. Nesse sentido devem ser ressaltadas as principais orientações do Diretório de Pombal

Alvará de 3 de maio de 1757 ou Diretório de Pombal.

- Conjunto de 95 artigos que constituem o último ordenamento português sobre os índios. Reitera a retirada dos poderes temporal e espiritual dos jesuítas. Concede liberdade para todos os índios. Favorece a entrada de não índios nas aldeias, incentiva casamentos mistos, cria vilas e lugares (povoados) de índios e brancos. Nomeia diretores leigos. Promove a produção agrícola e cria impostos. Manda demarcar áreas para os índios. Proíbe o ensino das línguas indígenas e torna obrigatório o português.¹⁵

Percebe-se o claro objetivo de promover a miscigenação física e cultural dos índios, eliminando-os como nação ou etnia específica. Essa incorporação dos aldeamentos indígenas à sociedade colonial é encaminhada quando expropriados os bens e benfeitorias dos jesuítas, que até aquele momento administravam os aldeamentos indígenas com relativa independência frente ao governo português.

Por esses fatores, a demarcação de suas terras não garantiu aos indígenas a efetiva concretização da primazia do seu direito sobre os territórios ocupados.

Como a legislação pombalina não reconhecia a soberania das nações indígenas, ao receberem a garantia de liberdade os índios eram relegados à condição de posseiros de suas próprias terras.¹⁶

¹⁴ GAGLIARDI, José Mauro. **O indígena e a República**. São Paulo: Ed. Hucitec, 1989. p.29.

¹⁵ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p. 73.

¹⁶ Ibidem. p. 77.

Pombal vinculou a liberdade dos indígenas à expectativa de que estes exercessem sua liberdade integrando-se à vida econômica da Colônia. A ordem era para que fosse propiciada a possibilidade de integração dos índios, que poderiam ser absorvidos pela sociedade colonial, o que garantiria o povoamento de todo o território¹⁷

Para evitar que os índios libertos evadissem para o interior e formassem aldeias afastadas das povoações portuguesas, o Diretório de Pombal orientava a administração dos aldeamentos objetivando a integração dos índios à organização política da colônia. Dessa forma a lei previa que lideranças indígenas, denominadas na lei como “principais” administrassem as aldeias, entretanto a lei previa que a administração fosse também realizada por um diretor nas povoações. Dessa forma as aldeias anteriormente administradas pelos missionários passavam a ser governadas pelo poder secular da colônia. Nesse período a maioria absoluta dos aldeamentos indígenas foi sendo cultural e economicamente incorporada à sociedade colonial, configurando um processo civilizatório forçado.¹⁸

Nesse sistema, conservação dos bens dos índios, ou seja, suas terras, era uma tutela exercida pelo Poder Público, através dos Ouvidores Da Comarca, consistindo-se em uma tutela coletiva, independente da tutela orfanológica individual que disciplinava o trabalho.¹⁹

Embora fosse uma medida temporária, dirigida apenas para garantir a integração dos índios aldeados na economia e a inserção dos índios não aldeados como mão-de-obra da sociedade colonial, o Regimento dos Órfãos representava uma política de fragmentação social e controle dos índios remanescentes, colocando os índios libertos sob controle do poder secular do Estado. Esta política seria institucionalizada na Carta Régia de 1798, que extingue o Diretório de Pombal,

¹⁷ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2010. p.116.

¹⁸ PACHECO OLIVEIRA, João; ROCHA FREIRE, Carlos Augusto da. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: SECAD/MEC; UNESCO; LACED/MUSEU NACIONAL, 2006. 268 p. (Coleção Educação para Todos, 13). Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

¹⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org) **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987. p.112.

extinguindo o cargo de diretor dos índios, e confirmada a liberdade de todos os índios.²⁰

Entretanto, o fim do Diretório de Pombal mantém a condição jurídica do índio como sujeito tutelado pelo estatuto dos órfãos, pelo qual a administração colonial organizava suas populações sob o manto de uma política paternalista, e através dos Juízes de Órfãos visava regulamentar as relações referentes ao uso de mão-de-obra indígena.²¹

Com a instalação da Corte portuguesa no Brasil, são retomadas através das Cartas Régias de 1808 as práticas de guerra ofensiva e de escravização das tribos hostis, com a conseqüente tomada das terras conquistadas desses grupos, não afetando, entretanto, o direito originário dos povos considerados amigos. Esse fato demonstra como a concretude do ordenamento jurídico era condicionada pelos interesses socioeconômicos do projeto colonial.

Ainda que possa ser percebida nos textos legais a consolidação de um entendimento que reconhecia a primazia dos índios sobre as terras dos aldeamentos, através do reconhecimento de um direito originário sobre suas terras, a característica contraditória da política indigenista desse período demonstra que as demandas do projeto colonial impuseram-se diante dos direitos reconhecidos na doutrina, muitas vezes anulando a efetividade dos direitos indígenas na legislação.

“O reconhecimento da soberania dos povos indígenas e do direito natural sobre suas terras e seus modos de vida foi explicitado diversas vezes em cartas régias e alvarás, e atestam uma preocupação jurídica e legalista da Coroa portuguesa – justificativas filosóficas e morais da conquista – porém não tiveram um significado prático e administrativo de peso. [...] De qualquer modo, é a partir desses instrumentos legais que podemos atualmente alegar o reconhecimento histórico dos direitos indígenas sobre suas terras, por parte dos portugueses e, em decorrência, por necessidade da constituição do Estado brasileiro.”²²

Dessa forma, revela-se que os direitos dos indígenas brasileiros foram letra morta justamente nos casos em que sua concretização poderia ter servido para ao

²⁰ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2010.p.117.

²¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. O futuro da questão indígena. **Estudos Avançados.** São Paulo. v. 8, n. 20, abril. 1994, p. 108-110 passim. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 dez. 2013.

²² GOMES, Mércio Pereira. **Os Índios e o Brasil:** ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis. Ed. Vozes,1988. p. 97.

menos amenizar o violento processo de escravização e a constante espoliação territorial a que foram submetidos durante o avanço da dominação colonial.

Quando reconhecidos, os direitos territoriais dos povos indígenas eram limitados à áreas de aldeamentos que estavam sujeitos à administração do colonizador, interessado na exploração da mão-de-obra indígena e na apropriação das áreas dos aldeamentos, estabelecidos em demarcações que não abarcavam a totalidade do território.

1.2 A evolução normativa referente aos territórios indígenas: a Lei de Terras e o processo de assimilação e exclusão do índio na estrutura fundiária brasileira

Durante o período colonial a dominação infligida aos povos indígenas foi justificada pelo colonizador português como uma missão de propagação da civilização e da religião européias. Com o advento das doutrinas iluministas possibilitou-se que fossem racionalizadas as problemáticas e justificativas do processo colonial. Nesse contexto as esferas político-administrativas das metrópoles e as elites estabelecidas na colônia foram influenciadas pelo pensamento de Thomas Hobbes, cujas teorias permitiam caracterizar o índio como um ser bárbaro e violento, o que foi amplamente utilizado pelo empreendimento colonial para justificar-se como projeto civilizador dos povos indígenas, que assim deveriam ser subjugados ou extintos pelo colonizador.

Essa idéia só encontra oposição posteriormente, com as formulações de Rousseau, cuja teoria afirmava que a civilização era precedida por um estado de natureza onde o homem viveria de forma harmoniosa. A partir do pensamento rousseriano o iluminismo europeu de certa forma possibilitou interpretar o índio como um sujeito próximo da materialização do mito do Bom Selvagem, o que permitiu ao menos um entendimento mais racional da sua humanidade.²³

O mito do Bom Selvagem, nascido das divagações sobre a natureza, a cultura, o progresso e a degenerescência dos povos indígenas – embora, no nível político, a sua argumentação se baseava nos problemas europeus do século XVIII – insere em si uma visão generosa e idealista sobre os índios, e implica um posicionamento mais humanitário sobre a questão indígena.²⁴

²³ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p. 113.

²⁴ Ibidem. p.110.

Sob influência dos ideais iluministas, ocorre em 1822 a proclamação da independência do Brasil, fundamentalmente alicerçada em um movimento de articulação das classes políticas dominantes. Nesse contexto ocorre o fortalecimento dos setores políticos liberais. As idéias defendidas por esses setores representaram a possibilidade de construção de uma nova política indigenista, orientada para a formação de uma nação brasileira.

No início do século XIX, surgem novos parâmetros para os debates sobre a questão do índio que são influenciados pelas novas descobertas e teorias nas ciências naturais. É quando se discute a humanidade ou animalidade dos índios, que no século anterior não era colocado em dúvida ou pelo menos não nestes termos. Em consequência se discute a possibilidade/necessidade de civilizá-los ou exterminá-los.²⁵

A construção normativa do período imperial refletiu esse acalorado debate travado nos meios intelectuais brasileiros. Naquele momento histórico o Brasil recém independente tentava determinar os rumos de sua nacionalidade, buscando determinar a existência de uma nação brasileira. Nesse contexto seria discutido o papel a ser conferido aos indígenas na construção da nacionalidade brasileira.

Para compreender os limites desse contexto, é importante conhecer a organização do poder político estabelecido no país através do processo de independência. Com efeito, a independência do Brasil foi promovida por setores que não estavam interessados em reformas que abarcassem as aspirações dos setores populares, e que dessa forma orientaram o processo para manter praticamente inabalada a ordenação social vigente.

Ressalvaram-se, assim, as características fundamentais da velha ordenação, mantendo-se as posições do patronato e transferindo o poder de mando das mãos dos agentes coloniais para um patriciado nativo, representante dos mesmos interesses. A ruptura do estatuto colonial e dos vínculos com Portugal dá lugar a uma formação neocolonial, no âmbito da dominação econômica inglesa. A própria monarquia foi adotada como modo de alterar, no mínimo possível, a estrutura de poder: de dissuadir os setores mais exaltados que aspiravam uma reforma política de caráter republicano; e de reprimir as insurreições populares que conflagram a sociedade brasileira, assim como toda a América Latina, exigindo uma reordenação social profunda.²⁶

²⁵ EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle. **Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988**. 2004. 76f. Dissertação (Mestrado em História Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www1.capes.gov.br/teses/pt/2004_mest_ufrj_carlos_augusto_vale_evangelista.pdf>. Acesso em: 8 dez.. 2013.

²⁶ RIBEIRO, Darcy. **Teoria do Brasil**. 4. ed. Petrópolis: Ed. Paz e Terra, 1972. p.77.

Sendo assim, o ambiente político brasileiro foi dominado por uma aristocracia escravocrata formada pelos representantes de uma elite latifundiária. Esse contexto tolhia a possibilidade de debates políticos que pudessem prejudicar esses interesses.

O debate sobre a construção de uma nacionalidade brasileira não deixaria de ficar conscrito aos limites desse sistema. A elite neocolonial brasileira, avessa às reformas que poderiam desenvolver o país, buscava a explicação do atraso brasileiro em teorias que se eximiam de uma análise crítica da organização social e política. A elite dirigente do império desenvolveu idéias que conferiam aos aspectos biológicos do povo brasileiro a culpa pelo atraso do país, e nesse sentido era reforçada a idéia que já havia sido dominante por todo o período colonial, que inferiorizava o indígena, conferindo-lhe uma degenerescência natural, que agora era pretensamente comprovada nas teorias científicas da época.

Como um dos principais motivos da degenerescência indígena era de ordem geográfica, e atingia toda a América, sobretudo os trópicos úmidos, ficava difícil fugir à idéia de que isso também, eventualmente, abrangeria os brancos que vivessem muito tempo nessas regiões. Por isso se preferiu atribuir à biologia a culpa pela degenerescência.²⁷

Essa elite conservadora buscava legitimar assim uma explicação para a miséria de grande parte da população, ignorando os fatores condicionados pela ausência de ações políticas reformistas.

O debate sobre a construção da nacionalidade brasileira, mantido no seio de uma elite comprometida com seus próprios interesses, não conseguia ultrapassar as barreiras impostas pela necessidade de conservação da estrutura social. A maioria dos intelectuais e políticos do Império via na pobreza dos remanescentes indígenas os sinais de um estado natural de degenerescência irreversível, e não o resultado de um fenômeno social. O fato de terem os índios sido historicamente despojados de seu modo de vida autônomo, bem como sistematicamente empobrecidos pela exploração de seu trabalho e pela constante apropriação de suas terras era

²⁷ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p. 111.

totalmente ignorado e substituído pelo raciocínio racista que confere à sua própria biologia a explicação de seu estado social²⁸

Um exemplo da intelectualidade racista que adotaria esse discurso era o historiador Adolpho de Varnhagen. O historiador negava a possibilidade de construção de uma nacionalidade brasileira que abarcasse o elemento indígena. As idéias desse intelectual refletiam a ideologia dominante da elite brasileira, que naquele momento histórico iria elaborar as leis imperiais que definiram a estrutura fundiária brasileira e a relação do poder estatal frente aos direitos indígenas. Essa elite defendia a construção de uma nacionalidade brasileira amparada na sua origem européia. O Brasil deveria buscar o branqueamento e a homogeneização do povo, negando a diversidade cultural e a existência dos indígenas.

[...] a perspectiva de Varnhagen foi a de jogar permanentemente com as duas perspectivas. Ora apontava para seus leitores a inata degradação dos ameríndios, que os tornaria irrecuperáveis, ora apontava a possibilidade de, mesmo degenerados, serem, contudo, resgatáveis. Para ele, o que permanecia sendo inconcebível era o Estado brasileiro manter-se ausente na resolução de tão angustiante questão e, assim, permitir que os índios bravos continuassem a infestar os sertões do país, roubando terras à civilização e impossibilitando a conformação do povo brasileiro, uno, coeso e branco.²⁹

No contraponto a essa posição majoritária, construindo a defesa de uma nacionalidade brasileira que abarcasse a figura do indígena, destacou-se a figura de José Bonifácio de Andrada e Silva, intelectual influenciado pelas idéias iluministas que havia se destacado como o principal articulador da proclamação da independência.

Buscando no elemento indígena a simbologia de uma nação independente, e entendendo a partir dos ideais humanistas a necessidade de reconhecer direitos aos índios, Bonifácio defendeu a possibilidade de civilização dos índios por meios pacíficos. Com esse objetivo, elaborou e apresentou um projeto sobre a política indigenista brasileira, apresentado à Assembléia Geral Constituinte de 1823.

²⁸ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p. 111.

²⁹ OLIVEIRA, Laura Nogueira. **Os índios bravos e o sr. Visconde**: os indígenas brasileiros na obra de Francisco Adolfo de Varnhagen. 2000. 186f. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG, Belo Horizonte, 2000, p. 106. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&co_obra=19077>. Acesso em 3.dez.2013.

O seu projeto, denominado “Apontamentos para Civilização dos Índios Bárbaros do Império do Brasil” afirmava que o indígena poderia ser integrado pacificamente à sociedade brasileira, defendia que o relacionamento do Estado brasileiro com as populações indígenas fosse orientado pelos princípios da justiça, brandura, constância e sofrimento, como forma de conquistar a simpatia dos indígenas. Visava que fosse interrompido o esbulho das terras indígenas, que deveriam ser compradas, o que integraria o índio à economia através de relações amistosas. Segundo seu projeto, seria estabelecida uma aproximação entre brancos e índios, promovendo o comércio, o desenvolvimento da agricultura, os casamentos mistos e a catequese.³⁰

Entretanto, a Assembléia Constituinte termina dissolvida pelo imperador, e dessa forma a Constituição de 1823 não fala dos índios, restando engavetada a proposta de Bonifácio.

O projeto idealizado por Bonifácio representava a possibilidade concreta de viabilizar a formação efetiva de uma nação brasileira. A idéia de integrar os índios através da catequese era bem recebida pelos setores políticos liberais, que estavam interessados na organização do Brasil recém independente.

A indefinição política do primeiro império adiou as primeiras leis indigenistas de caráter nacional, que surgem apenas a partir do período da Regência.

No que tange à política indigenista, em 1833 é extinto o cargo de Ouvidor da Comarca, concentrando no Juiz de Órfãos a tutela individual, que regulamentava o trabalho, e a tutela coletiva, que consistia na administração das terras indígenas.

No processo de construção da legislação indigenista que se seguiu, deve ser destacado o Decreto nº 426 de 24 de julho de 1845, conhecido como Regimento das Missões. O Regimento voltava a adotar o sistema de catequese dos índios, e determinava a reunião de aldeias e permitia o arrendamento das terras indígenas. Assim as aldeias eram melhor do Estado, que nesse sentido recriou o cargo de diretores de índios, aos quais cabia a administração das aldeias. Após a Lei de 1850, estes diretores ficariam responsáveis por registrar as terras das aldeias, o que muitas vezes deixaram de fazer, facilitando apropriações indevidas.³¹

³⁰ GAGLIARDI, José Mauro. **O indígena e a República**. São Paulo, Ed. Hucitec, 1989, 30-31 passim.

³¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org) **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987. p.113.

Contudo, a construção normativa que definitivamente institucionalizaria a usurpação das terras ocupadas pelos índios seria a promulgação da Lei nº 601, de 18.9.1850, conhecida como “Lei de Terras”. Esta lei teve sua regulamentação pelo decreto nº 1.318, de 1854.

A Lei de Terras determinou os horizontes da estrutura fundiária brasileira, pois ao não legitimar o direito de posse, acabou excluindo pequenos lavradores independentes e muitas aldeias indígenas. Para registrar o direito à posse da terra ocupada essa lei exigia a compra das terras junto às províncias ou a apresentação documentos comprovando o título.³²

Há que ser destacado que a Lei de Terras determinava a reserva de terras devolutas para a colonização dos indígenas, adotando a compreensão já pacificada no período colonial, de que os índios eram os originais senhores de suas terras, não havendo necessidade de legitimar a posse.

Entretanto, o direito acabou limitado apenas ao objetivo de promover o aldeamento dos índios. O indigenato era desconsiderado após a extinção das aldeias, tornando a maior parte das terras devolutas. Cabe ressaltar que na prática esse aspecto da lei acabou permitindo que a maior parte do território fosse perdida, pois ao restringir a posse à área do aldeamento, desconsiderava o direito à posse originária nos termos de da lei de 1680, que havia concedido o título originário do indigenato aos índios em relação aos territórios que ocupassem.

O art. 12º da Lei 601 reservava terras devolutas para a colonização dos indígenas. A regulamentação deste artigo garantia para o aldeamento de “hordas selvagens” essas terras devolutas, permitindo seu usufruto e impedindo sua alienação (Decreto 1.318, art. 72º ao 75º). A legislação colonial possibilitava aos índios serem aldeados em suas próprias terras, que lhes eram reservadas (títulos de sesmarias etc.). Ainda em 1850, uma Decisão do Império mandou incorporar às terras da União as terras dos índios que já não viviam aldeados, conectando o reconhecimento da terra à finalidade de civilizar hordas selvagens (Decisão nº 92 do Ministério do Império, 21/10/1850). Na prática, a lei de terras reduzia o direito indígena aos territórios dos aldeamentos³³

³² GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. pag. 80.

³³ PACHECO OLIVEIRA, João; ROCHA FREIRE, Carlos Augusto da. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília. SECAD/MEC; UNESCO; LACED/MUSEU NACIONAL. 2006. 268 p. (Coleção Educação para Todos, 13). Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

Dessa forma, na maioria das províncias o direito dos indígenas às terras que ocupavam não foi respeitado. Embora o regulamento de 1854, no seu artigo 75, declarasse que assim que estivessem civilizados, os índios deveriam receber suas terras em pleno domínio. O que ocorreu de fato foi que os índios poderiam permanecer nessas terras, mas não teriam efetivamente reconhecido o seu direito aos territórios originais.

A lei deixa claro, tanto pela pretensão de demarcação das terras indígenas, bem como pela utilização de alguns termos, tais como "colonização dos indígenas", "civilização", "aldeamentos", de que o índio deveria deixar o seu "modus vivendi" em troca de sua sobrevivência como "civilizado".³⁴

Entretanto, nem mesmo sob a condição de se estabelecerem em aldeamentos os índios tiveram seus direitos garantidos. O não reconhecimento das terras indígenas era causado tanto pelo desleixo dos responsáveis pela demarcação como pelo deliberado descumprimento da legislação pelas autoridades provinciais, diretamente interessadas na apropriação dessas áreas.

Nesse período, muitos parlamentos de províncias aproveitaram para desfazer as aldeias indígenas, realizando-se grande transferência de áreas indígenas para a propriedade de províncias ou particulares. Como os parlamentos provinciais possuíam competência legislativa sobre questões indígenas, diversas províncias chegaram a extinguir todas as aldeias existentes em seu território, muitas vezes anulando as doações de sesmarias já realizadas, amparando-se para isso em uma alegada inexistência de índios.³⁵

O direito dos índios sobre suas terras, fosse esse um direito originário ou já outorgado por títulos de doação de sesmarias, era facilmente ignorado quando em confronto com os interesses das elites dominantes, caracterizando um período de grande usurpação das terras indígenas.

³⁴ OLKOSK, Wilson. **História agrária do Médio Alto Uruguai – RS: colonização, (re)apossamento das terras e exclusão (1900-1970)**. 2002. 132f. Dissertação (Mestrado em História – Estudos Históricos Latino-americanos) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2002. p. 83. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=18963> Acesso em: 8.dez.2013.

³⁵ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2010. p.152.

Há, resumindo, duas expropriações sucessivas que parecem operar: embora desde o fim do século XVII os aldeamentos coincidisse frequentemente com os territórios originais dos índios (e fossem, portanto, de sua propriedade pelo título do indigenato), as terras dos aldeamentos acabam sendo tratadas a partir da Lei de Terras como apenas reservadas e destinadas a uma ulterior doação aos índios. É uma primeira expropriação a que se segue a extinção das aldeias e a liquidação de suas terras, sem que a doação se efetive.³⁶

O período imperial brasileiro pode ser caracterizado como o momento em que é institucionalizado o latifúndio como modelo de organização fundiária do Brasil. Toda a construção normativa do período consolida a concentração da terra, determinando as diretrizes da organização social brasileira com a exclusão econômica da parcela majoritária da população.

No que diz respeito à questão indígena, o reflexo dessa legislação imperial foi o pleno avanço da sociedade brasileira na apropriação dos territórios indígenas originais, fazendo com que muitos povos desaparecessem ou perdessem grande parte de seu patrimônio cultural.

Nesse processo, os níveis de aculturação e integração das comunidades indígenas na sua relação com a sociedade brasileira foram usados como justificativa para negar a existência física dessas populações. Conjugou-se a invasão e expropriação de suas terras com a coação econômica, epidemias e migrações forçadas, constituindo um processo social que teve como resultado a assimilação das populações indígenas na parcela mais marginalizada da população.³⁷

Assim, implementando uma política baseada na civilização e assimilação dos índios por meios pacíficos, a política indigenista do período imperial constituiu-se como projeto oficial de extinção dos povos indígenas. Durante esse período o Estado brasileiro apropriou-se dos territórios indígenas de forma sistemática, em um processo viabilizado tanto pela via do descumprimento da legislação como pela negação da existência desses povos.

1.3 A criação do Serviço de Proteção ao Índio: a política integracionista e a expansão da sociedade brasileira sobre as terras indígenas

³⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org) **Os Direitos do Índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p.71.

³⁷ GOMES, Mércio Pereira. **Os Índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988, pag. 60.

O período imperial terminaria apenas em 1889. Os primeiros anos da República proclamada não representaram um processo de mudança que possibilitasse uma reorganização da estrutura jurídico-normativa que determinava as formas de relacionamento entre o Estado brasileiro e os indígenas.

Os conceitos de catequese e civilização a cargo da igreja católica continuaram orientando o processo de incorporação do indígena à sociedade.

Porém, o movimento político que resultou na queda da monarquia abarcava um setor que seria determinante na construção de uma nova política indigenista no Brasil. Tratava-se dos entusiastas da doutrina positivista.

O positivismo surgiu na França, na primeira metade do século XVIII, idealizado por Augusto Comte como uma idéia de organização da sociedade com a finalidade de trazer equilíbrio social. Seriam os seguidores dessa doutrina os principais formuladores da relação do Estado republicano com os povos indígenas, restando necessário o entendimento dos princípios dessa doutrina de pensamento. A base da doutrina positivista era a idéia de que o desenvolvimento humano deveria passar por três estados durante sua evolução: o Teológico, o Metafísico e o Positivo.

Essa teoria permitia analisar as sociedades sob fundamentos científicos, caracterizando-as nos estágios dessa evolução. Segundo Comte, apenas no ocidente havia sido concretizada a evolução completa até o estado Positivo. Portanto, todos os demais povos estavam em estágios inferiores do desenvolvimento humano. O positivismo dividia o estado teológico em três etapas sucessivas: fetichismo, politeísmo e monoteísmo. De acordo com a doutrina positivista, povos que permaneciam na etapa fetichista poderiam evoluir diretamente para o estado Positivo, desde que fossem dirigidos por missionários positivistas. O positivismo defendia também a substituição da religiosidade católica por uma religiosidade positivista, fundamentada no humanismo.³⁸

Essas concepções da doutrina positivista seriam determinantes nos rumos da política indigenista republicana. No que tange aos direitos indígenas, a atuação dos positivistas foi na defesa do reconhecimento pleno dos direitos do índio como integrante da República, que deveria ter seus direitos territoriais garantidos.

³⁸ GAGLIARDI, José Mauro. **O indígena e a República**. São Paulo: Ed. Hucitec, 1989. p. 41-46 passim.

Positivistas chegaram a apresentar proposta que reconheceria nações indígenas livres e soberanas, que seriam organizadas em Estados, que teriam autonomia interna e controle de seus territórios, sendo protegidos pelo governo contra invasores. A idéia foi vista com antipatia e rejeitada.³⁹

O pensamento positivista da época defendia o pleno reconhecimento dos direitos indígenas, esse posicionamento pode ser exemplificado pelas idéias de Teixeira Mendes, que defendia que os povos indígenas deveriam ser reconhecidos como nações soberanas e independentes.

Segundo Teixeira Mendes, deveria ser reconhecido o título sobre as terras que ocupassem, bem como realizada a demarcação de seus territórios e respeitada a sua soberania dentro destes, inclusive defendendo que pudessem se opor à obras ferroviárias que invadissem suas áreas.⁴⁰

Inobstante os esforços dos positivistas, essenciais articuladores e intelectuais do movimento republicano, prevaleceu o interesse das elites brasileiras, que em virtude da ausência de um processo revolucionário na transição de regime, permaneciam as reais detentoras do poder político. Nesses termos, a primeira Constituição republicana do Brasil, de 1891, não continha uma referência aos índios. Contudo, a questão da terra indígena estava presente indiretamente no texto.

Com efeito, em seu artigo 64, a Constituição transferia aos Estados da Federação os territórios considerados sem dono.

Mesmo que a terra indígena, em virtude da construção normativa imperial, não pudesse ser classificada como terra devoluta, a ambigüidade da transferência permitiu que Estados e municípios mantivessem as práticas do Império, legitimando o registro de terras indígenas em seus domínios. Essa transferência da competência sobre as terras devolutas para o âmbito dos Estados viabilizou a constante apropriação das terras indígenas.

Sem uma fiscalização do poder central, os Estados elaboravam regulamentações que emprestavam legalidade às violações do direito originário dos indígenas à terra, o que permitiu a incorporação contínua e ilegal das terras

³⁹ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes. 1988, p.83.

⁴⁰ CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org) **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987. p.72.

indígenas pelos Estados, possibilitando a apropriação dessas terras pelas oligarquias locais.⁴¹

Diante dessa desregulamentação legal a que foi submetido o direito indígena, a situação desses povos diante da expansão da economia brasileira tornou-se crítica. Como fator adicional de agravamento, o avanço da colonização européia representava uma pressão ainda maior sobre territórios que até então não haviam sido alcançados pelo desenvolvimento econômico e expansão fundiária.

Para garantir o estabelecimento dos núcleos colonizadores e a ocupação de territórios e a realização de obras demandadas pela expansão econômica, tornou-se constante a ocorrência de conflitos violentos de colonos e funcionários de obras públicas contra os índios até então isolados naqueles territórios. A repercussão nacional e internacional desses conflitos, bem como a denúncia da crescente realização de massacres com a contratação de bugreiros, foram fatos que fortaleceram o clamor pela criação de uma política indigenista coerente.⁴²

Um movimento de opinião pública sem precedentes sobre a questão indígena agitou o Brasil nos primeiros anos do século XX. Culminou com uma polêmica acirrada em 1907-1908, entre Von Ihering, então diretor do Museu Paulista, que defendera o extermínio dos índios que resistissem ao avanço da civilização, e vários grupos da sociedade civil, notadamente acadêmicos e positivistas. Em 1908, pela primeira vez, o Brasil foi publicamente acusado de massacrar os índios: a denúncia foi feita em Viena, diante do XVI Congresso dos Americanistas.⁴³

É nesse contexto de debates públicos que o Marechal Cândido Rondon propõe a criação de uma agência estatal para tratar da questão indígena. Rondon era prestigiado pelo seu trabalho nas Comissões de Linhas Telegráficas, onde adotou métodos pacíficos para o contato com grupos indígenas isolados.

As relações de Rondon e demais positivistas com o governo materializaram o Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, que criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), depois denominado apenas Serviço de Proteção ao Índio – SPI, órgão leigo, orientado pelos princípios do positivismo, que trataria do índio como sujeito capaz de integrar-se à sociedade,

⁴¹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2010, p. 165.

⁴² GOMES, Mércio Pereira. **Os Índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis. Ed. Vozes. 1988, p.84.

⁴³ Ibidem. p.83.

embora o considerasse culturalmente inferior, o que determinava que fosse civilizado. Nesse processo as suas terras e seu modo de vida passariam a ser administradas pelo órgão indigenista.⁴⁴

Dessa forma o SPI conjugava a missão de humanista a responsabilidade de evitar os conflitos e viabilizar o contato da sociedade brasileira com as tribos isoladas, garantindo que estas pudessem ser assimiladas pacificamente pela sociedade brasileira.

No Decreto n.º 8.072/1910, que criava o SPI, estava prevista a demarcação das terras ocupadas pelos índios, concedendo-lhes o seu usufruto exclusivo.

O Decreto considerava nulos de pleno direito o arrendamento ou a alienação dessas terras (arts. 4º, 6º, 7º, 8º e 9º). Com as atividades do SPI, a questão indígena passa a receber enfoque na construção do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido o Decreto n.º 4.484/1928 contém providências para garantir a posse das terras.

A Constituição de 1934 é o primeiro texto constitucional brasileiro a recepcionar o reconhecimento dos direitos indígenas. Em seu artigo 5.º, inciso XIX, alínea m, o texto determinava a competência privativa da União para Legislar sobre “a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

Os direitos territoriais são presentes em seu artigo 129, onde foi estabelecida de forma inequívoca a proteção das terras indígenas “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

O fundamento desse dispositivo constitucional era o reconhecimento dos direitos originais dos índios sobre suas terras, resgatando o entendimento doutrinário estabelecido na época da Colônia e do Império.

A Constituição Brasileira de 1937, em seu artigo 154, mantém o reconhecimento dos direitos indígenas às terras. O texto estabelecia “será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

⁴⁴ PACHECO OLIVEIRA, João; ROCHA FREIRE, Carlos Augusto da. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília. SECAD/MEC; UNESCO; LACED/MUSEU NACIONAL. 2006. 268 p. (Coleção Educação para Todos, 13). P. 112-114 passim. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372.pdf>>. Acesso em: 8 dez.. 2013.

A Constituição de 1946 manteve os dispositivos referentes à regularização da posse das terras indígenas. Em seu artigo 216, o texto constitucional estabelecia que “será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, coma condição de não a transferirem”.

Nas Constituição de 1967 esses direitos abrangeram o usufruto exclusivo aos recursos naturais e demais utilidades. O artigo 186 do texto de 1967 declarou que “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”

Esses direitos seriam melhor determinados no artigo 198 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. O texto confirmou os direitos declarados em 1967, determinando que “as terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes”.

Os parágrafos desse artigo vedavam expressamente a possibilidade de reivindicação de direitos de terceiros sobre as terras indígenas: “§ 1º – Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas; Evidencia-se nesse texto a vedação legal à postulação de indenizações contra o Estado: “§ 2º – A nulidade e a extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio”⁴⁵

O avanço normativo durante o período republicano representou a consolidação dos direitos dos povos indígenas à posse originária de seus territórios. Entretanto, as características desse período histórico devem ser observadas no processo de materialização do direito.

O processo de modernização do Estado brasileiro impulsionou a expansão da economia sobre territórios que haviam escapado dos ciclos de desenvolvimento anteriores da sociedade brasileira.

⁴⁵ CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org) **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987. 82-111 passim

As pressões dos setores diretamente envolvidos nesse processo de expansão muitas vezes foi mais determinante do que os enunciados da legislação. Cabe entender que o caráter integracionista da política indigenista implementada no Brasil fez com que o SPI, embora inicialmente orientado por ideais nobres, acabasse pautado em práticas correspondentes às limitações dos contextos históricos.

2 O DIREITO À DEMARCAÇÃO E PROTEÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

No primeiro capítulo buscou-se fazer um retrospecto das principais diretrizes históricas da construção normativa referente ao reconhecimento dos direitos indígenas aos seus territórios. Em todos os períodos históricos é permanente a supremacia dos interesses econômicos sobre os direitos estabelecidos nos textos legais. Embora os direitos dos indígenas aos seus territórios originais fossem repetidamente reconhecidos, a efetividade dessas normas dependia de uma vontade política nacional da qual o índio não podia participar.

Diante da resistência indígena contra todos os processos que buscaram sua extinção, restou à sociedade brasileira a tentativa de impor a sua assimilação os submetendo a projetos nacionais que não abarcam a concretização de seus direitos. O capítulo seguinte visa analisar os equívocos históricos dessa política indigenista, analisando também como, amparados no avanço dos direitos humanos, os índios começaram a reivindicar sua emancipação política, atuando durante o processo constituinte e reivindicando seus direitos nos dias atuais, determinando a questão da demarcação de seus territórios como questão em evidência na realidade brasileira.

2.1 Os equívocos da política indigenista brasileira: a criação da FUNAI e os direitos do índio à terra no contexto desenvolvimentista

Inobstante os esforços daqueles que se dedicaram a defender os direitos indígenas, o projeto de incorporação dos indígenas à sociedade nacional revelou que as normas estabelecidas no ordenamento jurídico não foram suficientes para evitar um vergonhoso processo de usurpação de terras e imposições de violências físicas e culturais contra os índios brasileiros.

A política indigenista brasileira teve muita dificuldade para dar concretude às determinações legais, que orientavam que fosse reconhecido e efetivado o direito originário dos indígenas às terras que ocupavam. Originada em uma tradição colonialista e conservadora, a política indigenista brasileira sofreu mudanças importantes a partir da independência do Brasil. O índio, que era o oposto do sujeito nacional brasileiro idealizado pelas elites, começou a ser aproximado do ideal de humanidade.

Contudo, a humanização do elemento indígena era condicionada à sua inferiorização. O índio é recebido no pacto social, mas com a condição de ser tratado como um órfão, um tutelado.

Essa visão paternalista também é baseada na compreensão filosófica de que os índios eram seres humanos em um estágio primitivo de desenvolvimento, e de que devido a esse estado indolente os índios estariam indiscutivelmente condenados à extinção, que sua miscigenação física e cultural era inevitável e inclusive necessária para a evolução da sociedade humana. De acordo com esse pensamento, o índio em processo de civilização deveria ser considerado um sujeito incapaz, devendo ser tratado como uma criança, o que reflete no seu estatuto jurídico. O Estado reconhece a sua humanidade e a sua titularidade de direitos, mas o considera incapaz de exercê-los por conta própria.

No plano político o índio foi se transformando no objeto da ação mitigadora do Estado, que passava a agir em formas de reparação. Esta é a tônica que reconhecemos desde a regência, passando pela segunda metade do Império e todo o período republicano, sempre com variações temporárias de maior ou menor esforço e responsabilidade na administração das políticas efetivas.⁴⁶

A visão colonialista fundamenta-se nessa idéia da superioridade da sociedade ocidental, considerando as nações indígenas primitivas em um escalonamento onde a civilização ocidental é o modelo padrão de sociedade, devendo ser seguida por todas as demais civilizações do mundo como caminho de desenvolvimento da humanidade.

O positivismo, ao adaptar a concepção eurocêntrica em bases de argumentação da lógica científica, permitiu que essa idéia ultrapassasse os limites do colonialismo, permeando todo o processo de homogeneização das sociedades até o processo atual de globalização.

Diminuir, desmerecer e mistificar o pensamento indígena foi, durante muito tempo, quase uma necessidade do mundo ocidental, e ainda hoje esse vício nos persegue. Nem sempre por má vontade, quase sempre por ainda não sabermos como nos posicionar condignamente em relação a esses povos.⁴⁷

⁴⁶ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p.98.

⁴⁷ Ibidem p.107.

Essa inferiorização dos povos indígenas sustentou-se durante muito tempo nas doutrinas do cientificismo evolucionista do darwinismo social e na concepção aculturativa, segundo as quais os povos indígenas tendem obrigatoriamente a desaparecer ou serem assimilados física e culturalmente pela sociedade ocidental.

O contexto de expansão econômica promoveu a idéia da consagração do avanço civilizatório ocidental como único destino viável para a sociedade. Diante dessa leitura, coube à política indigenista orientar-se no objetivo de possibilitar a integração dos índios na sociedade nacional, administrando as contradições e conflitos presentes nesse processo.

Embora o humanismo positivista dos idealizadores do SPI não tenha conseguido fazer o Estado brasileiro reconhecer os povos indígenas como nações livres e soberanas, conseguiu estabelecer como princípio da política indigenista uma tradição de respeito à pessoa do índio, de reconhecimento de seus povos como parte da nação brasileira e de dedicação e amor à causa dos índios.⁴⁸

A vulnerabilidade dessa política diante das forças econômicas interessadas na desconstrução dos direitos indígenas revelou-se uma problemática extremamente danosa para essas populações.

O regime tutelar, instaurado com a criação de uma agência indigenista inspirada na experiência da Comissão Rondon e formatada no sertanismo como representação imagética, tem seu dinamismo estabelecido por uma contradição básica e fundadora, conhecida como “o paradoxo da tutela” (Pacheco de oliveira, 1988). O tutor existe para proteger o indígena da sociedade envolvente ou para defender os interesses mais amplos da sociedade junto aos indígenas? É da própria natureza da tutela sua ambigüidade, as ações que engendra não podendo ser lidas apenas numa dimensão humanitária (apontando para obrigações éticas ou legais), nem como um instrumento simples de dominação. É no entrecruzamento dessas causas e motivações que deve ser buscada a chave para a compreensão do indigenismo brasileiro, um regime tutelar estabelecido para as populações autóctones que foi hegemônico de 1910 até a Constituição de 1988, perdurando em certa medida até os dias atuais em decorrência da força de inércia dos aparelhos de poder e de estruturas governativas.⁴⁹

Os conflitos pela posse da terra eram determinados no âmbito de processos de ocupação e colonização realizados em áreas de expansão da economia nacional.

⁴⁸ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p.99.

⁴⁹ PACHECO OLIVEIRA, João; ROCHA FREIRE, Carlos Augusto da. **A Presença Indígena na Formação do Brasil**. Brasília. SECAD/MEC; UNESCO; LACED/MUSEU NACIONAL. 2006. 268 p. (Coleção Educação para Todos, 13). P. 115 Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

Nessas áreas, a valorização das terras determinava a usurpação das terras indígenas como parte de processos de povoamento promovidos pelos governos locais. Nessas áreas a atuação do SPI era descartada e refutada pelas autoridades locais, persistindo a apropriação desordenada das terras indígenas, que era viabilizada através do financiamento de massacres dos grupos indígenas.

Como exemplo desse processo pode ser citado o contexto do Estado de Santa Catarina do início do século XX, onde a atuação o SPI não conseguiu atuar frente aos projetos de extinção dos grupos indígenas.

Esta ação foi desenvolvida principalmente pelos bugreiros, profissionais pagos para exterminar os indígenas e garantir a segurança nas colônias. Quase sempre promoviam verdadeiras chacinas nos locais onde encontravam os indígenas acampados. Pelo que representaram em seu tempo, eram considerados como heróis e muitos lhes devotavam respeito e admiração. No Sul Catarinense não se tem registro de uma voz que se levantado na defesa dos indígenas. Assim, este personagem ficou consagrado e atuou muito tempo depois de criado o SPI em 1910. Em virtude desta atuação, os Xokleng viram seu território cada vez mais reduzido tendo que se retirar e ficar espremido nos paredões da Serra Geral. Ainda assim continuaram sendo perseguidos pelos bugreiros até o dia em que se tornou impossível viver como grupo autônomo nas florestas da região.⁵⁰

Mesmo nas áreas onde a ação do SPI teve alcance, a política de pacificação das tribos isoladas não conseguiu evitar um drástico declínio populacional e até mesmo a extinção de muitos desses povos.

Em virtude das pressões ocasionadas pelos avanços da fronteira econômica do capitalismo brasileiro, a política indigenista tutelar, embora estabeleça como fundamento uma tutela protetiva dos direitos indígenas, permitiu que interesses contrários aos índios determinassem os rumos da política indigenista governamental.

Nesse contexto ocorreu a decadência do SPI como órgão capaz de garantir a proteção dos indígenas no processo de integração ao modo de vida ocidental. Ao realizar o contato, o SPI não tinha os meios suficientes para assegurar as condições de sobrevivência dos indígenas.

⁵⁰ SELAU, Maurício da Silva. **A ocupação do território Xokleng pelos imigrantes italianos do Sul Catarinense (1875-1925):** resistência e extermínio. 2006. 163f. Dissertação (Mestrado em História Cultural) – Universidade de Santa Catarina, Florianópolis, 2006, p. 147. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailObraForm.do?select_action=&co_obra=145979>. Acesso em: 8. dez. 2013.

A defesa dos territórios era prejudicada pela subordinação do órgão à ministérios e projetos políticos que não priorizavam a ação indigenista. A burocratização do órgão possibilitou que a administração do processo de integração de povos indígenas acabasse permeado pela corrupção.

As atividades do SPI passaram a facilitar a expropriação das terras indígenas e a exploração indevida de seus recursos. Os agentes do SPI corromperam-se e passaram a administrar os aldeamentos em benefício do próprio enriquecimento aliando-se aos grupos interessados na apropriação dos bens indígenas, praticando deixando os índios sujeitos a massacres e epidemias, em situação de miserabilidade total.

Nesse período ocorreu o golpe civil-militar de 1964, e a falta de linhas para a política indigenista agravou a degeneração do SPI, o que suscitou que o ministro do Interior, General Albuquerque Lima, encarregasse o Procurador Geral Jader Figueiredo de investigar as atividades do órgão indigenista.⁵¹

A investigação, feita em 1967, em plena ditadura, a pedido do então ministro do Interior, Albuquerque Lima, tendo como base comissões parlamentares de inquérito de 1962 e 1963 e denúncias posteriores de deputados, foi o resultado de uma expedição que percorreu mais de 16 mil quilômetros, entrevistou dezenas de agentes do SPI e visitou mais de 130 postos indígenas. Jader de Figueiredo e sua equipe constataram diversos crimes, propuseram a investigação de muitos mais que lhes foram relatados pelos índios, se chocaram com a crueldade e bestialidade de agentes públicos. Ao final, no entanto, o Brasil foi privado da possibilidade de fazer justiça nos anos seguintes. Albuquerque Lima chegou a recomendar a demissão de 33 pessoas do SPI e a suspensão de 17, mas, posteriormente, muitas delas foram inocentadas pela Justiça.⁵²

O Relatório Figueiredo⁵³ contava com mais de 5.115 páginas em 20 volumes, escondido pela ditadura, o documento foi recentemente encontrado, o que possibilita que aos poucos o conteúdo do documento possa ser estudado. O relatório revelou que agentes do SPI estavam envolvidos em várias práticas de corrupção e violência, praticando não apenas a exploração do trabalho e a venda de terras indígenas, mas

⁵¹ GAGLIARDI, José Mauro. **O indígena e a República**. São Paulo: Ed. Hucitec, 1989. p. 282-284 passim.

⁵² CANÊDO, Felipe. Documento que registra extermínio de índios é resgatado após décadas desaparecido. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 19 abr. 2013. Política. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/04/19/interna_politica,373440/>. Acesso em: 2 dez. 2013.

⁵³ RELATÓRIO Figueiredo. Disponível em: <<https://drive.google.com/folderview?id=0BwQXewGzjcAyZlltcC1oUkdDVTQ&usp=sharing>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

também torturas, abusos sexuais e assassinatos dos índios sob sua guarda nos postos indígenas. Também foi revelado que os agentes do órgão responsáveis pelas áreas de contato com tribos isoladas auxiliaram os latifundiários na localização e extermínio de diversas tribos indígenas através de massacres que combinavam o uso de armamento pesado com táticas de guerra biológica através da introdução de doenças que rapidamente dizimavam as populações indígenas.

A repercussão do relatório produziu protestos em nível nacional e internacional, inclusive com a ameaça de investigação do Brasil pelas Nações Unidas. Reportagens da época informavam que dos 700 funcionários do SPI, 134 eram acusados de crimes, 200 haviam sido demitidos e 38 afastados. Em resposta à comoção da opinião pública, o governo militar prometeu punir os indiciados e retomar as terras indígenas vendidas ilegalmente. Contudo, as investigações não prosseguiram e o relatório foi considerado perdido em um incêndio.⁵⁴

Nesse contexto o caminho escolhido pelo regime militar foi extinguir o SPI e criar um novo órgão reestruturado para gerir a política indigenista do Estado brasileiro. Assim, através da Lei n.º 5.371, de 5 de Dezembro de 1967, é criada a FUNAI – Fundação Nacional do Índio.⁵⁵

Cumprido ressaltar estar expresso na referida lei que a natureza jurídica da FUNAI é de “fundação com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil”. Nesse sentido, podem ser destacados alguns de seus dispositivos:

“Art. 2º O patrimônio da Fundação será constituído:

[...]

IV - pelas rendas e emolumentos provenientes de serviços prestados a terceiros;

V - pelo dízimo da renda líquida anual do Patrimônio Indígena;

[...]

Art. 3º As rendas do Patrimônio Indígena serão administradas pela Fundação tendo em vista os seguintes objetivos:

I - emancipação econômica das tribos;

II - acréscimo do patrimônio rentável;⁵⁶

⁵⁴ DAVIS, Shelton H. Davis. **Vítimas do milagre: o desenvolvimento e os índios do Brasil**. Tradução: Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro: Zahar Ed, 1978. p. 33-36 passim.

⁵⁵ BRASIL. **Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de dezembro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 8 dez. 2013.

⁵⁶ Ibidem.

Projetada para gerir a política indigenista de forma a corrigir os erros administrativos do SPI, a FUNAI é tragicamente criada com os mesmos princípios de viés integracionista que permitiram a degeneração administrativa do SPI. Como mostra o conteúdo do texto legal que a criou, a Fundação é expressamente orientada a promover a emancipação econômica do índio através da administração dos recursos das terras originárias, através de métodos que almejaram auferir renda. Esse objetivo era determinado pelo forte caráter assimilacionista da política indigenista que ela deferia promover.

A criação da FUNAI se deu no momento de ascensão do regime civil-militar brasileiro, que naquele momento histórico estruturava um projeto de desenvolvimento econômico e integração nacional, planejando a exploração e colonização do interior do Brasil. Esse projeto reforçava o paradigma integracionista da relação entre o índio e a sociedade brasileira. Assim, o regime ditatorial assume a execução de um antigo plano de desenvolvimento e integração nacional, e declara a intenção de realizar a construção de um sistema de rodovias através da região Norte do país, integrando a região amazônica à economia do país.

No início da década de 70 esse plano de desenvolvimento econômico começava a delinear uma expansão agressiva que materializava na construção na rodovia transamazônica a imagem de uma nação que expandia o desenvolvimento aos confins do seu território. O projeto de integração e colonização da região amazônica não demora a expor sua agressividade em relação aos povos indígenas da região. A região Norte do Brasil ainda apresentava considerável densidade de povos indígenas vivendo autonomamente em seus territórios tradicionais. O contato dessas populações com as equipes de trabalho das obras de infra-estrutura rodoviária promoveram conflitos violentos e facilitariam a ação desordenada de contato desses povos com o homem branco. A estratégia de desenvolvimento idealizada pelos militares submetia os povos indígenas amazônicos a um contato imediato que desestruturava o seus modos de vida, deixando essas populações vulneráveis frente à doenças e violências características de um processo de contato desordenado, orientado pela supremacia dos interesses econômicos de setores da sociedade que equacionavam o genocídio indígena como um fator irrelevante no processo de crescimento da economia.⁵⁷

⁵⁷ DAVIS, Shelton H. Davis. **Vítimas do Milagre**: o desenvolvimento e os índios do Brasil. Tradução: Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro: Zahar Ed, 1978, p. 37- 41 passim.

O projeto do governo brasileiro promoveu amplos projetos de exploração econômica na Bacia Amazônica, facilitando a entrada de empreendimentos nacionais e internacionais relacionados à mineração em larga escala, bem como pecuária e agricultura, latifúndios empresariais. Somavam-se nesse contexto os projetos de infra-estrutura desenvolvimentista através dos já referidos sistemas rodoviários e construção de hidrelétricas. Embora propagandeado como um projeto de colonização através de incentivos para o assentamento de lavradores brasileiros sem terra, o contexto político determinou que as diretrizes do plano de exploração econômica da região Norte seriam construídas a partir da associação do regime militar com grandes instituições internacionais de crédito e corporações multinacionais interessadas nas riquezas amazônicas.⁵⁸

As políticas indigenistas seriam totalmente subordinadas aos planejamentos estratégicos do regime ditatorial. Durante todo o período ditatorial a atuação da FUNAI seria delineada pelos objetivos do Conselho de Segurança Nacional (CSN), Plano de Integração Nacional (PIN), Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

Nessa linha de atuação a FUNAI adotaria uma política empresarial que já havia se mostrado catastrófica quando implementada no âmbito do antigo SPI. De fato, no momento em que havia sido implantado esse sistema de integração forçada no antigo SPI, o modelo desestruturou e corrompeu o modo de vida indígena ao ponto de ensejar a necessidade de instauração de Uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar a miserabilidade infligida aos índios pela degeneração administrativa dos postos indígenas.

Nesse período, o SPI converteu vários postos indígenas em empresas econômicas onde os índios eram forçados a vender o produto de seu trabalho aos agentes do órgão, e onde as terras e recursos indígenas eram arrendados à estranhos através de direitos à exploração mineral, madeireira ou pecuária. Ao mesmo tempo, o SPI criou um fundo especial, a chamada renda indígena, que representava a renda auferida nas terras dos índios, e que serviria para pagar o salário dos agentes indigenistas e aliviar os custos das atividades do SPI.⁵⁹

Dessa forma, reeditando as práticas sabidamente equivocadas do antigo SPI, A FUNAI reativava o mecanismo da renda indígena no ano de 1970. Foi formado um

⁵⁸ DAVIS, Shelton H. Davis. **Vítimas do Milagre: o desenvolvimento e os índios do Brasil.** Tradução: Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro. Zahar Eds. 1978. P. 59-69 passim.

⁵⁹ Ibidem. p. 84.

fundo especial estatal com o lucro auferido com a venda dos produtos indígenas e com o arrendamento de suas terras. O plano previa que esse fundo financiaria projetos agrícolas e industriais nas terras indígenas, estabelecendo os pressupostos para a efetiva integração dos índios na economia de mercado, assimilando o indígena à sociedade brasileira como pequeno proprietário rural.

Outra medida desse regime de administração da FUNAI pelas diretrizes do regime militar seria a assinatura de um contrato entre FUNAI e superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) para a pacificação de quase trinta tribos indígenas que habitavam terras nas quais o regime projetava a construção da Transamazônica. De acordo com esse contrato, caberia à FUNAI realizar o contato e pacificar as tribos isoladas, tendo como objetivos principais assegurar que os índios não fossem obstáculo para a imediata ocupação da região e garantir a segurança dos trabalhadores da estrada contra possíveis ataques indígenas.⁶⁰

Os objetivos da política indigenista nesse período são flagrantemente orientados para promover a extinção física e cultural dos indígenas brasileiros, determinando como metas oficiais a apropriação de seus territórios originais para entregá-los ao projeto desenvolvimentista idealizado pela ditadura. O regime militar centralizava todos os projetos relacionados aos indígenas. O autoritarismo ditatorial permitia que se mantivessem afastados dos territórios indígenas os pesquisadores indigenistas, as organizações de apoio e os setores da igreja comprometidos com a defesa dos direitos indígenas. Nesse contexto, as únicas alternativas dos povos indígenas diante dessa escancarada sentença governamental de sua extinção eram a resistência e a adaptação aos desmandos que seriam realizados. Em todas as regiões do Brasil os índios foram violentados no seu direito territorial.

Além das frentes de expansão e exploração na Amazônia, os índios de outras áreas se viram desamparados pelo governo, perdendo a posse de territórios em conflitos fundiários nos quais não raras vezes seus já tão precariamente garantidos direitos territoriais eram colocados à contestação de pequenos lavradores sem-terra, que sem possibilidade de contestar uma organização equilibrada da estrutura fundiária nacional viam nas terras indígenas a possibilidade de garantir um acesso ao direito de propriedade. Os conflitos desse período ficaram registrados e são relatos históricos importantes para entender uma problemática de conflitos que

⁶⁰ DAVIS, Shelton H. Davis. **Vítimas do Milagre: o desenvolvimento e os índios do Brasil**. Tradução: Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro: Zahar Eds, 1978. p. 85.

denunciam a centralidade desses conflitos muito mais no âmbito da política do que no do direito.

No contexto daquele período era predominante a ideologia etnocêntrica baseada nas idéias evolucionistas sobre a humanidade e seu desenvolvimento através de estágios civilizatórios. Nesse entendimento teórico, a tutela do índio era prevista no texto constitucional brasileiro, considerando os índios como sujeitos relativamente capazes. No âmbito da crença nessa incapacidade relativa do índio e na necessidade inadiável de sua integração ao seio da sociedade é criado o Estatuto do Índio, através da Lei n.º 6.001 de 1973.⁶¹

Embora fosse orientado pela idéia de promover uma assimilação progressiva do índio através das técnicas de instalação de pontos de atração, colônias, postos indígenas e missões religiosas, o Estatuto do Índio trouxe novas diretrizes no que diz respeito à definição das terras ocupadas pelos índios, estabelecendo o prazo de cinco anos para que todas as terras indígenas do país fossem demarcadas.

O Estatuto também assegurava aos índios a possibilidade de participar do quadro de funcionários da FUNAI, permitindo sua participação em programas e projetos destinados às suas comunidades. Mesmo com essa possibilidade de participação do sujeito indígena em algumas das decisões que lhes diziam respeito, o fortalecimento da tutela no Estatuto reforçava a relação paternalista do Estado, mantendo os indígenas em um estado de submissão ao Estado.

No que tange às demarcações de seus territórios originais, o prazo de cinco anos para a efetivação das demarcações não foi cumprido. Inobstante o Estatuto do Índio tenha sido regulamentado, O Decreto nº 88.118 de 1983 transferiu as decisões sobre demarcação de terras indígenas para um grupo de trabalho integrado pela FUNAI/ Ministério do Interior/ Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários.

Art. 1º. As terras indígenas, a que se refere o artigo 17 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, de acordo com as normas deste decreto. [...]

§ 3º A proposta da FUNAI será examinada por um Grupo de Trabalho, composto de representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio e de outros órgãos federais ou estaduais julgados convenientes, que emitirá

⁶¹ BRASIL. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm> Acesso em: 8 dez. 2013.

parecer conclusivo encaminhando o assunto a decisão final dos Ministros de Estado do Interior e Extraordinário para Assuntos Fundiários.⁶²

Dessa forma foi retirada da FUNAI a sua autonomia administrativa, enfraquecendo sua força política ao retirar de sua competência a prerrogativa de demarcação das terras indígenas. Esse ato do executivo evidenciava que os setores sociais e econômicos dominantes do país, amplamente interessados na retirada dos direitos territoriais dos povos indígenas, possuíam influência majoritária junto ao governo federal.

O regime militar não conseguiu alcançar o seu objetivo de integrar o índio forçosamente à sociedade ocidental. Mas o regime militar teve êxito em submeter a política indigenista brasileira aos ideais de desenvolvimento econômico almejados pela ditadura em seu projeto de nação. Nesse processo, o caráter antidemocrático do sistema de governo garantiu a institucionalização de uma construção normativa que ignorava a efetividade dos direitos e modificava através de simples decretos o arcabouço jurídico indigenista.

Nesse contexto de ataques permanentes aos direitos indígenas, os setores interessados na supressão de seus direitos, na apropriação de suas terras e exploração de suas riquezas naturais encontram possibilidades de impor seus interesses junto ao poder estatal. Contra esses interesses os índios foram prejudicados pela impossibilidade de empoderamento de suas lideranças junto aos órgãos estatais gestores de seus interesses.

O que se verifica é que a política indigenista baseada na tutela paternalista manteve uma estrutura de poder que não permitiu o reconhecimento da independência indígena, tolhendo sua capacidade de auto-organização social e política, e interpretando suas virtudes e seus vícios como resultado de um estado natural e imutável de incapacidade. Nessa visão paternalista, a política indigenista do Estado brasileiro não consegue entender a complexidade das relações entre os povos indígenas e a sociedade nacional, reproduzindo uma tutela que busca preservar os índios de uma suposta má gerência de suas riquezas, mas que ao

⁶² BRASIL. **Decreto n. 88.118, de 23 de fevereiro de 1983.** Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências.- Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88118-23-fevereiro-1983-438548-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 8 dez. 2013.

mesmo tempo não lhes confere legitimidade para a defesa de seus interesses quando estes são conflitantes com o poder estatal.⁶³

Entendendo a necessidade de superar o paternalismo do Estado brasileiro, bem como almejando uma participação política na formulação e execução de uma política indigenista que pudesse contemplar a sua autodeterminação e sua coexistência com a sociedade brasileira, os povos indígenas iniciaram uma reversão desse quadro de marginalização, reivindicando e sua identidade étnica e fortalecendo sua organização para romper com o paternalismo. Nesse processo, a evolução teórica e prática do Direito auxiliaram a luta indígena pela materialização de seus direitos.

2.2 Os instrumentos do Direito Internacional e o reconhecimento da necessidade de demarcação dos territórios como pressupostos para a sobrevivência dos povos indígenas

Historicamente o Direito evoluiu como instrumento legitimador da ordem, transformando o ordenamento jurídico em guardião dos interesses do poder dominante. Na história da política indigenista brasileira essa característica foi evidente, predominando, em todas as construções normativas, procedimentos capazes de concretizar na norma jurídica o instrumental necessário para estruturar um arranjo social que subjugava o índio como sujeito de direitos flexíveis ou ignoráveis.

Como já exposto, o naturalismo jurídico conferiu aos povos indígenas direitos naturais que abarcavam o direito originário sobre suas terras. Tal reconhecimento não abrandou a violenta invasão de seus territórios. O Direito revelava-se maleável às interpretações dos setores sociais hegemônicos.

Tampouco a evolução doutrinária para o positivismo jurídico garantiu ao índio o seu direito à terra. Amparados pelas verdades lógicas do cientificismo moderno, os exploradores do índio não viam na sua miséria o resultado da exploração que praticavam, mas sim a degenerescência de uma civilização determinada à extinção. Contudo, o advento do liberalismo e a declaração de direitos fundamentais não possibilitaram ao índio ter seus direitos reconhecidos. O colonialismo e em seguida o neocolonialismo impuseram a inferiorização das civilizações não européias como

⁶³ GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988. p.113.

argumento legitimador dos processos de exploração. Somente após o colapso da Europa nas grandes guerras e que foram reconhecidos direitos humanos universais. Tais direitos se baseavam no direito à igualdade.

Mas esse direito, que brotava de uma ideologia liberal e respondia a situações do tipo *apartheid*, foi largamente entendido como um dever; e a igualdade, que era de essência política, foi entendida como homogeneidade cultural. O direito à igualdade redundava pois em um dever de assimilação. Outras equivalências perversas se alastraram: integração e desenvolvimento passaram a sinônimos de assimilação cultural, discriminação e racismo a reconhecimento das diferenças. O anti-racismo liberal, como tão bem analisou Sartre na sua *Reflexão sobre a questão judia* —, só é generoso com o indivíduo, nunca com o grupo. Aceita-o desde que se dispa de sua particularidade étnica. Por supor uma igualdade básica, exige um assimilação geral.⁶⁴

A partir da década de 70 as idéias dominantes de desenvolvimento passam a ser questionadas, surgindo fortes críticas ao caráter destrutivo do capitalismo contemporâneo. O movimento ambiental passa a se fortalecer e encontra na diversidade de modos de vida das comunidades tradicionais o substrato para defesa de outras alternativas de desenvolvimento.

Sob o impacto dessa crise, o enfoque muda: as declarações internacionais passam a falar em etnodesenvolvimento (Declaração de San José, da UNESCO, de 1981), direito à diferença, valor da diversidade cultural... Direito à diferença, entenda-se, acoplado a uma igualdade de direitos e de dignidade.

Seja como for, as declarações e instrumentos internacionais falam crescentemente, desde o fim dos anos 70, de *povos indígenas*.⁶⁵

Nesse contexto mundial de crítica ao desenvolvimentismo industrial e fortalecimento do multiculturalismo, o modo de vida sustentável dos povos indígenas atraiu a simpatia de setores da sociedade motivados pela idéia da viabilidade de outros modos de vida diversos do modelo hegemônico ocidental. Essa compreensão favoreceu o reconhecimento dos povos indígenas como sociedades viáveis e promissoras no âmbito do desenvolvimento humano.

Diante desse contexto no qual a diversidade étnica passou a ser valorizada, os povos indígenas conseguiram conquistar autonomia para manter suas tradições e

⁶⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. O futuro da questão indígena. **Estudos Avançados**. São Paulo. v. 8, n. 20, abril. 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 dez. 2013.

⁶⁵ Ibidem.

estabelecer relações positivas com o resto da sociedade. A principal demanda indígena continuou sendo a luta pelos seus territórios tradicionais.

Nesse contexto os índios conseguiram acumular vitórias quando somaram a sua mobilização com o trabalho de indigenistas, antropólogos, juristas, missões religiosas e ONGs, assim tendo algum êxito em pressionar o Estado. Cabe salientar que no âmbito da política, os Estados são pressionados pela má repercussão internacional das violações de direitos indígenas, e também em virtude de tratados internacionais em defesa de direitos de minorias e direitos humanos – conseguiram, se não estancar, pelo menos refrear alguns abusos junto aos poderes constituídos, principalmente quanto a invasões de suas terras

Durante a Constituinte muitos grupos indígenas avançaram em direção a uma democracia empoderadora de sua autonomia. Dessa forma, estruturou-se o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), órgão da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Muitos outros grupos de apoio à causa dos povos indígenas surgiram, tanto pelos Estados quanto pelas ciências sociais e missões religiosas. Começou a ser reivindicada uma ruptura do sistema integracionista, e a Constituição representaria a possibilidade histórica de uma mudança favorável aos índios, com a mobilização destes em busca da criação de uma nação multiétnica.⁶⁶

A intensa organização dos povos indígenas brasileiros durante todo o processo constituinte foi determinante para garantir que a Constituição de 1988 reconhecesse os direitos indispensáveis à sobrevivência física e cultural dessa população.

Compreendendo que o cenário político não lhes assegurava um apoio majoritário dos parlamentares constituintes, os povos indígenas se articularam através de suas lideranças, construindo meios de diálogo entre as diversas etnias, que através de um esforço tremendo possibilitou que os povos indígenas estivessem fisicamente presentes nos espaços de debate e participação popular da Constituinte.

O acúmulo dos esforços anteriores na criação de espaços de organização e reivindicação de direitos foi importante para viabilizar uma mobilização indígena em âmbito nacional. Dessa forma, coube à União Nacional dos Índios, com o auxílio de diversas entidades de apoio à causa indígena, a realização do trabalho de

⁶⁶ LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte – 1987/1988**. Brasília: CIMI – Conselho Indigenista Missionário. 2008. p.27.

articulação política e mobilização entre os povos indígenas, garantindo a presença e a participação ativa destes povos no processo de elaboração das normas constitucionais.⁶⁷

Durante as audiências destinadas a questão indígena algumas das instituições/representantes apresentaram ou reforçaram propostas encaminhadas anteriormente. Os grupos indígenas, mesmo quando trazendo propostas em separado, mostraram uma convergência nos destaques e nos principais pontos abordados e reivindicados. Dentre eles se destacam pela incidência nas várias propostas: o reconhecimento da posse da terra, a demarcação, o usufruto das riquezas naturais e do subsolo, da inalienabilidade das terras indígenas, das invasões, preservação ambiental, o reconhecimento da formação pluriétnica da nação, o reconhecimento da língua indígena como instrumento da educação, a extensão dos direitos políticos.⁶⁸

A mobilização nacional dos povos indígenas, amparados pelo auxílio de entidades que lhes prestavam apoio foi fundamental para garantir que o texto final da Constituição contivesse normas que reconheciam e protegiam os seus direitos territoriais originários.

Nesse processo, a pressão exercida pelos indígenas sobre os deputados constituintes foi essencial para garantir apoio a suas reivindicações e principalmente para barrar o avanço de emendas que, se aprovadas, teriam efetivado uma expansão das violações de direitos, historicamente já realizadas.

Nesse sentido, a mobilização indígena demonstrou a capacidade de organização política e empoderamento desse povos, resultando em um processo de aprendizado em que várias etnias puderam dialogar acerca de seus interesses comuns e a partir desse acúmulo fortalecer a sua capacidade de resistência e luta diante das pressões a que são submetidas pelo constante avanço dos interesses econômicos sobre seus territórios. Dessa forma, os povos indígenas conseguiram alcançar os objetivos possíveis no contexto em que ocorreu o processo constituinte. Ao final, restou sedimentado na Constituição brasileira um considerável arcabouço normativo referente aos direitos territoriais indígenas:

⁶⁷ LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte – 1987/1988**. Brasília. CIMI – Conselho Indigenista Missionário: 2008, p.51.

⁶⁸ EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle. **Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988**. 2004. 76f. Dissertação (Mestrado em História Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www1.capes.gov.br/teses/pt/2004_mest_ufrj_carlos_augusto_vale_evangelista.pdf> Acesso em: 8 dez.2013.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ADCT

[...]

Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

Nesses artigos da Carta Magna de 1988 o Brasil reconheceu os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente habitam. Esse reconhecimento é a reafirmação constitucional do indigenato:

De acordo com essa noção jurídica, os direitos dos índios à terra que eles tradicionalmente habitam são fundamentados pelo fato de que os índios são os “senhores originários e naturais da terra”. Seus direitos à terra são direitos “inatos” enquanto que os direitos de outros simplesmente são “adquiridos”. Como os direitos congênitos dos índios à terra já existiam quando o Estado ainda não existia, o Estado não pode “conceder” aos índios esses direitos, mas apenas “reconhecer” sua existência.⁶⁹

⁶⁹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre Sérgio Antônio Fabris Ed, 2010, p. 236.

Nesse sentido a demarcação das suas terras tradicionais é a demanda primordial dos povos indígenas hoje. Necessário esclarecer a finalidade da demarcação. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, a demarcação “tem o sentido de conferir certeza e segurança ao exercício do direito no que se refere ao seu conteúdo (faculdade), e objeto (terras), ocupados tradicionalmente”.⁷⁰

Nesse ponto podemos perceber que a demarcação objetiva conferir efetividade ao texto constitucional de 1988. Com efeito, o texto traz um novo paradigma, incorporando ao ordenamento constitucional brasileiro não apenas normas que reconhecem ao índio o seu direito originário à posse dos territórios tradicionais, mas principalmente o seu direito a viver de acordo com seus costumes e suas tradições.

O “tradicionalmente” refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras ao modo tradicional de produção – enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelos quais se deslocam etc.⁷¹

Dessa forma, o mandamento constitucional é claro ao determinar que a União realize as demarcações dessas áreas, haja vista o literal reconhecimento da imprescindibilidade desses territórios para a reprodução do modo de vida indígena. José Afonso da Silva explica que “os direitos dos índios sobre essas terras independem da demarcação. Esta é constitucionalmente exigida no interesse dos índios”.⁷²

Pode-se afirmar nesse entendimento, que a demarcação das terras ocupadas tradicionalmente pelos indígenas é necessária para que o mandamento cuja eficácia está estabelecida no plano constitucional alcance a efetividade.

⁷⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional**. In: Revista brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: Editora Método e Escola Superior de Direito Constitucional, n. 3, jan./jun., de 2004, p. 689-699. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CDYQFjAC&url=http%3A%2F%2Fesdc.com.br%2Fseer%2Findex.php%2Fbdc%2Farticle%2Fdownload%2F92%2F91&ei=NeebUsa7OI7IsASP-ICQDA&usg=AFQjCNEzXiVoG4u0s8NUNzPwXwnCwAjnAg&bvm=bv.57155469,d.cWc>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

⁷¹ DA SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2007. p.870.

⁷². Ibidem. p.872

Efetividade significa realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social.⁷³

Contudo, no que tange ao direito assegurado no texto constitucional de 1988, cumpre ressaltar que houve também retrocessos em comparação com a Constituição de 1969. Os avanços constitucionais não se revestiram da segurança necessária para proteger de modo duradouro os direitos indígenas.

Os dispositivos constitucionais que garantem a demarcação dos territórios tradicionais e regulam a sua proteção pelo Estado brasileiro podem ser alterados ou até mesmo revogados pelo processo legislativo, estando suscetíveis às conjunturas políticas do Congresso Nacional.

Diante da possibilidade de alteração do texto constitucional, os direitos indígenas não encontram no mesmo nível de proteção dos direitos fundamentais, embora sejam direitos imprescindíveis para a sobrevivência dos povos indígenas. Kayser afirma que os direitos indígenas à terra estão protegidos da penetração da sociedade nacional apenas onde não confrontam os interesses de exploração dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, bem como onde os índios não contrariem a exploração das riquezas minerais existentes em seu território.⁷⁴

Com efeito, o art. 231, § 3º, oferece a possibilidade de autorização pelo Congresso à exploração e ao uso dos recursos minerais localizados em terras indígenas, retrocedendo ao retirar dos índios o direito à posse e usufruto exclusivo da terra de modo irrestrito e sem possibilidade de isenções. Outrossim, é questionável o § 6º que criou a possibilidade de sanar infrações à norma de propriedade através de lei federal.

A constituição de 1988 reflete, com essas decisões, os reais conflitos e o poder dos grupos de interesse envolvidos na sociedade brasileira e na Constituinte, com respeito à questão jurídica mais relevante dos direitos à terra indígena, ou seja, a questão das relações entre a sobrevivência física e cultural dos índios, por um lado, e a continuidade da expansão econômica da sociedade nacional brasileira por outro lado.⁷⁵

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2010. p. 306

⁷⁴ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2010. p.380.

⁷⁵ Ibidem. p. 263.

Inobstante as contradições resultantes da conjuntura de forças existente quando da realização da Constituinte, a Constituição Federal de 1988 logrou alcançar aos índios um conjunto de normas que reconhecem os seus principais direitos territoriais, inovando ao estabelecer em texto constitucional o reconhecimento da existência de modos tradicionais de ocupação do território e o entendimento acerca da importância dessa ocupação tradicional do território para a sobrevivência indígena.

Essa construção normativa é enriquecida pelos Tratados, Convenções e Declarações que reforçam a legitimidade das normas brasileiras.

São instrumentos do Direito Internacional que garantem aos povos indígenas o direito à consulta livre e informada acerca da realização de empreendimentos que possam afetar sua sobrevivência, bem como a possibilidade de acionar a jurisdição internacional em demandas sobre violações de direitos humanos.

Nesse sentido pode ser destacada a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Estados Independentes. A Convenção n.º 169 foi apresentada em 1989, baseada em uma revisão da Convenção 107. Ela propõe uma série de recomendações para a proteção dos grupos populacionais autóctones.

Em 2004 o Brasil ratifica o texto dessa convenção, internalizando ao seu ordenamento jurídico as regulamentações nela expressas.⁷⁶

A Convenção n.º 169 inova ao usar o termo “povos” em lugar do termo “populações” utilizado na Convenção anterior. Nesse sentido, como em outros instrumentos internacionais, ela adverte que o uso do termo “povos” não pode ser interpretado para deduzir uma autodeterminação através do direito internacional Público. Ainda assim, o texto apresenta importantes avanços no reconhecimento dos direitos indígenas coletivos, representando um instrumento concreto de defesa de direitos econômicos, sociais e culturais.

Através da ratificação dessa Convenção, os Estados se comprometem a prezar pelo respeito aos povos indígenas, sendo um dos os objetivos expressos no

⁷⁶ BRASIL. **Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em: 8 dez. 2013.

texto a superação do paradigma assimilacionista, propondo relações respeitadas entre Estados e povos nativos, através do reconhecimento de sua diversidade.

O artigo 14, § 3º da Convenção 169 determina aos Estados-membros que sejam instituídos procedimentos concretos nos sistemas jurídicos nacionais, a fim de possibilitar decisões coerentes sobre demandas relacionadas à reivindicações dos povos indígenas à terra.⁷⁷

De acordo com a Convenção, as terras indígenas devem ser concebidas como a integralidade do meio ambiente das áreas ocupadas ou usadas pelos povos indígenas, abarcando, portanto aspectos de natureza coletiva e de direitos econômicos, sociais e culturais além dos direitos civis. Os Artigos 15 e 14 da Convenção enfatizam o direito de consulta e participação dos povos indígenas no uso, gestão (inclusive controle de acesso) e conservação de seus territórios. Além disso, prevê o direito a indenização por danos e proteção contra despejos e remoções de suas terras tradicionais.

Em consonância com a Constituição Federal brasileira de 1988, a Convenção OIT nº 169 reconhece que os povos indígenas têm uma relação especial com a terra, base de sua sobrevivência cultural e econômica.

Não desmerecendo a importância dos princípios presentes na referida Convenção, deve ser destacado que a falta de eficácia do processo de controle de sua efetividade. Nesse sentido o seu regulamento traz poucos avanços para os indígenas brasileiros, melhor amparados pelo texto constitucional.⁷⁸

Inobstante essa dificuldade para a instrumentalização do controle por parte dos povos indígenas, as diretrizes da Convenção foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

A ação do Estado nesse sentido pode ser interpretada como uma iniciativa de regulamentação de questões críticas, relacionadas a conflitos de interesse previstos pelos dispositivos da Convenção.

A análise do conteúdo do Decreto que institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas no Brasil evidencia a amplitude e as contradições de uma regulação que, no contexto atual do país, é extremamente necessária para a proteção dos povos indígenas, e que, na pior das hipóteses, pode

⁷⁷ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2010. p.340.

⁷⁸ Ibidem. p. 354.

ser instrumentalizada para a legitimação das relações que submetem os direitos territoriais indígenas aos interesses econômicos nacionais.

DECRETO Nº 7.747, DE 5 DE JUNHO DE 2012

Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, e dá outras providências

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, caput, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição, tendo em vista a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004,

[...]

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas - PNGATI, com o objetivo de garantir e promover a proteção, a recuperação, a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas, assegurando a integridade do patrimônio indígena, a melhoria da qualidade de vida e as condições plenas de reprodução física e cultural das atuais e futuras gerações dos povos indígenas, respeitando sua autonomia sociocultural, nos termos da legislação vigente.

Art. 2º São ferramentas para a gestão territorial e ambiental de terras indígenas o etnomapeamento e o etnozoneamento.

[...]

Art. 3º São diretrizes da PNGATI:

V - contribuição para a manutenção dos ecossistemas nos biomas das terras indígenas por meio da proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais imprescindíveis à reprodução física e cultural das presentes e futuras gerações dos povos indígenas;

[...]

VII - proteção territorial e ambiental das terras ocupadas por povos indígenas isolados e de recente contato;

[...]

X - reconhecimento, valorização e desenvolvimento da gestão ambiental como instrumento de proteção dos territórios e das condições ambientais necessárias à reprodução física, cultural e ao bem-estar dos povos e comunidades indígenas;

XI - **garantia do direito à consulta dos povos indígenas, nos termos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004;**

[...]

Art. 4º Os objetivos específicos da PNGATI, estruturados em eixos, são:

I - eixo 1 - **proteção territorial e dos recursos naturais:**

[...]

II - eixo 2 - governança e participação

[...]

b) promover a participação dos povos indígenas e da FUNAI nos processos de zoneamento ecológico-econômico que afetem diretamente as terras indígenas;

c) promover o monitoramento da qualidade da água das terras indígenas, assegurada a participação dos povos indígenas e o seu acesso a informações a respeito dos resultados do monitoramento;

d) apoiar a participação indígena nos comitês e subcomitês de bacias hidrográficas e promover a criação de novos comitês em regiões hidrográficas essenciais aos povos indígenas;

f) realizar consulta aos povos indígenas no processo de licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos que afetem diretamente povos e terras indígenas, nos termos de ato conjunto dos Ministérios da Justiça e do Meio Ambiente;

III - eixo 3 - áreas protegidas, unidades de conservação e terras indígenas:

a) realizar consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas no processo de criação de unidades de conservação em áreas que os afetem diretamente;

b) elaborar e implementar, com a participação dos povos indígenas e da FUNAI, planos conjuntos de administração das áreas de **sobreposição das terras indígenas com unidades de conservação**, garantida a gestão pelo órgão ambiental e respeitados os usos, costumes e tradições dos povos indígenas;

g) promover a regularização ambiental de atividades e empreendimentos instalados no interior de terras indígenas, incentivando a adoção de medidas compensatórias e mitigatórias; e[...] ⁷⁹ (grifo nosso)

Atualmente a defesa dos direitos territoriais indígenas no Brasil encontra na legislação constitucional e infraconstitucional os instrumentos jurídicos de luta pela preservação dos meios necessários à sua sobrevivência. Corroboram os mandamentos dos instrumentos do Direito Internacional, garantidores dos direitos humanos. Nesse sentido, povos indígenas e entidades indigenistas fundamentam-se nas Convenções, nos Tratados e Declarações Internacionais para pressionar o Estado brasileiro à realização do diálogo e consulta dos povos indígenas acerca das questões que os afetam.

Nos mesmos fundamentos da Convenção n.º 169, a resistência dos povos indígenas na reivindicação de seus direitos em âmbito internacional resultou na elaboração da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas.⁸⁰

A Declaração foi aprovada no dia 13 de setembro de 2007, em Nova Iorque. O documento elenca princípios como a igualdade de direitos, a proibição da discriminação, o direito à autodeterminação dos povos e a necessidade de basear o relacionamento entre povos indígenas e Estado a partir do direito ao consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas.

Reafirmando as determinações da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração da ONU garante o direito de povos indígenas serem adequadamente consultados antes da adoção de medidas

⁷⁹ BRASIL. **Decreto 7.747, de 5 de junho de 2012**. Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm>. Acesso em: 8 dez. 2013.

⁸⁰ ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. NY, 107ª Sessão Plenária. 13 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001850/185079por.pdf>>. Acesso em: 8. dez. 2013.

legislativas ou administrativas de qualquer natureza, incluindo obras de infraestrutura, mineração ou uso de recursos hídricos.

No caso de violações de direitos individuais ou coletivos, qualquer representante dos povos indígenas pode enviar denúncias de violações ao Relator Especial da ONU sobre direitos humanos e liberdades fundamentais dos Povos Indígenas.

Com base nas informações recebidas o Relator pode enviar recomendações ao Estado (em caráter de urgência se a violação de direito é iminente, ou em caráter de alegação se a violação é menos urgente ou já se concretizou).

O Relator Especial pode enviar comunicados acerca de direitos sobre terras e recursos naturais, manifestando-se nos casos de remoção de comunidades indígenas de seus territórios, e sobre atividades de desenvolvimento em terra indígena sem a consulta prévia aos povos indígenas.

Outra importante possibilidade de materialização da defesa dos direitos indígenas é o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que também resguarda os direitos territoriais indígenas e o caráter coletivo de suas formas de posse.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil em 1992),⁸¹ a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁸² e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos⁸³ são os principais instrumentos vigentes no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos.

Nesses documentos os direitos ao bem-estar e à integridade cultural dos povos indígenas são interpretados como a conexão entre o direito à terra e aos recursos naturais e as relações sociais de comunidades indígenas culturalmente diferenciadas. A partir desse reconhecimento, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos oferece proteção às Terras Indígenas e seus recursos naturais, estabelecendo obrigações legais aos Estados.

⁸¹ BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 8 dez 2013..

⁸² OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)**. Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, Bogotá, abril de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/declaracao_americana_dir_homens.htm> Acesso em: 8 dez. 2013.

⁸³ BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 8 dez. 2013.

Além do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no âmbito da OEA, o Brasil está sujeito a compromissos e obrigações de direitos humanos na Organização das Nações Unidas, tanto pelos Pactos de Direitos Humanos, e Convenção CERD, entre outros. Alguns desses instrumentos prevêem mecanismos de denúncia de violações de direitos, que podem ser apresentadas por indivíduos e organizações.

A Convenção da ONU para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD) da qual o Brasil é signatário, determina que, em razão do direito à não-discriminação, os povos indígenas têm os direitos de “possuir, desenvolver, proteger e utilizar as terras, territórios e recursos coletivos e, nos casos em que tenham sido privados das terras e territórios que tradicionalmente são donos ou que tenham ocupado ou utilizado sem o consentimento livre e informado desses povos, que se adotem medidas para que tais terras sejam restituídas.”⁸⁴

Em 1992 o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Apesar dos direitos elencados no Pacto serem de titularidade individual, o artigo 27 menciona direitos de grupos e coletividades.

Os direitos culturais de povos indígenas têm sido discutidos pelo Comitê como direitos inerentes ao direito coletivo de existir como povos culturalmente distintos. Nesse entendimento, a interpretação e aplicação do artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU faz desse instrumento o mais expressivo mecanismo legal de proteção ao direito indígena à terra como proteção de seus direitos coletivos econômicos, sociais e culturais frente ao Sistema de Direitos Humano da ONU.

A importância desses instrumentos do Direito Internacional para deve ser analisada considerando-se os limites de sua internalização pelo ordenamento jurídico nacional. Há que se ponderar o alcance restrito que esses direitos apresentam quanto às possibilidades de efetivação.

No entanto, pode ser percebido dentro do ordenamento jurídico brasileiro um maior efeito dos instrumentos de proteção dos direitos indígenas através do Direito Internacional.

⁸⁴ BRASIL. **Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>> Acesso em: 8 dez. 2013.

Nesse sentido se destaca o sistema de atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, haja vista que o Brasil reconhece a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Pode ser evidenciado também o já referido alcance da Convenção n.º 169 da OIT, que possibilita uma forte defesa do direito indígena à consulta esclarecida e ao livre consentimento sobre empreendimentos econômicos que afetem o seu modo de vida tradicional, que extremamente interligado à conservação dos recursos de seu território.⁸⁵

Diante das recentes iniciativas do Estado brasileiro na realização de grandes projetos de infra-estrutura e exploração econômica em áreas próximas aos territórios indígenas e muitas vezes até mesmo dentro desses territórios, a consulta esclarecida aos povos indígenas foi alçada como instrumento de diálogo destes com o Estado ou mesmo como instrumento de resistência indígena, garantindo maior participação e poder de mobilização dos povos indígenas nos processos que o afetam.

Essa participação possibilita a compreensão do cenário apresentado, facilitando mobilização da opinião pública no debate das causas que afetam a vida dessas populações.

Outrossim, esses instrumentos de proteção viabilizam a propositura de demandas em jurisdição internacional, necessária nos casos em que é evidenciado um caráter antidemocrático no diálogo do Estado com os povos indígenas.

2.3 O atual processo de construção e efetivação de normas referentes à demarcação e proteção das terras indígenas e as perspectivas jurídicas, sociais e políticas de desenvolvimento da matéria no Brasil

Como já referido, a Constituição federal de 1988 deixa claro o reconhecimento do direito indígena às suas terras tradicionais destinando-as para sua posse permanente, interpretando o conceito de “território tradicional” como aquele necessário para a reprodução do seu modo de vida e manutenção de sua identidade cultural, ou seja, o território necessário para viver de acordo com suas tradições.

⁸⁵ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 372-373 passim.

Dessa forma o legislador constitucional observou a diversidade étnico- cultural dos povos indígenas, interpretando suas formas diversas de relacionamento com o território, e assim reconhecendo o direito desses povos nos termos necessários à sua sobrevivência. Como expressa o texto normativo, a demarcação possui apenas uma função declaratória de um direito que pré-existe ao ato administrativo.

Contudo, a conceituação de “terras tradicionalmente ocupadas” requer pressupostos necessários para comprovar a ocupação, ainda que interpretados sob o ponto de vista das particularidades da tradição indígena, esses pressuposto vinculam o processo de demarcação e estão descritos no parágrafo 1º do artigo 231 da Constituição.

Atualmente a legislação atribui à FUNAI o papel de tomar a iniciativa, orientar e executar a demarcação das terras indígenas.

Dessa forma, o procedimento atual para a identificação, a delimitação, demarcação física, homologação e o registro de terras indígenas está estabelecido no Decreto nº 1.775, de 8/01/1996.⁸⁶ Esse decreto regulamenta o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, definindo o papel da fundação indigenista, bem como as diferentes fases e sub-fases do processo, assegurando assim a total transparência ao procedimento, por meio de sua publicidade.

O início do processo demarcatório se dá por meio da identificação e delimitação, quando é constituído um grupo técnico de trabalho, composto por técnicos da FUNAI, do INCRA e/ou da secretaria estadual de terras da localização do imóvel.

A Portaria nº 14/MJ, de 9/01/1996, estabelece "regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas". Esse trabalho é realizado por um grupo de técnicos especializados.⁸⁷

A comunidade indígena é envolvida diretamente em todas as sub-fases da identificação e delimitação da terra indígena a ser administrativamente reconhecida. O grupo de técnicos faz os estudos e levantamentos em campo, centros de

⁸⁶ BRASIL. **Decreto n.1.1775, de 8 de janeiro de 1996.** Dispõe sobre o procedimento de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm> Acesso em: 8 dez. 2013.

⁸⁷ BRASIL. **Ministério da Justiça. Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996.** Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em <http://www.funai.gov.br/quem/legislacao/pdf/Portaria_MJ_n14_de_09_01_1996.pdf> Acesso em: 8 dez. 2013.

documentação, órgãos fundiários municipais, estaduais e federais, e em cartórios de registro de imóveis, para a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área estudada, resultado que servirá de base a todos os passos subseqüentes. O resumo do relatório é publicado no Diário Oficial da União, diário oficial do estado federado de localização da área, sendo cópia da publicação afixada na sede municipal da comarca de situação da terra estudada.

Os estudos antropológicos e os complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário, realizados nesta fase, deverão caracterizar e fundamentar a terra como tradicionalmente ocupada pelos índios, conforme os preceitos constitucionais, e apresentar elementos visando à concretização das fases subseqüentes à regularização total da terra.

Com base nestes estudos, que são aprovados pelo Presidente da FUNAI, é que a área será declarada de ocupação tradicional do grupo indígena a que se refere, por ato do Ministro da Justiça - portaria declaratória publicada no Diário Oficial da União - reconhecendo-se, assim, formal e objetivamente, o direito originário indígena sobre uma determinada extensão do território brasileiro.

Na fase de identificação e delimitação, quando é constatada a presença de ocupantes não-índios na terra indígena, são realizados levantamentos fundiários, socioeconômicos, documentais e cartoriais, bem como a avaliação das benfeitorias edificadas em tais ocupações.

Os estudos e levantamentos procedidos sobre as ocupações não-indígenas são analisados e julgada a boa fé quanto à implantação das mesmas, por meio da Comissão Permanente de Sindicância, instituída pelo Presidente da FUNAI, que divulga a decisão através de Resolução publicada no Diário Oficial da União.

As benfeitorias derivadas das ocupações de boa são indenizadas com base na programação orçamentária disponibilizada para esta finalidade pela União. Segundo o art. 4º do Decreto nº 1.775/96, os ocupantes não-indígenas retirados das terras indígenas têm prioridade no reassentamento fundiário feito pelo INCRA, observada a legislação pertinente.

Somado a isso, o citado Decreto nº 1.775/96, no parágrafo 8º do artigo 2º, assegura aos estados e municípios em que se localize a área em demarcação, e aos demais interessados, a possibilidade de se manifestar, seja para pleitear indenizações ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório, pelo período que vai do início da demarcação até noventa dias após a mencionada publicação, o

que assegura a transparência do processo e permite que haja a oposição dos que possam se considerar prejudicados.

Nesse ponto é permitido que se ingresse com ações judiciais contestando os atos demarcatórios, argumentando-se a não comprovação satisfatória dos pressupostos previstos na constituição. Tércio Sampaio Ferraz Junior afirma que cabe ação ordinária chamando o judiciário para a análise do mérito da demarcação, podendo ser discutido no judiciário se o laudo técnico cumpriu todas as condições constitucionais que definem as terras tradicionalmente ocupadas.⁸⁸

Tendo em vista essa possibilidade de questionamento e discussão judicial sobre os critérios de demarcação, há uma imensa judicialização dos processos demarcatórios, fato que, conjugado com a falta de estrutura técnica da FUNAI, acaba postergando os processos administrativos de efetivação dos direitos indígenas à terra. Sob o argumento de diminuir a judicialização dos processos demarcatórios, o Ministério da Justiça formulou minuta de portaria para reformular as regras de demarcação.⁸⁹

A portaria ministerial visa alterar as regras de demarcação das terras indígenas, e nesse sentido deve ser analisada no seu impacto sobre a efetividade das determinações constitucionais. Nesse sentido, o debate existente sobre a questão na opinião pública permite afirmar o acerto das considerações de Kayser acerca da possibilidade de restrição dos direitos constitucionais garantidos aos povos indígenas.

O ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, disse que o governo não pretende alterar o Decreto 1.775/96, que garante à Funai a prerrogativa da demarcação, mas confirmou que as regras serão alteradas por meio de uma portaria ministerial. A norma vai regulamentar a participação de outros órgãos do governo na criação de reservas.

“O decreto que trata da demarcação não será alterado. O que haverá, e nós estamos discutindo, é uma portaria do Ministério da Justiça que busque

⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional.** In: Revista brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: Editora Método e Escola Superior de Direito Constitucional, n. 3, jan./jun., de 2004, p. 689-699. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CDYQFjAC&url=http%3A%2F%2Fesdc.com.br%2Fseer%2Findex.php%2Frbdc%2Farticle%2Fdownload%2F92%2F91&ei=NeebUsa7OI7IsASP-ICQDA&usg=AFQjCNEzXiVoG4u0s8NUNzPwXwnCwAjjnAg&bvm=bv.57155469,d.cWc>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

⁸⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Minuta de portaria ministerial.** Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/d1775-portariaregulamentadora.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

garantir, primeiro, que sejam ouvidos outros órgãos, que se aperfeiçoe a instrução do processo de demarcação. E segundo, que nós, ainda na fase antes da decisão do Ministério da Justiça, possamos ter uma perspectiva de conciliação e de diminuição de conflitos na hora em que essa portaria baixar”, disse. Ainda não há data para edição da portaria, mas, segundo Cardozo, os indígenas serão consultados sobre as novas regras.⁹⁰

De acordo com os grupos indígenas, organizações e entidades defensoras da causa indígena, a portaria formulada pelo Ministério da Justiça seria um meio de burocratizar e tornar ainda mais moroso o processo de demarcação. É a atuação desses grupos de apoio à causa indígena que garante o fortalecimento da voz das lideranças indígenas, em uma rede que se organiza para defender os direitos indígenas. A possibilidade de organização social dos povos indígenas foi uma das conquistas auferidas na mobilização desses povos na Constituinte.

O Capítulo VIII – Dos Índios – na Constituição do Brasil de 1988, em seu artigo 231, integrado por sete parágrafos, reconhece a organização social, a língua, os costumes, as tradições e crenças dos índios e seus direitos originários sobre as terras que ocupam, tendo a União de respeitar e proteger todos os seus bens, e, no art. 232, declara serem suas comunidades e organizações partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Essa postura constitucional possibilitou às nações indígenas defenderem-se em causa própria, o que não era possível sob a tutela da FUNAI.⁹¹

Segundo os argumentos dos povos indígenas, a mudança dos procedimentos de demarcação de terras indígenas da FUNAI resultará em um cenário no qual as demarcações deixariam de seguir critérios técnicos e seriam inviabilizadas pelos interesses contrários de setores que hoje demandam judicialmente, mas que a partir da mudança teriam poder de extinguir a demarcação dentro da fase inicial do próprio processo administrativo, que é a identificação dos territórios tradicionais.

Nesse sentido organizações de apoio aos povos indígenas e lideranças indígenas expressam contrariedade à proposta de alteração, elencando deficiências na proposta.

⁹⁰ LOURENÇO, Luana. Após reunião com indígenas, governo mantém decisão de revisar processo de demarcação. **Agência Brasil - Empresa Brasil de Comunicação**, Brasília, 10/julho.2013, Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2013-07-10/apos-reuniao-com-indigenas-governo-mantem-decisao-de-revisar-processo-de-demarcacao-de-reservas>> Acesso em: 8 dez. 2013.

⁹¹ LEVY, Maria Stella Ferreira. O direito das minorias e as nações indígenas no Brasil. **Cad. CRH**, Salvador. v. 22, n. 57, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792009000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 dez. 2013.

Segundo os grupos de apoio aos povos indígenas, as novas regras possibilitam a existência de muitos procedimentos abertos ao contraditório dentro do processo demarcatório, que devido ao excesso de etapas poderão resultar na paralisação das demarcações.

Essa fase inicial implica a constituição de grupo de trabalho, coordenado por um antropólogo com formação acadêmica reconhecida e integrado por outros técnicos – cartógrafo, biólogo, indigenista, agrônomo, conforme o caso – que identifica as referências de ocupação tradicional indígena, características ambientais e situação fundiária, além de formular uma proposta de limites a ser submetida às instâncias de decisão política – o MJ e a Presidência da República – para posterior demarcação física, homologação e registro cartorial. Esse grupo, de caráter eminentemente técnico, pode e deve produzir informações sobre interesses não indígenas incidentes na área em estudo, mas não lhe compete – e nem ele dispõe de legitimidade, poder administrativo ou proteção física – para rechaçar ou pactuar com terceiros interessados. Ainda segundo a minuta, poderão participar das atividades do grupo representantes da comunidade indígena local, mas também dos municípios, dos estados e de nove ministérios, que deverão ser notificados pela Fundação Nacional do Índio (Funai) para indicar seus representantes em prazo determinado e cuja participação deve ser formalizada por portaria. Em suma, poderão participar do grupo até 20 integrantes, a maioria com interesses contraditórios em relação ao objeto do trabalho.⁹²

Essa crítica dos setores ligados à defesa dos povos indígenas é baseada no fato de existir uma ampla aliança de grupos econômicos ligados aos interesses do agronegócio e de empresas mineradoras, que representam uma forte bancada parlamentar no Congresso Nacional, e que influenciam incisivamente as políticas desenvolvimentistas do Estado brasileiro.

Esses grupos de interesse buscam a constante destruição dos direitos indígenas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, esses grupos são defensores de várias mudanças no texto legal, que visam relativizar os direitos indígenas ao uso e usufruto dos recursos de seu território. Essas propostas tramitam no Congresso Nacional, representando uma perspectiva de desconstrução dos direitos indígenas. Os principais projetos parlamentares nesse objetivo são:

A PEC 215/2000, Proposta de Emenda à Constituição, que acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal, é o projeto legislativo mais incisivo no ataque aos direitos

⁹² SANTILLI, Márcio. Portaria ministerial pode paralisar definitivamente a identificação de Terras Indígenas. Instituto Socioambiental, São Paulo, 29 nov.2013. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/portaria-ministerial-pode-paralisar-definitivamente-a-identificacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

indígenas, haja vista que busca retirar da FUNAI a competência para realizar as demarcações de terras indígenas, transferindo essa competência para o poder legislativo.

Ementa

Inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei.⁹³

A PEC 237/2013, Proposta de Emenda à Constituição que objetiva possibilitar a concessão de terras indígenas para exploração econômica, cuja ementa requer que seja autorizada a exploração econômica das terras indígenas através da concessão para atividades agropecuárias.

Acrescente-se o art. 176-A no texto Constitucional para tornar possível a posse indireta de terras indígenas à produtores rurais na forma de concessão.⁹⁴

O PLP 260/1990, Projeto de Lei Complementar que busca definir a hipótese de "relevante interesse público da União", para os fins previstos no art. 231, parágrafo 6º, da Constituição".

Ementa

Dispõe sobre a exploração das riquezas materiais do solo, dos rios e dos lagos em terras indígenas. Regulamenta dispositivos da Constituição.⁹⁵

⁹³ BRASIL. Câmara dos deputados. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 215/2000**. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

⁹⁴ BRASIL. Câmara dos deputados. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 237/2013**. Acrescente-se o art. 176-A no texto Constitucional para tornar possível a posse indireta de terras indígenas à produtores rurais na forma de concessão. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564668>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

⁹⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar PLP 260/1990**. Define a hipótese de "relevante interesse público da União", para os fins previstos no art. 231, parágrafo 6º, da Constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21623>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

O PL 1610/1996, Projeto de Lei, que está aguardando Parecer na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 1610, de 1996, do Senado Federal, que "dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas, de que tratam os arts. 176, parágrafo primeiro, e artigo 231, parágrafo terceiro, da Constituição Federal". A aprovação desse projeto pode significar a liberação total da mineração em terras indígenas.

Ementa

Dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas, de que tratam os arts. 176, parágrafo 1º, e 231, parágrafo 3º, da Constituição Federal.⁹⁶

Outra iniciativa no que demonstrou uma inclinação contrária aos direitos indígenas foi a Portaria nº 303 da AGU, que buscava aplicar em todos os processos de demarcação de terras indígenas no Brasil as condicionantes impostas pelo Supremo Tribunal Federal na demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

PORTARIA Nº 303, DE 16 DE JULHO DE 2012

Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR.

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal e o art. 4º, incisos X e XVIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e considerando a necessidade de normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União em relação às salvaguardas institucionais às terras indígenas, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388-Roraima (caso Raposa Serra do Sol), cujo alcance já foi esclarecido por intermédio do PARECER nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, devidamente aprovado, resolve:

Art. 1º. Fixar a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.888-Roraima, na forma das condicionantes abaixo: [...]⁹⁷ (grifo nosso)

⁹⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei PL1610/1996**. Dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas, de que tratam os arts. 176, parágrafo 1º, e 231, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16969>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

⁹⁷ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012**. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=596939>>. Acesso em: 8 dez.2013.

De modo geral, o que se verifica é que a posição predominante nos poderes do Estado brasileiro ainda se revela influenciada por um paradigma civilizatório que inferioriza o indígena e impõe a flexibilização de seus direitos.

Percebe-se que o arcabouço normativo referente à demarcação e proteção dos territórios indígenas fragiliza-se diante de grupos de interesse fortemente amparados pelo poder econômico, o que os possibilita influenciar os processos legislativos e até mesmo a própria Administração do Executivo, orientando a produção normativa em desfavor dos direitos dos povos indígenas.

Os processos legislativos e administrativos terminam sucumbindo à influência desses grupos, cujo poder econômico depende do arranjo institucional que historicamente segrega e marginaliza o elemento indígena, apropriando-se de suas terras e promovendo a extinção física e cultural do povo indígena.

A situação de muitos povos indígenas brasileiros que reivindicam a demarcação de seus territórios é de extrema vulnerabilidade social. Podemos elencar nessa situação as etnias indígenas do Mato Grosso do Sul

Pelo menos 563 índios foram assassinados no Brasil desde 2003 e somente em Mato Grosso do Sul 470 se suicidaram. Relatório produzido pelo Conselho Missionário Indigenista (Cimi) aponta que a situação dos povos indígenas no país vem se deteriorando de forma alarmante nos últimos anos, com aumento de casos de mortalidade infantil, violência sexual, falta de assistência médica, alcoolismo e dependência de outras drogas. Em 2012 houve casos de suicídio no Tocantins, Mato Grosso, Rondônia, Roraima e em Mato Grosso do Sul. Paralelamente, o documento destaca que a velocidade dos processos de demarcação de terras foi reduzida na última década.

Em 2012 foram registrados 56 suicídios somente entre o povo Guarany Kaiwá – em disputa pela regularização de terras em Mato Grosso do Sul e que chegou a divulgar uma carta, interpretada como sugestão de suicídio coletivo de uma tribo e que alarmou a imprensa nacional e internacional. A média de mortes autoinfligidas entre integrantes dessa etnia aumentou de 5,2 por ano entre 1981 e 1989 para 35,8 entre 1990 e 2002 e para 47 entre 2000 e 2012. Com uma população atual de 31 mil caiovas brasileiros, salta aos olhos o número de 611 suicídios entre 2000 e 2012, a grande maioria de jovens, e um total de 1.088 de 1989 até o ano passado. A média brasileira de suicídios é de 4,9 para cada 100 mil habitantes. Entre os caiovas essa média foi de 3.509 por 100 mil, ou 716 vezes maior.⁹⁸

. A situação de povos indígenas como os exemplificados nos dados acima referidos causa grande repercussão na opinião pública, colocando em cheque a

⁹⁸ CANÊDO, Felipe. Em 10 anos, pelo menos 563 índios foram assassinados no Brasil. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 28 abr. 2013. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/06/28/interna_politica,413922/em-10-anos-pelo-menos-563-indios-foram-assassinados-no-brasil.shtml>. Acesso em: 8 dez. 2013.

capacidade do Brasil na efetivação dos direitos humanos no país. A situação pode, sem muito esforço teórico, ser configurada como uma catástrofe de genocídio étnico, de acordo com o que se define como tal crime.

Pratica genocídio quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, algum grupo nacional, étnico ou religioso, comete assassinato de membros, ou de todo grupo; quem causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; **submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial**; adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo (art. 2º da CCG; e art. 1º da Lei 2.889/56).⁹⁹

Esses povos indígenas, que desalojados de seu território tradicional, permanecem indefinidamente à espera da efetividade das normas constitucionais que expressamente reconhecem o seu direito ao território, demonstra a importância jurídica e social da realização dos processos de demarcação dos territórios dessas populações. Revela também a existência de um sério conflito social nas regiões em que ocorrem essa disputa pela terra.

Os processos de demarcação não são concluídos devido à vários fatores, podendo ser elencados a falta de estrutura da FUNAI para agilizar os processos demarcatórios, judicialização desses processos e pressões de proprietários dessas áreas. Nesse sentido o principal fator impeditivo da efetivação das demarcações é o conluio de interesses latifundiários e empresariais que historicamente dominam os poderes institucionais.

Esses grupos, constituídos majoritariamente por latifundiários e setores empresariais ligados ao agronegócio, organizam-se politicamente para impedir as demarcações, e nesse sentido, força política e econômica desses grupos acaba determinando a perpetuação de uma situação de exclusão das populações indígenas e acirramento dos conflitos pela terra. Dessa forma esses grupos usam a necessidade de resolução das situações de conflito como argumento para exercer sua influência sobre os poderes do Estado, através de demandas judiciais e

⁹⁹ ATUNES, Mércio Mota. Crime de genocídio sob uma perspectiva antropológica, In: 26ª REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 6., 2008, Porto Seguro. **Anais eletrônicos...** Porto Seguro: Centro de Convenções e CEFET, 2006. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/search.html?keys=genoc%EDdio&cat=3&num=10>. Acesso em: 8 dez. 2013.

articulações políticas que tem o objetivo de determinar os rumos da política de demarcação de terras indígenas a seu favor.

Essa situação é agravada pelo interesse do próprio Estado brasileiro na flexibilização dos direitos territoriais indígenas. Esse posicionamento ocorre em virtude de projetos desenvolvimentistas, o Estado brasileiro busca viabilizar a exploração de minérios e a construção de usinas hidrelétricas nos territórios indígenas. Nesse sentido, a política de demarcação é prejudicada em nome de projetos econômicos considerados estratégicos para o desenvolvimento nacional.¹⁰⁰

Esse posicionamento do Estado brasileiro não é novo. A Relação do Estado brasileiro com os povos indígenas revela uma submissão histórica da política indigenista brasileira aos interesses dominantes na sociedade. A submissão dos povos indígenas aos interesses hegemônicos da sociedade brasileira pode ser percebida desde os aldeamentos do período colonial, passando pela reestruturação fundiária brasileira com a Lei de Terras, até os mega projetos desenvolvimentistas do último período militar.

Em todos esses períodos históricos, o reconhecimento dos territórios indígenas e os procedimentos para sua demarcação foram prejudicados pela expansão econômica lastreado no projeto hegemônico de desenvolvimento da nossa sociedade.

Diante dessa realidade histórica, os povos indígenas brasileiros articulam cada vez mais uma resistência organizada na defesa de seus direitos. A mobilização de lideranças indígenas, com o apoio de organizações e entidades indigenistas vem conseguindo conquistar o apoio de uma considerável parcela da opinião pública, o que possibilita o fortalecimento de sua força nas negociações políticas com o Estado brasileiro.

Nesse sentido, cumpre salientar a importância dos avanços constitucionais, que a partir da participação ativa dos indígenas no processo constituinte, tornaram possíveis o reconhecimento constitucional das organizações indígenas, além de garantir a possibilidade de defesa dos direitos indígenas pelo Ministério Público Federal, instrumentalizando a defesa jurídica dos direitos indígenas.

¹⁰⁰ ZANATTA, Rafael A. O sangue e a luta dos índios guarani-kaiowá: uma análise através da sociologia jurídica. São Paulo. 26 out. 2012. Disponível em: <<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2012/10/o-sangue-e-luta-dos-indios-guarani.html>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

Com efeito, os avanços de nossa constituição refletem um avanço sistêmico dos direitos humanos, o que pode ser evidenciado pela consolidação de Tratados e Convenções que viabilizam a defesa dos direitos indígenas em instâncias de jurisdição internacional.

Exemplo recente dessa realidade é a Carta Denúncia da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, direcionada ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, denunciando a situação dos direitos indígenas no Brasil.

O objetivo principal deste documento é solicitar que o sistema das Nações Unidas possa intervir junto ao Estado Brasileiro pedindo para acate suas recomendações e tome medidas urgentes visando assegurar o respeito aos direitos dos povos indígenas, de acordo com os tratados internacionais, conforme a Convenção 169 OIT e Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que estabelecem o direito dos povos indígenas ao consentimento livre, prévio e informado, frequentemente os nossos direitos são violados pelo Governo do Brasil, apesar das recomendações apresentadas pelo Relator Especial das Nações Unidas para questões indígenas sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH/OEA).¹⁰¹

Na referida Carta Denúncia os povos indígenas brasileiros resumem a situação de violação dos direitos indígenas no país. O atraso e inoperância da FUNAI na realização das demarcações de diversos territórios indígenas é apontado como causa da existência de inúmeros acampamentos indígenas localizados em áreas de conflito, à espera da demarcação de suas terras. As condições de precariedade extrema desses acampamentos denotam a violação sistemática de direitos humanos.

Os índios também denunciam a existência de centenas de projetos de infraestrutura do governo, que são implementados sem o cumprimento da Convenção nº 169 da OIT.

Como já referido nesse trabalho, o cumprimento da Convenção impõe ao Estado brasileiro a realização de consulta às comunidades indígenas antes da realização de obras potencialmente danosas à integridade de seus territórios e dos recursos necessários para sua sobrevivência tradicional. Dessa forma, A Convenção implementação de projetos nessas regiões impõe o consentimento das populações indígenas afetadas.

¹⁰¹ SANTOS, Manoel Uilton dos. **Carta denúncia da APiB às Nações Unidas**. Genebra. 13 nov. 2012. Disponível em: < <http://www.apib.org.br/carta-denuncia-da-apib-a-onu/>>. Acesso em: 8. dez. 2013.

Não obstante, a Carta chama atenção para a possibilidade de aprovação de diversos projetos legislativos anti-indígenas, além de medidas administrativas e jurídicas que dificultam a realização de demarcações e restringem os direitos territoriais nas áreas já demarcadas.

De fato, os direitos territoriais indígenas deflagram um debate na sociedade brasileira, evidenciando o conflito entre diferentes projetos de desenvolvimento. Esse conflito é baseado fundamentalmente na oposição entre o desenvolvimento econômico capitalista e o modo de vida sustentável das comunidades tradicionais.

Nesse âmbito os povos indígenas podem ser caracterizados como representantes extremos da possibilidade de um modo de vida contra hegemônico, representando uma alternativa de desenvolvimento cuja viabilidade é defendida constitucionalmente. No atual cenário de expansão do desenvolvimento econômico da sociedade brasileira, essa proteção constitucional coloca os povos indígenas como principais opositores do projeto de crescimento nacional estabelecido pelos grandes grupos econômicos.

Entender esse cenário é essencial para que a sociedade possa posicionar-se nesse debate. Ao jurista, torna-se urgente compreender a importância da efetividade das normas. O entendimento da complexa relação entre a inefetividade do Direito, os rumos da política brasileira e a condição social dos indígenas é necessário para possibilitar uma postura ativa na construção e transformação do Direito.

Nesse sentido, segundo Hartmut-Emanuel Kayser, a perspectiva é de agravamento da situação de descumprimento e flexibilização da Constituição.

Os avanços presentes na política brasileira fazem parecer mais prováveis um aumento das frentes de expansão econômica, por exemplo, na forma de projetos de lei para mineração em áreas indígenas, do que uma futura observância estrita dos direitos especiais indígenas concedidos pela Constituição.¹⁰²

O confronto entre as diferentes correlações de força na política nacional e a disputa dos rumos da legislação brasileira evidencia a necessidade de atuação firme no âmbito jurídico.

¹⁰² KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2010. p. 479.

Diante do contexto problemático da organização do Estado brasileiro, orientado pelo desenvolvimentismo econômico, a luta indígena pode ser impulsionada pela mudança de paradigma através da Constituição Federal de 1988, bem como pelos avanços do Direito Internacional.

Nesse diapasão é cada vez mais evidente que a histórica resistência indígena está fortalecida para buscar no Direito uma arma poderosa para atuar organizadamente não apenas no nível judiciário, mas também nos níveis administrativos e políticos, expandindo o alcance de uma defesa consistente do direito constitucional desses povos.

CONCLUSÃO

O debate nacional existente em relação à demarcação e proteção de terras indígenas impõe uma análise aprofundada de todos os fatores determinantes da atual situação de conflito estabelecida nessa questão.

Nesse sentido, o trabalho permitiu formular algumas conclusões, que de forma alguma exaurem a complexidade da questão analisada, haja vista o intenso debate relacionado ao assunto, revelador de gravíssimos tensionamentos no seio da sociedade brasileira.

No que tange aos objetivos propostos, pode ser formulada uma análise abrangente sobre os fatores determinantes da atual problemática relacionada à (des)construção de instrumentos normativos na regulação da demarcação e proteção de terras indígenas. Com efeito, o trabalho buscou estudar as raízes históricas da política indigenista brasileira, e nesse sentido logrou evidenciar alguns fundamentos relacionados à estrutura jurídica e política da relação do Estado brasileiro com os povos indígenas.

De fato, a relação histórica da sociedade brasileira com os povos originários é repleta de conflitos e contradições, revelando problemas cuja abrangência ultrapassa a discussão sobre a demarcação dos territórios indígenas. A análise da questão evidencia deficiências estruturais da formação da sociedade brasileira, e nesse sentido devem ser estudados com cuidado os fatores econômicos, políticos e sociais que ao longo de nossa evolução histórica, determinaram e ainda determinam os rumos de nosso desenvolvimento. Cabe evidenciar que o conflito existente em relação à demarcação de territórios indígenas revela uma desigualdade extrema na distribuição de terras no Brasil. Uma oposição entre o latifúndio e os direitos territoriais indígenas pode ser percebida em todos os momentos históricos, evidenciando conjunturas de poder que expõem as raízes estruturais do Estado brasileiro.

Nesse sentido, as escolhas brasileiras realizadas em relação ao reconhecimento dos direitos territoriais indígenas revelam uma construção social complexa. A exclusão social do elemento indígena expõe a divisão histórica da sociedade brasileira, mostrando uma exacerbada oposição entre uma maioria explorada e uma minoria exploradora.

No âmbito desse contexto, o presente trabalho buscou analisar a complexidade e seriedade do conflito relacionado à temática da demarcação e proteção de territórios indígenas no Brasil através de um estudo das origens históricas e dos aspectos atuais da questão.

Nesse aspecto, o trabalho objetivava esclarecer como o avanço teórico dos direitos fundamentais e a consolidação dos direitos humanos nos instrumentos do Direito internacional influenciou na consolidação dos atuais direitos territoriais indígenas reconhecidos na nossa constituição.

Com efeito, o trabalho permitiu estabelecer que a constitucionalização do direito indígena aos seus territórios tradicionais representou um avanço do ordenamento jurídico, em um processo orientado por um contexto mundial de descolonização e crítica do caminho de desenvolvimento civilizatório hegemônico. Nesse contexto o momento histórico brasileiro, de reorganização das demandas populares e redemocratização institucional permitiu o florescimento de um ativismo político dos povos indígenas em um momento de afirmação da democracia, fortalecendo no processo constituinte a tomada de um caminho de construção de uma sociedade plural e independente.

Nesse ponto pode ser caracterizado o debate contemporâneo, em que a demarcação de terras indígenas representa o embate entre a efetivação de uma sociedade multicultural e pluriétnica contra a consolidação de um modo de vida hegemônico, amparado na expansão da globalização e herdeiro ideológico dos princípios de superioridade cultural do colonialismo.

Tendo em vista essa análise, o trabalho buscou entender a realidade atual a partir do conhecimento estabelecido sobre as raízes históricas da política indigenista brasileira, entendendo em quais pontos a nossa realidade atual pode ser esclarecida através da compreensão das escolhas realizadas no passado.

Restou claro que a doutrina jurídica sempre foi arena de acirrado debate sobre o reconhecimento dos direitos indígenas. Durante nossa história, embora a doutrina jurídica reconhecesse um direito originário dos povos indígenas às terras que habitavam, declarando e reconhecendo sua soberania, essa mesma doutrina jurídica estabeleceu meios através dos quais o direito legitimava a conquista dos territórios indígenas. Em todos os períodos de nossa história, o reconhecimento dos direitos indígenas no ordenamento jurídico não foi materializado na prática.

Revela-se dessa forma a permanente submissão dos direitos indígenas aos interesses econômicos e políticos dominantes, baseados fundamentalmente na exploração de suas terras. Nesse sentido o trabalho possibilitou o conhecimento de equívocos e desvios da política integracionista, revelando uma política que submetia o índio aos interesses de projetos econômicos predatórios e limitava a demarcação de terras ao objetivo de integrar o índio na sociedade.

Essa análise revelou a persistente capacidade de resistência indígena contra as violações de seus direitos, bem como uma repetição de fatores, decorrentes de arranjos de interesses estabelecidos na sociedade brasileira.

A partir dessas conclusões, o trabalho permitiu que fossem diagnosticados fundamentos para a problematização do atual debate sobre a demarcação de terras indígenas. Com efeito, o trabalho conclui que o debate sobre a demarcação de terras indígenas continua permeado por um discurso que tenta impor a invisibilidade da existência dos índios.

Embora a Constituição brasileira tenha reconhecido o direito dos povos indígenas ao seu modo de vida tradicional, determinando a demarcação e proteção de suas terras, o debate acerca das demarcações ainda é permeado pelo paradigma integracionista, percebendo-se uma contrariedade de setores da sociedade brasileira em reconhecer e respeitar a autodeterminação dos povos indígenas no que tange à definição de seu futuro.

Nesse ponto o trabalho conseguiu aprofundar a compreensão sobre a não efetividade das normas constitucionais e o desrespeito aos instrumentos do Direito Internacional. Com efeito, percebe-se que os procedimentos para demarcação de terras indígenas não são efetivos em virtude de uma complexa correlação de forças na sociedade brasileira, que através de uma forte influência política consegue dificultar a efetivação da legislação existente e propor um incisivo debate político em defesa da flexibilização ou supressão das normas que garantem direitos aos povos indígenas.

Uma das conclusões do presente trabalho é que efetivamente os setores contrários à demarcação possuem grande força no Congresso Nacional, e na atual correlação de forças da sociedade brasileira possuem também grande influência junto ao Poder Executivo. Essa realidade é comprovada pela existência de contundentes projetos legislativos visando a desconstrução de direitos indígenas, bem como pela percepção de uma postura leniente do poder executivo no que tange

à sua obrigação constitucional de demarcar as áreas tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. Nesse sentido, o trabalho se atreve a diagnosticar não apenas um problema do governo atual, mas efetivamente um problema do Estado brasileiro, que não consegue romper com uma tradição de dependência de um modelo civilizatório que perpetua um modelo econômico alicerçado na exploração predatória de recursos naturais e no desrespeito de direitos humanos da população brasileira.

O conflito social relacionado à demarcação e proteção dos territórios indígenas revela uma dificuldade de aplicação de importantes normas constitucionais, e impõe a urgente realização de um diálogo democrático capaz de alcançar a conciliação entre a efetivação dos direitos humanos e os interesses de desenvolvimento nacional. O trabalho também possibilitou concluir que a atual concepção de direitos fundamentais, baseada na evolução doutrinária em nível internacional, embora esteja sedimentada em nosso texto constitucional, carece de instrumentos normativos aptos à formação de uma sociedade justa e democrática.

Nesse entendimento, a partir de um posicionamento crítico sobre o Direito, a conclusão desse trabalho sugere uma mudança de postura dos juristas. Compreendendo a necessidade de um posicionamento ativo na busca da concretização dos direitos fundamentais presentes no nosso ordenamento, é necessário que os juristas confrontem a burocratização dos instrumentos de efetivação de direitos humanos. Essa burocratização deve ser denunciada e combatida, pois revela a transfiguração do Direito em mero instrumento legitimador de um pacto social submetido a interesses antidemocráticos.

Seguindo nesse raciocínio, cabe ao jurista colocar-se ao lado daqueles que lutam pela concretização de direitos humanos. Na defesa dos direitos humanos, o jurista precisa reproduzir no âmbito jurídico o mesmo potencial de luta e resistência daqueles que tem os seus direitos humanos diariamente violados.

Dessa forma, no que tange ao tema estudado, sugere-se que novas pesquisas abordem o processo de luta dos povos indígenas na defesa de seus direitos.

Nossa Constituição determina a construção de uma sociedade multicultural e democrática, e nesse sentido é urgente reconhecer no índio um sujeito político capaz de defender seus direitos especiais, mas também capaz de contribuir ativamente para a formação de uma nação independente e soberana.

REFERÊNCIAS

ATUNES, Mércio Mota. Crime de genocídio sob uma perspectiva antropológica, In: 26ª REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 6., 2008, Porto Seguro. **Anais eletrônicos...** Porto Seguro: Centro de Convenções e CEFET, 2006. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/search.html?keys=ge noc%EDdio&cat=3&num=10>. Acesso em: 8 dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2010. p. 306

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012.** Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=596939>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 215/2000.** Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 237/2013.** Acrescenta-se o art. 176-A no texto Constitucional para tornar possível a posse indireta de terras indígenas à produtores rurais na forma de concessão. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564668>>. Acesso em: 6 dez. 2013. 8 dez. 2013.

BRASIL. **Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. **Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 de dezembro de 1969. Disponível em:

<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>> Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Decreto n. 88.118, de 23 de fevereiro de 1983. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências.- Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 1983.

Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88118-23-fevereiro-1983-438548-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Decreto n.1.1775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 de janeiro de 1996. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm> Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de julho de 1992. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Decreto 7.747, de 5 de junho de 2012. Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, e dá outras providências. Diário Oficial da República federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm> Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 de novembro de 1992. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de dezembro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de dezembro

de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Minuta de portaria ministerial**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/d1775-portariaregulamentadora.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. **Portaria/Ministério da Justiça nº 14, de 09 de janeiro de 1996**. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em <http://www.funai.gov.br/quem/legislacao/pdf/Portaria_MJ_n14_de_09_01_1996.pdf> Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar PLP 260/1990**. Define a hipótese de "relevante interesse público da União", para os fins previstos no art. 231, parágrafo 6º, da Constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21623>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei PL1610/1996**. Dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas, de que tratam os arts. 176, parágrafo 1º, e 231, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16969>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

CANÊDO, Felipe. Documento que registra extermínio de índios é resgatado após décadas desaparecido. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 19/abr.2013. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/04/19/interna_politica,373440/>. Acesso em: 8 dez. 2013.

CANÊDO, Felipe. Em 10 anos, pelo menos 563 índios foram assassinados no Brasil. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 28 abr. 2013. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/06/28/interna_politica,413922/em-10-anos-pelo-menos-563-indios-foram-assassinados-no-brasil.shtml>. Acesso em: 8 dez. 2013.

CUNHA, Manuela Carneiro da. O futuro da questão indígena. **Estudos Avançados**. São Paulo. v. 8, n. 20, abril. 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 dez. 2013.

CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org) **Os direitos do índio: ensaios e documentos.** São Paulo: Ed. Brasiliense. 1987.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed. 2007.

DAVIS, Shelton H. Davis. **Vítimas do milagre: o desenvolvimento e os índios do Brasil.** Tradução: Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro: Zahar Ed, 1978.

EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle. **direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988.** 2004. 76f. Dissertação (Mestrado em História Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www1.capes.gov.br/teses/pt/2004_mest_ufrj_carlos_augusto_vale_evangelista.pdf> Acesso em: 8 dez. 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional.** In: Revista brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: Editora Método e Escola Superior de Direito Constitucional, n. 3, jan./jun., de 2004, p. 689-699. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CDYQFjAC&url=http%3A%2F%2Fesdc.com.br%2Fseer%2Findex.php%2Fbdc%2Farticle%2Fdownload%2F92%2F91&ei=NeebUsa7OI7IsASP-ICQDA&usg=AFQjCNEzXiVoG4u0s8NUnZpXwnCwAjjnAg&bvm=bv.57155469,d.cWc>> Acesso em: 8 dez. 2013.

GAGLIARDI, José Mauro. **O indígena e a República.** São Paulo: Ed. Hucitec, 1989.

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência.** Petrópolis: Ed. Vozes, 1988.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2010.

LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte – 1987/1988.** Brasília: CIMI – Conselho Indigenista Missionário, 2008.

LEVY, Maria Stella Ferreira. O direito das minorias e as nações indígenas no Brasil. **Cad. CRH,** Salvador. v. 22, n. 57, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792009000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 dez. 2013.

LOURENÇO, Luana. Após reunião com indígenas, governo mantém decisão de revisar processo de demarcação. **Agencia Brasil - Empresa Brasil de Comunicação**, Brasília, 10/julho.2013, Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-07-10/apos-reuniao-com-indigenas-governo-mantem-decisao-de-revisar-processo-de-demarcacao-de-reservas>> Acesso em: 8 dez. 2013.

OEA. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, Bogotá, abril de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/declaracao_americana_dir_homens.htm> Acesso em: 8 dez. 2013.

OLIVEIRA, Laura Nogueira. **Os índios bravos e o sr. Visconde:** os indígenas brasileiros na obra de Francisco Adolfo de Varnhagen. 2000. 186f. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&o_obra=19077> Acesso em 8 dez. 2013..

OLKOSK, Wilson. **História agrária do Médio Alto Uruguai – RS:** colonização, (re)apossamento das terras e exclusão (1900-1970). 2002. 132f. Dissertação (Mestrado em História – Estudos Históricos Latino-Americanos) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2002. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&o_obra=18963> Acesso em: 8 dez. 2013.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** NY, 107ª Sessão Plenária. 13 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001850/185079por.pdf>> Acesso em: 8 dez. 2013.

PACHECO OLIVEIRA, João; ROCHA FREIRE, Carlos Augusto da. **A presença indígena na formação do Brasil.** Brasília. SECAD/MEC; UNESCO; LACED/MUSEU NACIONAL. 2006. 268 p. (Coleção Educação para Todos, 13) Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372.pdf> >. Acesso em: 8 dez. 2013.

RELATÓRIO Figueiredo. Disponível em: <https://drive.google.com/folderview?id=0BwQXewGzjcAyZlItcC1oUkdDVTQ&usp=s_haring>. Acesso em: 8 dez. 2013

RIBEIRO, Darcy. **Teoria do Brasil**. 4ª. ed. Petrópolis: Ed. Paz e Terra. 1972.

SANTOS, Manoel Uilton dos. **Carta denúncia da APIB à Nações Unidas**. Genebra. 13 nov. 2012. Disponível em: < <http://www.apib.org.br/carta-denuncia-da-apib-a-onu/>>. Acesso em: 8 dez. 2013

SANTILLI, Márcio. Portaria ministerial pode paralisar definitivamente a identificação de Terras Indígenas. Instituto Socioambiental, São Paulo, 29 nov.2013. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/portaria-ministerial-pode-paralisar-definitivamente-a-identificacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

SELAU, Maurício da Silva. **A ocupação do território Xokleng pelos imigrantes italianos do Sul Catarinense (1875-1925)**: Resistência e Extermínio. 2006. 163f. Dissertação (Mestrado em História Cultural) – Universidade de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em < http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=145979> Acesso em: 8 dez. 2013.

ZANATTA, Rafael A. O sangue e a luta dos índios guarani-kaiowá: uma análise através da sociologia jurídica. São Paulo. 26 out. 2012. Disponível em: <<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2012/10/o-sangue-e-luta-dos-indios-guarani.html>>. Acesso em: 8.dez. 2013.

