

## **CÓDIGO INDÍGENA NO DIREITO BRASILEIRO**

LUIZ DE LIMA STEFANINI  
Desembargador Federal do Tribunal  
Regional Federal da 3ª Região

DEDICATÓRIA  
À Desembargadora Federal Suzana  
Camargo Gomes, passageira do mesmo  
comboio nos trilhos da vida, pela ami-  
zade que sobreviveu as estações.

### **PREFÁCIO**

#### **RESGATE DE UM ERRO HISTÓRICO**

José Renato Nalini

A questão indígena parece haver sido relegada a um certo descaso pelos brasileiros. Prevaleceu, durante séculos, a perspectiva equivocada de que a cultura dos ameríndios seria inferior à do mundo civilizado. A tendência predominante foi a de menosprezo por aquilo que não se consegue apreender.

Tal preconceito esclarece a resistência com que parcela considerável de pensadores eruditos recebeu o tema recente da demarcação de reservas indígenas. Acenou-se com o descabimento da destinação de vasta área para número relativamente escasso de indivíduos, como se o ato lesasse os interesses da maior parte dos brasileiros.

A humanidade tende a se olvidar de sua própria história. Na verdade, os originais moradores do território que hoje é ocupado pelo Estado brasileiro, Estado de direito de índole democrática e alicerçado num consistente espectro de direitos fundamentais, eram os índios.

Por quanto tempo foram eles os únicos detentores deste espaço cuja exuberância levou os colonizadores a acreditarem haver redescoberto o Jardim do Éden?

À luz da moderna antropologia – e cabe aqui revisitar a valiosa contribuição de Claude Lévi-Strauss – não se estranharia uma discussão a respeito dos títulos de legitimidade de direitos

reais usurpados aos donos da terra.

Inumeráveis os estudos levados a efeito sobre o legado de Grécia e Roma e sua importância para a civilização ocidental. Entretanto, são sociedades que deixaram de existir. Enquanto isso, nações indígenas sobrevivem às vicissitudes, ao genocídio, à contaminação que a criatura “civilizada” propiciou a populações inteiras. Alguém avalia a quantidade de indígenas dizimados na época da colonização, seja nas lutas de conquista, na cruel escravização ou mediante mera transmissão de doenças como sarampo ou gripe?

O estruturalista Lévi-Strauss, recentemente falecido, veio para o Brasil em 1935, na segunda leva de franceses recrutada para implementar a Universidade de São Paulo. Valeu-se de suas primeiras férias para percorrer o Mato Grosso e se inteirar da realidade indígena remanescente, após quatro séculos de colonização. Sentiu-se como o explorador no século XVI, tal a preservação dos costumes, hábitos e cultura. Dessa experiência resultou o livro “*Tristes Trópicos*”, mundialmente reconhecido como literatura etnográfica e como libelo em favor de sociedades que a pseudo-erudição arrogante considerou inferiores. Entretanto, respeitado como cientista e com conhecimento de causa, Lévi-Strauss considera que os 5 ou 10% de história disponível sobre algumas das sociedades primevas do Brasil, equivalem - ontologicamente - ao tesouro legado pela civilização greco-romana.

A proposta de Lévi-Strauss foi a reconciliação entre duas concepções: a de progresso e a de relativismo cultural. Nada como ouvi-lo textualmente:

“A noção de progresso implica a idéia de que algumas culturas, em épocas e lugares determinados, são superiores a outras, já que produziram obras de que estas últimas não se mostraram capazes. E o relativismo cultural, que é uma das bases da reflexão etnológica, pelo menos na minha geração e nas precedentes (porque hoje alguns o contestam), afirma que nenhum critério permite julgar uma cultura definitivamente superior a uma outra”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude e ERIBON, Didier, *De Perto e de Longe*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1990, p. 190.

Lévi-Strauss deslocou o centro de gravidade da questão. Não existe hierarquia entre culturas, apenas diferenças. Estas distinções, quando opostas, se fecundam ou estimulam-se mutuamente. E é justamente “a diferença entre as culturas que torna seu encontro fecundo”<sup>2</sup>. Esse testemunho contra o racismo ainda não repercutiu com a intensidade desejável em nossa Pátria. Em nome de que princípio se invoca a mais valia da cultura trazida pelo colonizador e a menos valia da cultura autóctone?

Para sustentar essa reflexão, a obra do magistrado federal LUIZ DE LIMA STEFANINI constitui valiosa alavanca. Uma pesquisa percuciente conseguiu amealhar substanciosos elementos históricos e rememorou etapas fundamentais, a partir da posse da terra pelos exploradores lusos.

Minucioso retrospecto da normatividade incidente sobre terras indígenas e sobre os povos que pré-habitavam o Brasil permite percorrer o trajeto conducente ao estágio atual. Ainda que tardiamente, procura-se corrigir o equívoco de subtrair à população indígena o seu inalienável direito de preservar e desenvolver sua cultura. Tudo com alicerces inconfundíveis na única vontade que pode se sobrepor às demais - a vontade constituinte.

Vontade de Constituição, por sinal, bem detectada pelo espírito superior e sensível do Ministro Carlos Ayres Britto, relator do V. Acórdão à Ação Popular contra a Demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol. O conteúdo desse voto histórico representa um salto qualitativo na compreensão do tema e equivale a uma pós-graduação no trajeto rumo à edificação de uma sociedade fraterna, justa e solidária.

O mérito maior da obra “Código Indígena no Direito Brasileiro”, que honra seu autor, o estudioso pensador LUIZ DE LIMA STEFANINI, é a corajosa assunção de postura favorável à manutenção da integridade étnica das populações aqui encontradas pelo colonizador. Posição paralela à de Lévi-Strauss, para quem “o colonialismo foi o maior pecado do Ocidente”<sup>3</sup>. Plenamente defensável, portanto, e afinado com o pacto republicano, permitir

<sup>2</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude e ERIBON, Didier, *op. cit.*, *idem*, p. 192.

<sup>3</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude e ERIBON, Didier, *op. cit.*, *idem*, p. 198.

que esses remanescentes, pequenos povos, permaneçam fiéis ao seu modo de vida tradicional.

Resistiram quais heróis, suportaram a invasão, a expulsão, a escravização, a fome, a enfermidade e a morte. Conseguiram legar à infância seus valores culturais e querem continuar a cultivá-los. Representam a concretização do ideal de pluralismo abrigado na Carta Magna. Inviabilizam a tendência homogeneizante a que se submetem as várias sociedades mundiais. Detêm um acervo de conhecimento que já se mostrou de extrema utilidade para os recém-chegados (o que significam 500 anos na história da Humanidade?...) e de importância crescente. Mencione-se, como exemplo, o domínio da adequada utilização das plantas medicinais, a experiência insubstituível no manejo da biodiversidade. Tesouro para o qual a nacionalidade ainda não acordou, mas que já despertou a cobiça alienígena.

Possuem também o seu direito, realidade social de feição dupla. “Como teoria, como modo de encarar as relações sociais, ele produz grande quantidade de saberes apropriados. Como forma de organização, produz instituições e especializa a seu serviço certo número de membros da sociedade”<sup>4</sup>.

O autor disseca o ordenamento aplicável às populações indígenas, considera-o autônomo e provido de características próprias. Quem poderá assegurar que da observância de tais postulados não advirá um novo estágio de relações entre índios e não-índios? Será que dos costumes longevos de suas culturas não provirá receitas para um convívio mais saudável, respeitador da natureza e mais harmônico?

Esta obra reclama um conhecimento transdisciplinar. Não é apenas jurídico, mas é preciso não se deter no limite das ciências do direito. Exige conhecimento de história, de geografia, de biologia da história dos povoamentos, genética, linguística, demografia, arqueologia, bem como paleontologia.

Enfim, é um convite a que cada brasileiro já protegido pela cidadania, se debruce com interesse real sobre a história dos povos indígenas. Eles são diferentes? Podem sê-lo, sob determinados parâmetros. “Podemos compreender essas diferenças e viver

<sup>4</sup> ASSIER-ANDRIEU, Louis, *O Direito Nas Sociedades Humanas*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. XI.

com elas, quando as conhecemos. Mas quando não as conhecemos, não existe esperança”<sup>5</sup>.

E esperança é cada dia mais urgente neste início turbulento de século e de milênio. Ávido por provocar mutações paradigmáticas, revisão de valores e autêntico exame de consciência a respeito de quase tudo o que até há pouco servia de alicerce para as nossas frágeis convicções.

## SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE: Antecedentes históricos e encami-  
nhamento do tema. Capítulo I: Introdução ao Direito Indí-  
gena. 1. O Direito Indígena como um Direito Social; 2. O  
Direito Indígena e seu objeto; 3. A pessoa e o cidadão se-  
gundo o Direito Comum; 4. O silvícola e o índio; 5. O ter-  
ritório e a cidadania; 6. O brasilíndio e a cidadania.  
Capítulo II: A genética fundiária do Brasil, antecedentes do  
Direito Indigenista, os primeiros nacionais. 1. Considera-  
ções preliminares; 2. Introdução ao tema da Descoberta  
como Terra anexada; 3. A incorporação da América portu-  
guesa ao Reino Luso; 4. O quadro da nova Terra e seus  
efeitos no Direito; 5. Os brasilíndios frente a posse portu-  
guesa; 6. A colonização privada e sua realidade; 7. A suces-  
são das *peças* no patrimônio do *de cuius*; 8. A Provisão-Lei  
de 17 de outubro de 1653; 9. Outras questões desafiado-  
ras da colonização. Capítulo III: O indigenato. 1. As idéi-  
as contidas no indigenato; 2. O *ius possidendi* no Direito  
Indígena; 3. Outros aspectos da origem dos títulos indíge-  
nas; 4. O Direito Indigenista à luz da Lei nº 601 de 1850;  
5. A concessão das terras ao indígena para a colonização;  
6. A distinção feita por Moreira Alves.  
SEGUNDA PARTE: O perfil sistemático. Capítulo IV: Natu-  
reza jurídica, personalidade e capacidade no Direito Indígena.  
1. Generalidades; 2. O processo de transversalidade étnica;  
3. A personalidade e a capacidade civil; 4. A capacidade civil

<sup>5</sup> LANGANEY, André, *Hereditariedade, genética: unidade e diversidade huma-  
nas*, in MORIN, Edgar, *A Religação dos Saberes - O desafio do Século XXI*,  
Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2004, p. 222.

perante a Lei nº 6.001/73; 5. A capacidade política; 6. A capacidade militar do indígena. Capítulo V: O sistema dos direitos e deveres indígenas. 1. A correlação entre direito e dever; 2. O assistencialismo estatal; 3. Os deveres para com o Estado; 4. As condições pessoais institucionais do indígena. Capítulo VI: A proteção dos direitos indígenas patrimoniais. 1. A noção de patrimonialidade indígena; 2. As terras indígenas enquanto privadas e públicas; 3. Terras indígenas públicas. Capítulo VII: Os direitos fundamentais indisponíveis. 1. O direito fundamental à integração; 2. O direito à proteção socioeconômica das aldeias; 3. A relação institucional com a terra. Capítulo VIII: As terras indígenas e a Constituição de 1988. 1. A evolução no tratamento das terras indígenas; 2. A interpretação sistemática do artigo 231; 3. A cabeça do artigo 231 da Constituição Federal; 4. O parágrafo primeiro do artigo 231 da Constituição; 5. A ocupação indigenista; 6. O esbulho de terras indígenas; 7. O usufruto da terra indígena; 8. As reservas indígenas; 9. O prazo para demarcação das áreas possuídas pelos índios; 10. Princípios que submetem a demarcação das terras públicas ocupadas/possuídas; 11. Outros aspectos da demarcação feita pela FUNAI. Capítulo IX: Princípios de Direito Indígena. 1. Autonomia científica; 2. O princípio da participação; 3. O princípio da atributividade. Capítulo X: Conclusões. Bibliografia. Apêndice.

## PRIMEIRA PARTE

Antecedentes históricos e encaminhamento do tema

### Capítulo I

#### Introdução ao Direito<sup>1</sup> Indígena

##### 1. O Direito Indígena como um Direito Social

Ainda perdura, sem ênfase epistemológica para a *teoria* do

<sup>1</sup> Por *Código Indígena* e não Direito Indígena, nomeando este estudo, tivemos a pretensão de marcar o tema como um manto de ordenação por matéria bem como traduzir o concurso sistemático de normas convergentes que têm por objeto jurídico este Direito.

Direito, reservada a sua importância à *praxis* jurídica, a clássica divisão das matérias acadêmicas - Direito público, privado e o social (com destaque aos interesses do Estado, dos indivíduos e da sociedade). Disso tratam, por conseguinte, no mesmo tópico, os temas da *natureza jurídica* - Direito sob a tutela da ciência da Liberdade Humana ou Metafísica dos Costumes para usar uma expressão kantiana.

Naquela divisão e agora observado sob o enfoque o Direito social é de se antecipar que este Direito distingue-se dos demais tendo em vista os valores sociais tutelados (não o interesse) quer pelo enfoque promotor das camadas sociais na meta da *Justiça Social*, quer pelo seu caráter principiológico e, neste sentido, obliterado o visor do individual dos sujeitos clássicos que o enlaçam (Estado e indivíduo).

O Direito Indígena é um autêntico direito transformador no organismo da dinâmica social e que vivifica este tecido axiológico razão pela qual poderia ser concebido como um direito social *próprio*. Os demais, como o Direito do Trabalho, o Previdenciário, entre outros, são direitos de uma sociedade heterogênea por fato econômico essencialmente latente. O Direito Indígena é um Direito que desborda dos matizes exclusivamente econômicos ou de representação social distributiva em face dos grupos que compõem o todo comunitário para alcançar a própria essência do direito dinâmico a conduzir a uma meta social.

## 2. O Direito Indígena e seu objeto

Indígena é a expressão que designa a pessoa, o modo de ser ou a natureza do índio<sup>2</sup> e sua comunidade; o que lhe toca por

<sup>2</sup> O designativo **índio**, historicamente, traduz e identifica a pessoa que habitava a América, também conhecida por ameríndio, antes da chegada de Colombo neste Continente. Por sucessão, os descendentes daqueles indivíduos fizeram por conservar os hábitos e costumes em meio a determinada comunidade. Em conexão com aquela origem e por devir sucessivo, índio é, ao contrário dos silvícolas, o indivíduo integrado à cultura nacional que guarda os traços de cultura de seus antecedentes pré-colombianos. A Lei nº 6.001, de 19.12.1973, define como índio ou silvícola “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (artigo 3º, inciso I).

tipicidade sendo-lhe próprio, tomando-se, como se depreende, nesta acepção geral, o significado semântico *lato*. Evidencia, como também é de se inferir, a idéia de um grupo humano peculiar, i. é, comunidade de pessoas físicas, entre si assemelhadas, geralmente diferentes de outros grupos, determináveis *gentílicas* segundo observação objetiva mas também por tradição cultural. Sugere a informação ampla que sinaliza a noção próxima de etnia ou *raça*.

Percebe-se, de pronto, a dificuldade de identificar precisamente quem seja o indivíduo índio. Se sob um ponto de vista objetivo, externo, há sinais, ainda que não perfeitamente inconfundíveis, de um perfil humano ou grupal, sob a perspectiva subjetiva, o índio será o que se concebe como tal ou se declara. É exatamente em face desta dificuldade que o elemento psicológico de *coesão étnica* deve ser sempre consultado. Segundo a Resolução MS/CNS nº 304, de 09 de agosto de 2000, deve-se atentar para as seguintes definições: “1 - Povos Indígenas - povos com organizações e identidades próprias, em virtude da consciência de sua continuidade histórica como sociedades pré-colombianas. 2 - Índio - quem se considera pertencente a uma comunidade indígena e é por ela reconhecido como membro. 3 - Índios isolados - indivíduos ou grupos que evitam ou não estão em contato com a sociedade envolvente”.

Objetivamente considerada, a noção de *etnia* centra-se no conceptivo de grupo social com relativa homogeneidade cultural, linguística, histórica, origem comum, enquanto que a de *raça* sobreleva os caracteres somáticos como cor da pele, conformação do crânio, do rosto, tipo de cabelo etc., compreendendo também a idéia, segundo algumas enciclopédias, do conjunto que envolve os ascendentes e descendentes de uma família ou de um povo<sup>3</sup>.

Por sua vez, a idéia matriz, ou clássica, de *raça* como traço diferencial entre as pessoas - aparência biotípica ligada a fenótipos - tem evoluído com o progresso dos estudos genéticos e antropológicos adquirindo o conteúdo de novas concepções considerando as de conquistas científicas mais recentes<sup>4</sup>. No presente estágio

<sup>3</sup> Cf. “Lello Universal”, 4º vol., editores Lello & Irmãos, Porto, Portugal, pág. 818; “Caldas Aulete”, volume IV, editora Delta, Lisboa, Portugal, pág. 3046.

<sup>4</sup> “Durante muito tempo a existência de raças humanas era considerada coisa certa, pelo menos para os leigos, os inocentes e os *mal-intencionados*: falava-se em

de conhecimento, outrossim, está indene de dúvidas que, desde os primórdios da vida animal, o mundo conviveu com a espécie representativa do humano<sup>5</sup>. Quanto às raças, como demonstra **Guido Barbujani**, estas sempre tiveram recepção de existência por fatores adminículos biologicamente considerados e, tomando-se por referência o homem, elas se conformaram e é possível que continuam em formação quando se estabelecem isolamentos ou permanecem populacionados em barreiras territoriais. Sem embargo, o isolamento e a imobilidade são fatores que determinam discriminações e separações em comunidades tidas por raciais, decorrentes, como visto, de determinações geográficas, climáticas ou ainda artificiais como as *intervenções* do próprio homem<sup>6</sup>.

Assim, a evolução da genética molecular e o sequenciamento do genoma humano possibilitaram demonstrar que os fenótipos que socialmente servem à distinção de “raças” não correspondem a uma verdade biológica (diferenças genômicas). Com efeito, no mundo genômico a única verdade científica é que *cada indivíduo, e não sua aparência, se revela diferente*, ou único, neste mundo. Certamente a humanidade não é composta por populações ou “raças” diferentes entre si mas por uma totalidade de indivíduos diferentes. Fica enfático que a individualidade e a singularidade genética das pessoas é um dado científico e ainda que indubitável

---

negros, brancos e amarelos; falava-se, às vezes, em *ameríndios*, em habitantes da Nova Guiné; falava-se ainda em arianos e judeus, em eslavos e latinos. Pensava-se que traços físicos distintos como cor da pele, dos olhos e do cabelo, formato da cabeça, tipo de cabelo, estrutura física, pudessem, além de diferenças aparentes, representar níveis diferentes de inteligência, de aptidão, de formas de comportamento, até de moralidade. Mais recentemente a teoria de diferenças genéticas substituiu, para muitos, a idéia da aparência física, como fator de explicação para a variedade racial.” g. n. (**Guido Barbujani**, “A Invenção das Raças”, tradução Rodolfo Ilari, editora Contexto, São Paulo, 2007, pág. 09).

<sup>5</sup> Se não existe consenso quanto a um único conceito de raça em razão da relatividade do tempo, espaço e diferenças físicas, certo é que “todos concordam em que o homem pertence ao mesmo gênero, *homo* e a mesma espécie, *sapiens*” (**Marina de Andrade Marconi** e **Zélia Maria Neves Presotto**, “Antropologia Uma Introdução”, editora Atlas, São Paulo, 2007, pág. 69).

<sup>6</sup> **Guido Barbujani**, “A Invenção das Raças”, *op. cit.*, pág. 60.

esta mesma humanidade provém de uma só grande família<sup>7</sup>.

No caldeirão das “raças” que se imbricaram ao longo dos milênios na península itálica, o mesmo tendo acontecido na península hispânica<sup>8</sup>, apenas para lembrar dois exemplos, tornou possível a percepção deste fenômeno de diferenças determinadas pelos distanciamentos, pelos confrontos e comparações “raciais”<sup>9</sup>.

Outrossim, da projeção sobranceira da vida dos grupos humanos que evoluíram para uma sociedade mais complexa e para subsistir numa configuração que hoje compreende a noção de Estado, foi necessária a estratificação das individualidades em valores familiares e grupais. Sua formação irrigando a cidadania *gentílica*, e mais recentemente, pelas vias de comunicação ininterrupta entre os seres humanos no mundo, não se acolhem justificativas razoáveis para a sinalização de seres humanos ou conjunto de pessoas em meio a atual sociedade multi-integrativa, da mesma forma em que nenhum cidadão pode deixar de se subsumir aos princípios do Direito Comum vigente entre os povos (*ius gentium*<sup>10</sup>). Semelhantes enunciados e princípios avançam para além da noção de Estado ou estratificação do *consuetudo* diferenciado (tribal). Inadvertidamente, é certo, em acontecendo a rotulação de um grupo étnico vê-se estereotipado de uma forma radical as diferenças e modos de ser próprio<sup>11</sup>. Há que se buscar,

<sup>7</sup> **Sérgio D. J. Pena**, “Humanidade Sem Raças?”, editora Publifolha, São Paulo, 2008, págs. 14, 39 e 40.

<sup>8</sup> Cf. **Nuno J. Espinosa Gomes da Silva**, “História do Direito Português”, editora da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006, pág. 53.

<sup>9</sup> Na região da Europa onde se encontraram desde o período neolítico, vindo de outras regiões, especialmente da África, os primeiros nômades, aconteceu grande miscigenação decorrente das inúmeras confluências acontecidas, sem deixar de se preservarem como raças distintas em espaços próprios entre as várias etnias individualizadas.

<sup>10</sup> O *ius gentium*, também designado de **Direito Comum**, era, segundo o Direito Romano, o direito usado por povos diferentes em contraste como o direito nacional de cada povo.

<sup>11</sup> Pessoas com hábitos, costumes e credos religiosos próprios hoje espalhadas por vários países no mundo, integradas a outras culturas, continuam a preservar estes hábitos e regras costumeiras (modo de ser peculiar). Com efeito, a apartação territorial não é necessariamente *condição necessária* à conservação de diferentes culturas sem prejuízo do modo de ser gentílico de cada grupo. **Oliveira Martins**, historiador português, enfatiza que na Europa moderna conquanto

a propósito disto, e tudo está a sugerir no alvorecer deste milênio, rumos novos no intercomunicante Direito dos Povos e no fato social redimensionado. Semelhantes valores vão ao encontro da comunhão de todos e da não distinção entre pessoas que compartilham o planeta<sup>12</sup>, ou seja, inexoravelmente na perspectiva do conagraçamento humanitário (convívio de *etnias* e solidarização das nacionalidades<sup>13</sup>). A manutenção da diferenciação grupal sempre descamba para quintais étnicos propiciando o surgimento de “raças” ou fincando ferrete segregativo às existentes.

No nosso País, ao lado das questões polêmicas - talvez

---

várias nações tivessem perdido suas autonomias políticas sem que restem vestígios da sua antiga independência, certo é que “as individualidades étnicas aparecem ainda hoje distintas no seio das nações politicamente unificadas desde largos séculos: tais são os países bascos, a Galiza e o Aragão, na Espanha; a Irlanda e a Escócia da raça céltica, na Inglaterra; a Provença, ou a Bretanha, em França; e, na Rússia, a Finlândia que é escandinava, ou as províncias bálticas que são germânicas” (“História de Portugal”, Guimarães Editores, Lisboa, 1987, pág. 19).

<sup>12</sup> O filósofo **Emmanuel Levinas** proclamava o *alterum* como a medida de vivência ampla e a real moralidade. Segundo seu pensamento o ontem da humanidade, forjado na carnificina das atitudes bélicas promovidas por valores primígenos, a que denomina *egoísticos* e que constituiu o oposto da alteridade que é o supremo bem humano e a real moralidade. Nesta real moralidade as pessoas se realizam nos outros como ideal humano (“Totalidade e Infinito”, tradução José Pinto Ribeiro, editora edições 70, 1980, Lisboa, Portugal, pág. 46).

<sup>13</sup> Em texto sobre o Estado, escreve **F. Nietzsche** no final do século XIX: “Hoje em dia o isolamento das nações trabalha contra esse objetivo (raça mista/homem europeu), de modo consciente ou inconsciente, através da geração de hostilidades nacionais, mas a mistura avança lentamente apesar dessas momentâneas correntes contrárias: esse nacionalismo artificial e, aliás, tão perigoso como era o catolicismo artificial, pois é na essência um estado de emergência e de sítio que alguns poucos impõem a muitos, e que requer astúcia, mentira e força para manter-se respeitável. Não é o interesse de muitos (povos) como se diz, mas sobretudo o interesse de algumas dinastias reinantes, e depois de determinadas classes do comércio e da sociedade, o que impele a esse nacionalismo; uma vez que se tenha reconhecido isto, não é preciso ter medo de proclamar-se um *homem europeu* e trabalhar ativamente pela fusão das nações” (“Humano, Demasiado Humano”, trad. Paulo César de Souza, editora Scwarcz, São Paulo, 2007, pág. 233). Essa idéia de “trabalhar ativamente para o amálgama das nações” encontra-se tratada amplamente na obra de **Keith Ansell-Pearson**, especialmente, fazendo comparações com outros pensadores em sua obra “Nietzsche Como Pensador Político”, trad. Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1997.

menos candente - dos preconceitos contra os próprios brasileiros de outras regiões (nordestinos, “bugres”, entre outros)<sup>14</sup> e contra pessoas diferentes quanto à cor da pele, língua, costumes etc., há, ainda, uma realidade que remanesce entranhada em nossa prosaica forma de conduta (caldos reminiscentes) a desafiar uma necessária higiene cultural. Se, de um lado, expõem-se aqui as idiosincrasias encontráveis igualmente noutros países<sup>15</sup>, o Brasil ressentido de desafios como o fato indígena<sup>16</sup>.

Com este substrato o Direito Indígena se sobressai no contexto dos demais direitos fazendo fluir os princípios específicos que o sustentam.

### 3. A pessoa e o cidadão segundo o Direito Comum

A respeito da realidade dos índios temos que algumas posturas persistem e se aprofundam ainda em atavismos incompreensíveis não obstante a existência de enunciados sociológicos e princípios positivos constitucionais nucleares avançados que abrem sendas para o aperfeiçoamento social em acenos auspiciosos.

<sup>14</sup> Lembrados, pela importância histórica no Brasil sudeste, a presença dos brasileiros imigrantes, japoneses, italianos, armênios, especialmente em São Paulo nos finais dos séculos XIX e inícios do século XX e os preconceitos que sofreram. Em relação aos italianos estes “foram claramente afetados por esse tipo de visão racial. Pobres, analfabetos em boa parte e com hábitos peculiares, aos italianos foram logo atribuídos vários estereótipos: pouco higiênicos, com padrões morais pouco elevados (violentos, devassos, delinquentes, entre outros), subversivos.” E completa **João Fábio Bertonha**: “Assim, enquanto nos países latinos, por motivos de afinidade cultural, lingüística e mesmo racial, os italianos sempre foram vistos como europeus e brancos, ainda que, muitas vezes, como inferiores por serem pobres e terem hábitos diferentes” (**João Fábio Bertonha**, “Os Italianos”, editora Contexto, São Paulo, 2008, págs. 98/99).

<sup>15</sup> Em países onde as diferenças foram conservadas e resultaram em separação física observou-se a realidade de maior agudeza e rejeições recíprocas. O quadro político que se mostra em muitas regiões do globo conduz neste sentido, ou seja, de que nestas situações germinam as intolerâncias de “raças” que pretendem autodeterminações políticas (autonomias) em razão da incapacidade de convivências com eventuais diferenças através de pontuais étnicos, ou autonomias apenas sugeridas por traços distintivos.

<sup>16</sup> Alguns países da América do Sul, especialmente a lembrar a Bolívia e o Equador, por grande apartação no quadro histórico esta questão tem foro social e desafios gravíssimos.

Certo é que, entre nós, a Carta da República, como é recorrente nas Constituições estrangeiras<sup>17</sup> onde permeia o princípio da igualdade (formal), mostra, solenemente, que entre o **Estado**, o mais importante ente público (art. 1º, *caput*), alentado pela *soberania* (primeira tutela fundamental), e a **pessoa**, na ordem civil, ente nuclear da dimensão privada (art. 1º, III, CF), turgido pela *dignidade* (segunda tutela fundamental), existe um **elo** em cujo eixo gravita o sentido e o destino maior da Carta Soberana. No complexo, portanto, da biangularidade dos valores fundantes, temos, pois, a dimensão público-social representada pela soberania (universal), de outra face, temos a dimensão do indivíduo-cidadão representada pela dignidade (particular).

Não existe, a observar sob o enfoque da dignidade, distinção ontológico-jurídica entre a pessoa e o cidadão sendo certo que dentro dos mesmos limites as acepções se inserem (têm sede), coabitando nos sítios cidadanísticos (art. 1º, III, CF, conforme prefalado). Constitui, tal síntese, um resultado qualitativo decorrente de um périplo secular de evolução dos valores culturalizados da humanidade.

Como projeção disso, esta identificação tem reflexo no Direito Indígena, então espalhado dentre inúmeras normas, onde se recolhe idêntica sinalização porquanto somente pelos cânones do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, em seu artigo 2º, inciso VI) encontram-se estabelecidos como meta da União, dos Estados e dos municípios, i. é, de toda a sociedade brasileira, forte numa *unicidade* ideal. Consequentemente impõe-se sempre repor a dualidade bipolar pessoa e cidadão (índios): “respeitar no processo de integração do índio à comunhão nacional”. É relevante e fundamental assentar com insofismável certeza que este princípio se encontra em inteira harmonia com os preceitos maiores da sociedade brasileira.

Ao comentar o artigo 231 de Constituição Federal, **Paulo de Bessa Antunes** aduz que ao fazer menção à organização social, costumes, lugares, crenças e tradições, a Carta teria contemplado

<sup>17</sup> Confira-se nas Constituições Americanas: Constituição da Nação Argentina, art. 8º; Constituição dos Estados Unidos da América, art. IV, Seção 2; Emenda XIV, Seção 1; na Europa: Constituição Espanhola, arts. 9, 10 e 14; Constituição Francesa, art. 1.

ao índio o direito de ser diferente e que a cultura dos não índios não é a única cultura válida<sup>18</sup>. A afirmação talvez queira se referir ao etnocentrismo que tem o condão de enlaçar conceitos de ordens diferentes. Parece-nos, contudo, não estar em contrapontos, quando se examina o tema, as *diferenças* ou a *validade* da cultura como *ethos* evolutivo de uma etnia<sup>19</sup>. Pode-se ilustrar que a cultura é o sangue e não todas as células do organismo vivo de um grupo social; não traduz um valor absoluto e como tal não tem função excludente. Em face dessa relatividade é que se constata

<sup>18</sup> **Paulo de Bessa Antunes**, “Ação Civil Pública, Meio Ambiente, e Terras Indígenas”, *apud* **Roberto Lemos dos Santos Filho**, “Apontamentos Sobre o Direito Indigenista”, editora Juruá, Curitiba, 2005, pág. 46.

<sup>19</sup> A este respeito é de se consignar que mesmo as mais iluminadas inteligências como a de **Georg Wilhelm Friedrich Hegel** louvaram-se em premissas duvidosas quando este festejado filósofo em 1821 afirmou: “Mansidão e indiferença, humildade e submissão perante um *crioulo* (indivíduo da raça branca, porém nascido na colônia - mameluco), e ainda mais perante um europeu, são as principais características dos americanos do sul, e ainda custará muito até que europeus lá cheguem para incutir-lhes uma dignidade própria. A inferioridade desses indivíduos, sob todos os aspectos, até mesmo o da estatura, é fácil de se reconhecer. Somente as tribos que vivem bem ao sul, como as da Patagônia, são de natureza mais robusta; porém, ainda bastante rudes e selvagens. Quando os jesuítas e o clero católico quiseram acostumar os índios à cultura e aos costumes europeus (é sabido que fundaram um Estado no Paraguai e mosteiros no México e na Califórnia), deram início à convivência com eles. Os padres davam-lhes ordens como se os nativos fossem incapacitados para as tarefas diárias, as quais eles aceitavam, mesmo sendo preguiçosos, por causa da autoridade dos primeiros. Esses regulamentos (à noite, um sino devia lembrar-lhes de suas obrigações matrimoniais), inicialmente, visavam à criação de necessidades – a força motriz da iniciativa da atividade humana. A fraqueza do nativo americano foi a principal razão de se levar negros para a América com o objetivo de empregar a capacidade que eles têm de trabalhar, pois os negros são muito mais receptivos à cultura européia do que os índios. Um viajante inglês citou exemplos de vários negros que se tornaram hábeis sacerdotes, médicos, etc. (foi um negro quem primeiro descobriu o emprego do quinino), enquanto era de seu conhecimento que apenas um nativo havia conseguido iniciar-se nos estudos mas logo falecera, devido ao excesso de aguardente. A fraqueza da organização indígena americana foi agravada pela falta dos instrumentos por meio dos quais se pode estabelecer um poder sólido, a saber: o *cavalo* e o *ferro*. Foi exatamente pelo uso desses meios que os nativos foram derrotados pelos colonizadores” (“Filosofia da História”, trad. Maria Rodrigues e Hans Harden, editora UnB, Brasília, 2ª edição, 2008, págs. 74/75).

o fracionamento e a interação com outras. Aliás, o artigo 1º do Estatuto do Índio prevê a integração do indígena à comunidade brasileira sem que isto importe em abrir mão de sua cultura, *verbis*: “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.” A expressão comunhão nacional, ao contrário do que sugere declarar, é a expressão enfática do princípio de que a nacionalidade brasileira é poligênica.

Agregue-se a isto que também toda a legislação no plano infraconstitucional, como se encontra em consórcio com normas *específicas* dirigidas ao indigenismo, sempre prestigiou a conservação e o respeito à cultura indígena. Nada a destacar ou enfatizar quanto a esta regra direcionadora posto que nela não reside qualquer novidade; a reincidência normativa na medida em que reitera a qualidade *parte* não exclui outras identidades<sup>20</sup>.

Parte é o que constitui um todo e portanto integra a idéia de universal.

#### 4. O silvícola e o índio

Na textura da taxonomia, a legislação ordinária em matéria indígena é preciso considerar, em atinência ao princípio da igualdade ou isonomia à vista dos comandos constitucionais e em especial o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19.12.1973), usa os vocábulos **silvícola** e **índio** como sinônimos. Todavia, os primeiros são referências a pessoas abstratas e os segundos brasileiros *sujeitos de direito*. Nos textos históricos e legislativos existem diversas alusões aos primeiros com os verbetes silvícolas, ameríndios, selvagens, naturais, entre outros<sup>21</sup>.

A Carta Magna, como predito, no rol das atribuições dos direitos não aparta a pessoa do **índio** face ao **cidadão** (brasileiro) inclusive, como bem fez, reconhece a ele o *ius suffragium* (art.

<sup>20</sup> Vide Nota nº 22.

<sup>21</sup> A literatura jurídica é farta de remissões a estas expressões como sinônimas o mesmo acontecendo com os textos históricos. Em especial pelo farto uso destas palavras remete-se a monografia “A Capital da Solidão - Uma história de São Paulo das origens a 1900”, de **Roberto Pompeu de Toledo**, editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2003.

14, parágrafo 1º, inciso I), o direito castrense etc. No tocante à *cidadania*, é preciso antecipar, como lembra **Eduardo Bittar**, que esta *condictio* (condição de cidadão) deve sujeitar a uma compreensão mais ampla possível e em um universo abrangente, i. é., compreensivo à proteção de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, a revelar a condição de pessoas universais<sup>22</sup>.

Não se pode ignorar que o termo **silvícola**, por imperativo histórico e semântico, como também por correspondência antropológica, entre outras, designa pessoas *não aculturadas*, ou melhor, pessoas *isoladas*, que vivem nas selvas ignotas em estágio evolutivo distinto dos demais brasileiros; os silvícolas, como se depreende, adequam-se as noções dos pré-colombianos e guardam hábitos e costumes presumivelmente diferenciados, *inclusive entre si*. Todavia, tais concepções não se aperfeiçoam aos indígenas. Independente dessa realidade (preservadas as peculiaridades), encontram-se sob o manto da soberania brasileira como cidadãos<sup>23</sup> (pálio da realidade cidadanística).

O autor do Código Civil de 1916, **Clóvis Beviláqua**, ao comentar o artigo 6º, inciso IV, parágrafo único, com a autoridade de codificador, lecionou que “O Código usa da palavra *silvícolas* para tornar claro que se refere aos habitantes da floresta e não aos que se *acham confundidos na massa da população, aos quais*

<sup>22</sup> “Falar em cidadania, neste contexto conceitual clássico, como capacidade de votar e ser votado, como condição política de cidadão perante o Estado e seus instrumentos de participação política, parece falar de alguma coisa que faz pouco sentido e repercute parcamente na dimensão da vida de cada uma das pessoas que se encontram nessa condição.” E completa: “Em verdade, a real identidade da palavra cidadania, com o acento que se quer conferir ao termo, reflete exatamente essas preocupações, significando, portanto, algo mais que simplesmente direitos e deveres políticos, e ganhando a dimensão de sentido segundo a qual é possível identificar nas questões ligadas à cidadania as preocupações *em torno do acesso às condições dignas de vida. Nessa perspectiva conceitual, o que se quer ver é que não possível pensar em um povo capaz de exercer a sua cidadania de modo integral (no sentido político-jurídico) sem que ela (no conceito assumido) esteja plenamente alcançada e realizada em suas instâncias mais elementares de formação e implementação de estruturas garantidoras de bens, serviços, direitos, instituições e instrumentos de garantia da existência, da vida e da dignidade*” g. n. (**Eduardo C. B. Bittar**, “Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos”, editora Manole, São Paulo, 2004, pág. 18).

<sup>23</sup> Vide Nota nº 02.

*se aplicam os preceitos do direito comum*”<sup>24</sup>. Isto, é preciso desde logo trazer à cogitação, todavia não deve acarretar uma *capitis diminutio* aos primeiros.

A questão da capacidade se perfaz no plano dos modos de exercício dos direitos e não da *incapacidade* como pressuposto.

## 5. O território e a cidadania

Quanto ao aspecto que envolve o território e a cidadania, reforce-se, por peculiaridade conscrita aos naturais do Brasil, como estiolam os textos históricos, que a grande maioria de nossos silvícolas no alvorecer do Brasil, e hoje em relação aos brasilíndios desconhecidos, *não conheciam* a noção política de território. Tão somente exteriorizavam o imperativo da *função* face ao espaço ambiente (espaço útil), razão pela qual eram, tradicionalmente, **nômades** (designativo de antigos povos da Numídia – daí a etimologia - sem habitação fixa que se deslocavam constantemente em busca de alimentos), considerada a equação comunidade silvícola e área de vivência<sup>25</sup>. O professor de Direito da USP, **João Bernardino Gonzaga** em sua tese de cátedra, sobre o modo de vida dos grupos autóctones no nosso território, deixa claro que a “nota característica de seu comportamento foi o nomadismo, o permanente deambular sem rumo, uma vida instável, um eterno render-se à natureza, em vez de procurar dominá-la. Após três, quatro, cinco anos de permanência em certo local, incendiavam suas habitações e seguiam adiante em busca de outras paragens.

<sup>24</sup> **Clóvis Beviláqua**, “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil - Comentado”, edição histórica, editora Rio, Rio de Janeiro, 1979, pág. 194.

<sup>25</sup> Dentre extensa bibliografia a própria Carta de Pero Vaz de Caminha comunica que os gentios perseguiram a alimentação, sem serem sedentários: “não lavram, nem criam”. Escreve **Raimundo José da Cunha Matos**: “A maior parte dos índios são errantes, como convém a povos que vivem da pesca e caça. A agricultura não merece as suas atenções talvez por causa da preguiça, ou por lhes faltarem instrumentos próprios para esses trabalhos. Eles mudam muitas vezes de lugar abandonando as rancharias, e vão seguidos de suas mulheres – que conduzem às costas os filhos e à cabeça os utensílios do serviço doméstico” (“Corografia Histórica da Província de Minas Gerais - 1837”, volume 2, editora Itatiaia/EDUSP, São Paulo/Minas Gerais, 1981, págs. 86/97). O mérito deste hábito (costume) errante, seria despidendo anotar, se evidencia no conhecimento da interação com vários ambientes vivenciais.

Abriam então nova clareira através do rudimentar sistema da queimada e recomeçavam tudo por mais outro curto período. Nessa existência errante, *jamais houve a estabilidade* que é uma das condições propiciadoras do progresso”<sup>26</sup> (g. n.).

Aliás a estabilidade territorial é um dos componentes a conformatar o que hoje se veio conhecer como infrafunção do Estado.

Estes constantes e intermitentes périplos pelas florestas brasileiras eram impulsionados por razões naturais e pragmáticas mas também pelas intermináveis guerras entre tribos (inimigas) em todo o território<sup>27</sup>.

O fator ausência de estabilidade territorial não se mostrou de tal modo desprezível que não levasse a “ocupação” de espaços

<sup>26</sup> **João Bernardino Gonzaga**, “O Direito Penal Indígena - à Época do Descobrimto do Brasil”, editora Max Limonad, São Paulo, s/d, págs. 18/19.

<sup>27</sup> Notícia o já citado **Cunha Matos** apenas por uma amostra: “O padre Ângelo deu princípio ao aldeamento dos coroados (índios) no ano de 1758 em que com eles concluiu uma paz muito vantajosa aos habitantes das Minas Gerais, pois, que aparecendo os aimorés ou botocudos no ano de 1767, saíram os intrépidos coroados a fazer-lhes guerra, pela qual puseram a coberto os mineiros de maiores calamidades e obrigaram a algumas tribos dos ditos botocudos a retirarem-se até aos sertões do Maranhão onde agora estão praticando as suas costumeiras crueldades. Aí são conhecidos pelo nome de índios gamelas em razão da figura dada pelo botoque ao lábio inferior da boca como ficou declarado”. Noutro trecho esclarece o mesmo autor que uns “dizem que estas gentes (aimorés, cuyatés) são ramos da grande e antigüíssima nação tapuia, dominante na maior parte do Brasil e talvez irmã dos companheiros ou vassalos de Manco-Capace que, achando-se aldeados nas praias do oceano, foram daí expulsos pelos tupinambás e tupiniquins, tribos da nação tupi, vencedora dos tapuias. Procuraram refúgio nos sertões do Rio São Francisco, onde se multiplicaram a ponto tal (enquanto os seus vencedores disputavam e eram destruídos pelos portugueses nos estabelecimentos marítimos) que, no fim de muitos anos, se julgaram assaz poderosos para descerem ao oriente, e aí praticarem os mais cruéis estragos nas Comarcas de Porto Seguro e Ilhéus da Província da Bahia e na Província do Espírito Santo, as quais, por estas invasões dos antropófagos aimorés ficaram reduzidas à maior decadência ou quase aniquiladas. Outros supõem que são oriundos dos sertões de Pernambuco; outros, finalmente, entendem que os aimorés formavam, em tempos muí remotos, uma parte das poderosas, atléticas e bárbaras tribos do Sul da América, donde passaram ao norte em busca de caça e pesca ou talvez perseguidos por outra nação ainda mais valorosa” (**Raimundo José da Cunha Matos**, “Corografia Histórica da Província de Minas Gerais - 1837”, *op. cit.*, págs. 66 e 68).

determinados de vida tribal conhecido por áreas de influência. Nestas havia sinais de presença eventual ou transitória.

O ato de deferimento pelos portugueses, quando do início da colonização, de localização *espacial* às comunidades indígenas (aldeias ou reservas) pois, não ocorreu por fundamento em congenitude, criação doutrinária muito posterior, conforme se vê em alguns autores, se a tanto é de se aceitar. A terra *das aldeias* haveria de ser resguardada a eles, como ainda se justifica, tanto pela tradição do direito português como pelo direito nacional antigo como *áreas singulares indisponíveis a terceiros* (nestes incluindo *outros* indígenas), **forte em um fato objetivo** (fisicamente ocupadas), identificado e/ou demarcado. São, dentro de uma ampla perspectiva, indubitavelmente, as ocupações comunitárias constituídas e consumadas bem como amparadas por enunciados jurídicos do Direito Português (comunidade identificada em fato notório) que como tal devem ser formalmente “desmembradas” do *ager publicus*; algumas agasalham contornos do “direito adquirido”.

A matéria todavia não tem sido objeto de aprofundados estudos doutrinários.

Assim, o *factum principis* da territorialidade, a despeito da ausência intelectual do juízo terra-domínio na mente do nosso silvícola, o fato objetivo presente na ocupação em aldeias faz com que, por direito, convola receptível o lastro patrimonial sobre suas terras.

É o que desponta nas células das comunidades indígenas de uma maneira geral.

## 6. O brasilíndio e a cidadania

Quanto a estes brasileiros (cidadãos com estigma de índio) a despeito daqueles avanços jurídicos, a Norma Suprema, em displasia com os princípios retro referidos cujos prejuízos não se estendem a outros nacionais como os quilombolas<sup>28</sup> (apenas para

<sup>28</sup> A situação dos negros e seus descendentes no Brasil, colônia e império, em face a sua condição originária de escravidão, que por vezes remontava a seus países de origem, fez surgir a realidade dos escravos fugitivos, e, esta condição os levou a *ocupar* terras em várias partes do País, constituindo posses que se conservaram por dezenas de anos. Este fato, todavia, recepcionado pelo Direito (reconhecendo como direitos adquiridos) *não* ficou sujeito a qualquer limitação no que tange a proteção jurídica. Hoje são conhecidas várias áreas de quilombos

lembrar um exemplo<sup>29</sup>), cunhou, reprimando remissões de juriconsultos do século passado, a sinalização conceitual de que o indígena é, ao mesmo tempo, um *plus* e um *minus* cidadão brasileiro dependendo dos valores em foco, preponderantes ou selecionados. Em face da primeira ordem de idéias teria o indígena um privilégio no que pertence a responsabilidade civil e penal na medida em que seriam julgados por leis especiais, mais brandas que consideram caso a caso seu grau de discernimento frente ao interesse (bem jurídico) tutelado ou ao ilícito praticado; sob o segundo enfoque a referência leva em consideração a capacidade relativa de aquisição e exercício de seus direitos e a indisponibilidade de alguns direitos. É isento de polêmicas todavia a existência de um vínculo que se quer alicerçar e destacar pondo em relevo sua *identidade* e a idéia de *território* como concepções acorrentadas, *inseparáveis*. Consoante isso, é preciso ressaltar que tal opção tutelar axiológica singela, e, num certo sentido predicando o justo, não guarda, absolutamente, jusantecedência no esteio do “direito étnico”. E mais, não se pode também olvidar que o selo-mor da cidadania sendo *transcendente à noção territorial* tem a vocação, indubitavelmente, incondicional<sup>30</sup>.

---

pelos sertões brasileiros que receberam o título de propriedade privada. É ilustrativo mencionar, e apenas para efeito de comparação, que no Brasil a escravidão negra, que sucedeu a dos índios, permaneceu por um período mais longo na nossa sociedade. A despeito disso, na história das instituições sociais e econômicas mundiais a existência da escravatura africana se perde no recuo temporal. Quando da descoberta do Brasil já era largamente difundida na Europa e em outras regiões do globo. Em 1300 os venezianos usavam escravos negros em suas fazendas de açúcar em Cipro e, entre 1414 e 1423, dez mil escravos foram comprados pelos venezianos. Importa, para concluir, lembrar os antecedentes que se antepuseram à atividade escravagista, como a atuação de **John Ziska** (1370-1420), na Boêmia, com propostas inovadoras, continuando a tradição hussita. Chegou a fundar a notável comunidade de Tabor e, nesta Entidade, de forma precursora, espalhou idéias contra qualquer tipo de servidão humana.

<sup>29</sup> Consigne-se que da mesma forma não tem sentido chamar brasileiros de afrodescendentes, ou sino-brasileiro, nipo-brasileiro etc.

<sup>30</sup> Na História dos povos encontram-se exemplos recorrentes de grupos humanos que através dos séculos continuaram **coesos** culturalmente sem se desfigurarem em despojamentos quanto as suas identidades, *qualidades e diferenças*, sem território político. Podem ser lembrados dentre os mais conhecidos o povo judeu oriundo provavelmente da Ásia, que durante um longo período antecedente a criação do Estado de Israel na região da Palestina, em 1948, jamais perdeu

Comprometendo a cidadania, e um aspecto mais perverso que se agregou com o objetivo de proteção, observamos que aquele grilhão imperativo representado pela restrição à disponibilidade em face de seus titulares (índio-terra)<sup>31</sup>, tem levado, visando o fim protecionista, tão só, à restrição e ao *confinamento* e, neste ponto, como antítese, vem conspirar contra os próprios costumes recidivos, inerentes à **liberdade** indigenista (anátema nuclear consagrado das faculdades privadas). Hoje, dê-se ênfase, conservando seus hábitos e costumes, aspiram estes brasileiros, com justiça, **melhorias humanas**<sup>32</sup> nas quais também estão

---

sua identidade gentílica; os armênios antes de 1922 quando se tornaram uma República socialista integrada à URSS (o genocídio, pelos turcos, ocorreu em 1915). Outrossim, em muitas partes do mundo vários outros povos, como os bascos (que antecederam os romanos na península ibérica) que integram a nação espanhola; os curdos que ainda convivem com outras etnias preservando seus hábitos e costumes como cidadãos do Irã, dentre outros exemplos. Nesta mesma linha remeta-se ao que contém a Nota nº 9.

<sup>31</sup> Alguns etnólogos abordam esta conexão arquetipal sob o significado do **tekoha**, extensão onde viviam e praticavam seus costumes, realizavam rituais, cantos e danças (conforme “Conflitos de Direitos sobre as Terras Guarani-Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul”, vários colaboradores), e em razão disto, segundo eles (etnólogos), devem ser preservados estes espaços aos indígenas não necessariamente onde se situa a aldeia. Esta elasticidade ilimitada beira o ideológico pois as reservas indígenas devem circunscrever, como não escapou à lei, o espaço territorial necessário à vida indígena e não às quimeras que são infinitas. Sobre esta postura escreve o articulista **Hélio Jaguaribe** *verbis*: “Em anos mais recentes, a política indigenista brasileira passou a ser orientada por *etnólogos*. Estes, diversamente de Rondon, não intentavam a pacífica incorporação do índio, mas a preservação das culturas indígenas. Para isso, adotou-se a prática da delimitação de amplas áreas nos sítios povoados por índios, como reservas. A política de reservas vem sendo aplicada sem levar em conta os imperativos de defesa nacional, o que ocorre nos diversos casos em que elas se estendem até nossas fronteiras com países vizinhos”. E finaliza: “Por outro lado, a perpetuação de culturas nativas, em que se fundamenta, no Brasil, a política de reservas, carece de sentido. Em termos antropológicos, pois é impossível sustar o processo civilizatório. As populações civilizadas do mundo são descendentes de populações tribais que seguiram, em todos os países, o secular caminho que leva paleolíticos a se transformarem em neolíticos e estes em civilizados. Criar um ‘jardim antropológico’, a semelhança de um jardim zoológico, é uma insensatez” (*in* Jornal a “Folha de São Paulo”, dia 26.04.2008, pág. A3).

<sup>32</sup> O **índio Baré** (Bráz de Oliveira França), em discurso sobre as promessas dos brancos afirmou “depois que se reconhecessem (as terras), começariam então

embutidas e inseparáveis, além das necessárias *liberdades de evolução*, as faculdades inerentes aos direitos fundamentais onde se incluem e que deles dependem o progresso material a lembrar dentre estes os elementares direitos *reais*.

O artigo 7º, 2, da Convenção nº 169, da OIT, aprovada pelo Decreto nº 5.051, de 19.04.2004, assenta que os governos deverão desenvolver a “melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria”.

Aqui há que se destacar o asseguramento como direito indígena a ascensão natural aos valores de ambas as comunidades (branca e indígena) sempre lembrando, como advertência, que o sistema de catequese religiosa imposto no Brasil, conforme vivenciamos por séculos, produziram mentes brasilíndias degradadas.<sup>33</sup> Esta corrupção aconteceu atrelada *menos* ao instrumento e *mais* ao mérito.

---

a reconquista de seus direitos originários, agiriam como índios, brasileiros, amazonenses, sangabrielenses. A grande conquista do reconhecimento dos mais de 10 milhões de hectares de terras demarcadas no rio Negro resultou de uma luta que foi conseqüência desse passado. Mesmo assim, se alguns de nossos antepassados nos vissem no estado em que estamos e lhes perguntássemos por que eles há 500 anos viviam livres e tranqüilos, certamente nos responderiam: “Nós não éramos índios!” (“Povos Indígenas no Brasil - 1996/2000”, edição do Instituto Socioambiental - ISA, São Paulo, editor Carlos Alberto Ricardo, 2000, pág. 40). Qualquer aldeia hoje onde se põe a indagar quais as aspirações e desejos de seus habitantes a resposta é uníssona no sentido de deferimento das *liberdades privadas ativas* respeito e dignidade por parte do Estado, e, sobretudo, o acesso aos bens sociais.

<sup>33</sup> Sob este particular aspecto deletério, é veemente o repto do General **Couto de Magalhães** quando afirma que o índio, via de regra, é um *ente degradado* porque o *sistema de catequese é mau*; mau porque o esforço dirigido especialmente para conseguir um homem religioso se esquece de desenvolver as idéias eminentemente sociais do *trabalho livre*; ou seja por quaisquer outros ensinamentos, o certo é que: “o índio catequizado é um homem sem costumes originais, indiferente a tudo e, portanto, à sua mulher e quase que à sua família” grifos e negritos nossos (“O Selvagem”, editora USP/Livraria Itatiaia, São Paulo, 1975, “Apêndice”, pág. 138). Os embrionários laços familiares que se observou no pretérito destas pessoas foram solapados por outros valores vassalos.

Pessoas eventualmente identificadas por alguns fenótipos diferentes não podem permanecer estereotipadas (através de discutíveis discernimentos), condicionadas a imperativos ideológicos precários, acauteladas por uma proteção simbólica e em muitos pontos nebulosa, sem auscultar as lúcidas consciências indígenas e onde, nesta situação, paga-se alto preço: dependência **sem termo**. Em realidade permanecem conscritos em reclusas públicas, sob a suscetibilidade, se diferentemente, virem a perder seus direitos, *sem outra opção subsistencial*, recebendo alimentação do Estado, preso para sempre ao passado, apartadas de seus iguais do mesmo País por cláusula avatar e atávica de seus penates, embalada pelas inspirações dos não índios. **Adauto Carneiro**, profundo conhecedor da realidade indígena, relata sob a epígrafe de “O Índio – Latifúndio Miserável” que o “Conselho de Direitos Humanos constata a situação de miséria em áreas indígenas em MS. Apesar de ser de conhecimento de todos que trabalham com a questão indígena no Brasil que esta situação de *apartheid* desumano não é privilégio do Mato Grosso do Sul”. Finaliza o autor citando **Fernando Matos**, Diretor de Defesa de Direito Humanos da SEDH: “Nós tememos que haja algum tipo de retaliação em função da vinda do conselho. Pediremos, amanhã, que sejam tomadas medidas que preservem a integridade destas pessoas”, afirmou Matos demonstrando que tem uma visão totalmente distorcida do problema e acredita que os indígenas tem que viver presos em uma redoma de vidro como se fosse um ‘MUSEU VIVO’”<sup>34</sup>.

O brasilíndio **Ailton Kenak**, em 1998, dava o testemunho de que “o professor Darcy Ribeiro costumava dizer que a maior herança que o Brasil recebeu dos índios não foi propriamente o território, mas a experiência de viver em sociedade por ordem de nossa engenharia social”. E prossegue: “esse entendimento de que somos povos (brancos e índios) que temos esse patrimônio e essa riqueza tem sido o principal motivo e a principal razão de eu me dedicar cada vez mais a conhecer a minha cultura, conhecer a tradição do meu povo e reconhecer também na diversidade de nossas culturas, o que ilumina a cada época o nosso horizonte e a nossa capacidade como sociedades humanas de ir melhorando, pois se tem uma coisa que todo mundo quer é melhorar. Os índios,

<sup>34</sup> **Adauto Carneiro**, in *adautocarneiro@terra.com.br*, data 03.09.2010.

os brancos, os negros e todas as cores de gente e culturas no mundo anseiam por melhorar”<sup>35</sup>.

A Norma Maior, por outra verticalidade e em contrário a esta vergastada cidadania, não faz diferença quanto aos direitos civis entre os brasileiros de outras origens, mesmo aos estrangeiros que aqui vivem. No trato do território, a Carta Política põe em imperatividade que *os índios e não índios*, como já destacado, são indivíduos *indistintos* e, por tais *causa iuris eadem*, deveriam ser detentores, ao menos teoricamente<sup>36</sup>, dos mesmos direitos (públicos e privados). O que sobreleva é que o preceito publicístico da função social do *respeito* aos usos e costumes está a ser traduzido, paradoxalmente, como uma trava negativa em relação a seus direitos.

De todo modo, o princípio constitucional das **liberdades privadas ativas** e da **igualdade** de direitos, dos valores básicos da democracia, *que a todos pertencem* e aos quais os outros valores são tributários não pode ser excluído do Código dos Direitos Indígenas.

Repensar tais idéias faz-se impositivo no atual momento de nossa civilidade.

## Capítulo II

### A genética fundiária do Brasil, antecedentes do Direito Indigenista, os primeiros nacionais

#### 1. Considerações preliminares

A doutrina, e grande parte das leis, a despeito das assimetrias há pouco mencionadas, tem optado pela idéia recorrente de mostrar o conceito de populações indígenas estratificado no fator ou referencial **terra** como se os “estigmas originais” destes estivessem com exclusividade **condicionados** à geografia física<sup>37</sup>,

<sup>35</sup> **Ailton Kenak**, in “Povos Indígenas no Brasil - 1996/2000”, *op. cit.*, pág. 48.

<sup>36</sup> O princípio da proteção a estes brasileiros não pode pressupor limites ao acesso pleno às liberdades privadas.

<sup>37</sup> Cf. **José Afonso da Silva**, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros editores, São Paulo, 2007, pág. 857.

conforme já contextualizado. Há, é preciso que se reconheça, em abono desta diretriz algumas boas razões, todavia há também, e em grande número, imprecisões, obdurações e excessos que não recomendam a abordagem destas teses em alinhamentos absolutos.

De início, a noção de que, especialmente, o direito decorre da terra, em sendo metajurídica, tem conduzido a edificação de conceitos obscuros, apriorísticos, encarcerados, *contra ratio*, e que têm justificado, desditosamente, apenas a *segregação* destes brasileiros<sup>38</sup>. Com supedâneo em elucubrações antropológicas, às vezes consubstanciadas em idéias controversas, estas ultimaram por servir de encosto do que se logrou chamar de um direito “congênito”. Tais concepções, com certeza, guardadas as restrições ontológicas, resultam implicâncias e consequências com o direito fundamental da pessoa. Expõem-se estes direitos a integração a grupos de institutos abrangentes (nacionalidade e cidadania; *condictio* e *status*), seguramente mais amplos; elos de um sistema natural do fato humano-social<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> As teses, com lastros etnológicos e antropológicos, que tentam obliterar e sombrar o fato da nacionalidade **brasileira** dos índios do Brasil, para os juristas e operadores do direito apresentam-se completamente teratológicas e como tal não comportam elasticidade na prospecção analítica no âmbito de nossa ciência.

<sup>39</sup> No nosso País não se pode absolutamente negar a composição do sangue indígena na quase totalidade dos brasileiros. As origens das fazendas no Brasil são fruto das sociedades agrárias originais e acasalam-se com a posse comprovável com a cadeia dominial e os primitivos ocupantes sempre estiveram em consanguinidade com indígenas donde brotaram as gerações da população desbravadora que são os engenhos do organismo produtivo rural. Por outra vistoria, e em síntese, isto veio a constituir o tecido de nossa brasilidade. Segundo **Leandro Narloch**, “pesquisas de ancestralidade genômica, que medem o quanto europeu, africano ou indígena um indivíduo é, sugerem que os brasileiros são em média 8% indígenas. Uma análise de 2008 envolveu 594 voluntários, a maioria estudantes da Universidade Católica de Brasília que se consideravam brancos e pardos. A ancestralidade média do genoma dos universitários era 68,65% europeia, 17,81% africana, 8,64% ameríndia e 4,87% de outras origens. É pouco sangue indígena, mas não tanto pensando numa população de 190 milhões de habitantes. (...) O número fica ainda maior se considerarmos como descendentes de índios toda pessoa que tem o menor toque de sangue nativo. Em 2000, um estudo do laboratório Gene, da Universidade Federal de Minas Gerais, *causou espanto ao mostrar que 33% dos brasileiros que se consideraram brancos têm DNA mitocondrial vindo de mães índias*. ‘Em outras palavras, embora em 1500 o número de nativos no Brasil tenha se reduzido a

Certamente, pouco estudado e muito passionalizado no enfrentamento, o tema tem acarretado desabridas e pouco prudentes compreensões no trato jurídico, tanto quanto tem ofuscado o prudente e isento exame, velando-o com menor razoabilidade e excessivo obscurantismo. Para tanto os arcanos das contribuições místicas na história têm contribuído consequentemente<sup>40</sup>.

---

10% do original (de cerca de 3,5 milhões para 325 mil) o número de pessoas com DNA mitocondrial ameríndio aumentou mais de dez vezes', escreveu o geneticista Sergio Danilo Pena no *Retrato Molecular do Brasil*. Esses números sugerem que muitos índios largaram as aldeias e passaram a se considerar brasileiros. Hoje, seus descendentes vão ao cinema, andam de avião, escrevem livros e, como seus antepassados, tomam banho todos os dias" ("Guia Politicamente Incorreto da História do Brasil", editora Leya, São Paulo, 2009, págs. 44/45).

<sup>40</sup> Após observar que pela Lei de 27 de outubro de 1831 foram declaradas sem efeito as Cartas Régias de 13.05.1808 e de 02.12.1808, que determinavam o fazimento da guerra contra botocudos, aimorés, puris, conclui **Cunha Matos** que: "Os jesuítas foram muitas vezes maus (para os índios) por culpa de quem podia coibir a sua prepotência (dos religiosos) e obstar a que formassem uma **monarquia teocrática** tão extensa como o universo, do Canadá ao Cabo Horn. Da Europa ao Japão exercitava-se o domínio da célebre Companhia de Jesus" (*op. cit.*, pág. 77). Confira-se ainda, nesta clareza e objetividade, a escravidão disfarçada dos índios pelos párocos missionários das aldeias (*op. cit.*, pág. 93). O chefe **Momboré-Uaçu**, da Aldeia de Essauap, Maranhão, em 1612, afirmava: "tal qual os franceses que tratavam de estabelecer a França Equinocial, também os portugueses (peró) de início apenas pretendiam traficar, dormir com raparigas e mais tarde ficar e construir fortalezas. Depois não podiam mais tomar as raparigas mas Deus permitia possuí-las com o casamento e não podia haver casamento sem batizado. E para isso eram necessários **paí** (padres). Mandaram vir os **paí** e estes ergueram cruzeiros e principiaram a instruir os nossos e batizá-los. Mais tarde afirmaram que nem eles nem os **paí** podiam viver sem escravos para os servirem e por eles trabalharem. E assim, se viram os nossos constrangidos a fornecer-lhes" ("Povos Indígenas no Brasil - 1996/2000", *op. cit.*, pág. 29). O **índio Baré**, já citado em outro depoimento, sobre os missionários agora em época mais recente sobre a exploração dos índios em outro contexto afirma: "Nessa época (primeiras décadas do século XX) apareceram os primeiros missionários. Eles tinham o propósito de aldear os índios, com a intenção de livrá-los das garras dos patrões e submetê-los a crer em Deus através da evangelização católica. Essa investida, no entanto, foi pior do que qualquer sofrimento físico pois obrigaram os índios a abandonar várias de suas práticas culturais como curas, as festas de Dacuruy, os rituais e preparação dos jovens e suas formas de homenagear e agradecer o grande criador do universo. *Tudo isso virou ato diabólico da lei dos missionários*" (Índio Baré, "Povos Indígenas no Brasil - 1996/2000",

Na progênie destes vícios está o fato príncipe dominial implícito no direito originário mal examinado. Nos capítulos subsequentes serão feitas as introspecções periciais desta complexa matéria. Alguns tópicos específicos acenam, outrossim, com interpretações em descompasso nas dogmáticas interdisciplinares das ciências humanas. Talvez, ou exatamente por isso, algumas divergências pontuais entre sociólogos e etnólogos se fazem despontar por essa fenda.

## 2. Introdução ao tema da Descoberta como Terra anexada

Do organismo da ciência jurídica não pode ser extraída a gênese do contexto objetivo sem a necessária e aprofundada retro-introspeção no quadro histórico correspondente a justificar o seu vicejar, *tempus regit actum* -; *in casu*, no distante genoma cultural do Direito português. Também não se pode aceitar que juízos e estágios **atuais**, alterados pelo evoluir dos institutos de Direito Público, possam ser transpostos para quadrante temporal avoengo objetivando interpretá-lo e lá transplantados (primórdios do século XVI) onde outro **tempo judicente** vigia (outra fonte e outro o império jurídico) contaminando, assim, aquelas instituições românicas portuguesas. A sede histórico-jurídica guardou fatos subsumidos há séculos pela forja do pretérito e estes não podem ser conformatados ou trazidos à luz pela nave do Direito moderno e contemporâneo. Atitudes deste jaez podem disseminar erros graves.

---

*op. cit.*, pág. 40, g. n.). **General Couto de Magalhães** afirma que: “Tanto os conquistadores espanhóis e portugueses, *como os jesuítas*, consideraram o selvagem um instrumento de trabalho, uma espécie de mina, cuja exploração disputaram encarniçadamente” (“O Selvagem”, *op. cit.*, págs. 75/76). Atualmente, o Conselho Indigenista, CIMI, tem encontrado repelida recepção por parte da comunidade indígena conforme se observa em alguns documentos em amostra: “Porém assim como no processo de colonização do país tanto o Estado como a Igreja mantiveram seus verdadeiro objetivos de controlar, dominar, e detonar os povos indígenas”; e, à frente, noutro parágrafo: “O CIMI continua insistindo em querer ser porta-voz dos povos indígenas e definir o destino dos índios. Isso é inadmissível. Cada indígena pertencendo a alguma organização ou não, é quem tem legitimidade para falar por si ou pelo povo” (Vários Autores, “As Faces Escuras do Indigenismo Missionário com as Modernas Formas de Dominação Colonial”, in “Povos Indígenas no Brasil - 1996/2000”, *op. cit.*, págs. 73/74).

O começo da imprecisão é a admissibilidade de que as terras, então incorporadas ao Reino de Portugal, *eram dos silvícolas*.

Se admitirmos, com supedâneo no linguajar comum, que os índios aqui *estavam* ou viviam, nenhuma censura há de ser feita. Mas se tomarmos a fala vulgar com o significado *jurídico* a imprecisão salta aos olhos. Neste último sentido a locução é tanto imprecisa quanto introjeta um vício comprometedor. Tal distração leva, sem recurso, a imperfeições em face da dogmática, considerando sua validade e substrato social. É preciso, naquela afirmação proparlada, separar a afetividade inerente a comunicação comum e os imperativos que turgescem o cientificismo jurídico.

Repor corretamente o *fatum* jurídico *ex origine* é de rigor, sendo impositivo atestar para o Direito Público a autêntica realidade anímica e do dever ser vivenciado naquele remoto quadrante do passado.

As terras a partir da descoberta, sob o crivo da dogmática do Direito, passaram a integrar o Reino de Portugal na exata dimensão da relação jurídica aperfeiçoada que teve como causa um fato surgente certo<sup>41</sup>. Não desalinha desta conclusão *ex iure*, certamente, as apartadas razões de ordem naturalística.

### 3. A incorporação da América portuguesa ao Reino Luso

Preliminarmente, e consoante esta diretriz, autue-se em testilha primígena a própria certidão de nascimento do Direito português na América, a Carta de Pero Vaz de Caminha, de 1º de abril de 1500. Lavrada esta certificação passou-se o registro a significar a mais eficiente constatação de um fato sociojurídico que veio a se descortinar como o encontro de um mundo novo para a humanidade.

Neste documento, o *ius* vivido (sistema jurídico luso em vigor) mostra, logo nas primeiras linhas dispositivas, o acontecimento de uma descoberta que compraz, para o Direito Acreditado, nunca posto em dúvida, o ato da anexação dominial das terras ocidentais: “a nova do achamento **desta Vossa** terra nova que se

<sup>41</sup> Na América do Sul, especialmente, as terras, por direito de conquista, não desgarraram também desse pressuposto.

agora nesta navegação achou”<sup>42</sup> (g. n.). Este acontecimento veio a selar, às escâncaras, a certeza de que a terra, tudo estava a indicar, convolava coisa de ninguém (*res nullius*<sup>43</sup>) e automaticamente se fez incorporar aos domínios lusos, acobertada e autorizada pela soberana conquista (domínio eminente). Assentada a nossa ancestralidade nacional, o homem encontrado na orla brasileira foi identificado, face a uma ocular detecção apreciativa, como um habitante, um nativo, aborígene, um integrante *primitivo*, acesorío da terra<sup>44</sup>. O português **João de Barros**, singelo narrador da época, descreve o fato como “nossa ‘Conquista’, a qual se chama

<sup>42</sup> Carta de **Pero Vaz de Caminha**, in “Brasil 1500 – Quarenta Documentos”, editora UnB, Brasília, 2001, pág. 73.

<sup>43</sup> Em nossa monografia “A Propriedade no Direito Agrário”, editora RT, São Paulo, 1978, pudemos considerar as teses que se apresentaram sobre o tema em foco. A condição de coisa de ninguém sempre decantou naturalmente na aceitação doutrinária, positiva e jurisprudencial quer na literatura jurídica universal quer intestina.

<sup>44</sup> A expressões alusivas a estes habitantes *achados* junto com a Terra foram “gentes nuas como na primeira inocência” (Carta de **D. Manoel** aos Reis Católicos, de 29 de julho de 1501, in “Brasil 1500 - Quarenta Documentos”, *op. cit.*, pág. 219); “tem as faces muito mansas, mas seus modos e gestos são bestialíssimos, como de homens selvagens” (Carta de **Pedro Pasqualigo**, de 18 de outubro de 1501, in Brasil 1500 - Quarenta Documentos”, *op. cit.*, pág. 254); segundo **Fernão Lopes de Castanheda** que em terra “foram tomados dois homens naturais dela” e que no ofício religioso “ajuntou muita gente da terra” Carta de Documento 33, in “Brasil 1500 - Quarenta Documentos”, *op. cit.*, pág. 408). A *civilização* foi novidade trazida pelos europeus na afirmação isenta de **Oiliam José**, como de resto por toda doutrina jurídica não comprometida: “Nossos indígenas pelo visto nesse exemplo, não dialogavam. E era o mal. A impossibilidade de diálogo entre os homens ou os grupos humanos lembra-lhes a condição de bruto, de irracional” (Oiliam José, “Indígenas de Minas Gerais”, editado pelo governo de Minas Gerais, 1965, pág. 81). Descreve, conforme já se fez referência, a Carta de **Pero Vaz de Caminha**: “Pardos, nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas”; “nem fazem mais caso de encobrir ou deixar de encobrir suas vergonhas do que de mostrar a cara”; “acerca disso são de grande inocência”; “gente que ninguém entende”; “nem eles cedo aprenderiam a falar”; “mas sim para os de todo amansar e apaziguar (os índios)”; “como quer que se lhes em alguma parte amansassem, logo de uma mão para outra se esquivavam como pardais do cevadouro”; “não lhes ousa falar de rijo para não se esquivarem mais”; “tudo se passa como eles querem - para bem amansarmos!”; “fatos de que deduzo que é gente bestial”; “naquilo ainda mais me convenço que são como aves, ou alimárias montezinhas, as quais o ar faz melhores penas e melhor cabelo”; “a inocência desta é tal que a de Adão não seria maior” (in “Brasil 1500 - Quarenta Documentos”, *op. cit.*, págs. 81/114).

‘Santa Cruz’ e que o princípio dela tem como marco este descobrimento” e em cuja “bárbara terra” os pagãos encontrados estavam ainda na lei da natureza<sup>45</sup>.

A despeito desta descrição pictória do homem, também recolhemos no testemunho ainda de **Pero Vaz de Caminha** uma pitada de brandura reconhecendo nos naturais bons “espécimes” de nossa raça: “A feição deles é serem pardos, um tanto avermelhados, de bons rostos e bons narizes, bem feitos”; “os seus corpos são tão limpos e tão gordos e tão formosos que não pode ser mais”<sup>46</sup>.

Frente a este “achamento” não se assanhou qualquer contrariedade ou vozes insurgentes do mundo jurídico quinhentista europeu e no mesmo sentido não se presenciou qualquer resistência dos naturais aqui encontrados. A alusão à pertença da terra aos aborígenes sempre se vê repousada na aceitação incontraditada e na curiosidade inserida na condição descritiva de *homo naturalis*.

Consumado, nesta unanimidade, o fato (jurídico) do “achamento”, apenas duas leituras e recepções desde sempre se impuseram e se impõem segundo a dogmática jurisprudente<sup>47</sup>: ou se nega a existência e o viger do Direito português que, por sua vez, inseria-se no grande tronco dos direitos românico-germânicos das Nações do Velho Mundo (*Corpus Iuris Civilis*) em observação por todas as civilizações européias (Direito este do qual o Direito brasileiro é tributário) em prol de um direito imaginário - um direito silvicular - que contraporía ao português ou se há de receptionar o Direito Reinol como **único sistema jurídico vigente** e, em decorrência, ilógico é referir-se a um indigenato *como fato jurígeno em si*, conforme tenho arrostado em alguns autores<sup>48</sup>.

Novamente o professor da USP **João Bernardino Gonzaga**, ao estudar o “direito” indígena acercou-se da dificuldade do tema: “Incultos como eram, não deixaram documentos que lhes revelassem o pensamento e os costumes. Se ao menos tivessem influenciado

<sup>45</sup> **João de Barros**, in “Brasil 1500 - Quarenta Documentos”, *op. cit.*, pág. 426.

<sup>46</sup> Carta de **Pero Vaz de Caminha**, in “Brasil 1500 - Quarenta Documentos”, *op. cit.*, pág. 426.

<sup>47</sup> Sentido de ciência do Direito.

<sup>48</sup> Dentre estes, apenas destaco uma citação, a de **Luiz Fernando Villares**, “Direito e Povos Indígenas”, editora Juruá, Curitiba, 2009.

o Direito dos conquistadores, mesclando-lhes ‘instituições congênitadas’, estas nos poderiam tornar-se vias de acesso para, retrocedendo, penetrarmos no mundo jurídico-social que as moldara. Mas isto não sucedeu, porque o imenso desnível existente entre as duas civilizações gerou em termos amplíssimos a ocorrência deste fenômeno sociológico: ‘Se uma das culturas é *superior* à outra, a corrente descendente que a liga a esta será mais forte do que a corrente ascendente, e os produtos da cultura superior penetram na inferior como produtos acabados’ (*Pitirim A. Sorokim*, “Sociedade, Cultura e Personalidade”, pág. 905)<sup>49</sup>.

Em nossa doutrina **jusindigenista** não se encontra a afirmativa de uma civilização sulameríndia nos trópicos do Atlântico a justificar uma superestrutura social suficiente a germinar instituições jurídicas<sup>50</sup>. Tampouco os relatos naturalísticos e históricos sugerem esta tese não obstante muitos, e apenas citar os nomes

<sup>49</sup> **João Bernardino Gonzaga**, “O Direito Penal Indígena - à Época do Descobrimento do Brasil”, *op. cit.*, pág. 12.

<sup>50</sup> Confira-se neste lastro: “O conjunto das descrições feitas sobre os nossos indígenas revela que se tratava de povos imersos em estado de profundo atraso. Para **João Ribeiro**, era “gente da mais ínfima civilização” (“História do Brasil”, pág. 49). Os tupis, no dizer de **Gilberto Freyre**, representavam “uma das populações mais rasteiras do Continente” (“Casa Grande & Senzala”, tomo I, pág. 126); mas atrás deles ainda estavam os demais grupos, talvez com algumas poucas exceções. Todos, prossegue o mesmo autor fundado em anotações de vários estudiosos, achavam-se em estágio “inferior ao da maior parte das áreas de cultura africana” de onde importamos escravos.” “Não tinham governo, nenhuma chefia a que realmente se submetessem”. E explica **Frei Vicente do Salvador**: “Nem uma fé têm, nem adoram a algum deus; nem uma lei guardam ou preceitos, nem têm rei que lha dê e a quem obedeçam, senão é um capitão, mais pera a guerra que pera a paz...”. “Viviam em plena *idade da pedra lascada*. Sua economia era de mera subsistência, para consumo imediato: a caça, a pesca, a coleta de plantas, limitadíssima agricultura, tudo com métodos rudimentares. Nem foram capazes de domesticar animais, para dêstes obter trabalho ou alimentos. Não possuíam roupas, praticamente nada que lhes protegesse o corpo. Enfim, nessa ‘cultura de floresta tropical’, estagnada e vegetativa, não se vislumbra nenhum dinamismo, nenhuma semente de progresso, que justifique falar-se em autêntica organização jurídico-social.” “Começamos, repetimos, que nunca possuíram Governo, uma Justiça, nem algo que se possa efetivamente designar como organização jurídica.” “Na verdade, essas fontes não revelam a instituições de órgãos judiciários, nem a existência de um Direito como conjunto de normas, ainda que orais e consuetudinárias, racionalmente organizadas e impostas metodicamente por um Poder superior, para assegurar a justiça e a disciplina social” (**João Bernardino Gonzaga**, *op. cit.*, págs. 19, 20, 21, g. n.).

de **Mary del Priore** e **Renato Venâncio**, têm, com desvelo nos relatos, descrito algumas indiscutíveis habilidades destes nossos antecedentes<sup>51</sup>, sem esquecer a prática no manejo de roças, cultivo de mandioca, milho e outras plantas.

A substância civilizatória, conquanto tisonada de graus culturais, nem sempre nivelados nos estigmas dos Países da Europa continental, mostra a existência de um grande fosso com a realidade dos aborígenes da época cabralina. Este é o axioma que se mostra visceral em todos os estudos.

#### 4. O quadro da nova Terra e seus efeitos no Direito

A Terra “achada” pela navegação ao ocidente dos continentes conhecidos na madrugada do longínquo 1500 passou a ser de domínio de Portugal e conseqüentemente a subsumir-se ao Direito Luso vigente.

“É verdade que, escreve o consagrado jusagrarista **Paulo Garcia**, ao ser descoberto o Brasil, suas terras passaram a integrar o patrimônio do Rei de Portugal. O Rei, porém, era um simples proprietário dessas terras, embora tivesse também sobre elas a soberania, que emanava de sua condição de Chefe de Estado. Como proprietário, seus direitos se regiam pelo *ius communi*, e como soberano, seu direito se pautava pelo *ius publici*”<sup>52</sup>.

Reservada a afirmação quanto a natureza privada das terras da América portuguesa ao patrimônio do Rei de Portugal, a descoberta constituiu fonte política de anexação territorial<sup>53</sup> posto que não se convolvendo na configuração da *res hostium* alinhou-se perfeitamente com a noção do instituto da *res nullius* a vista de

<sup>51</sup> **Mary del Priore** e **Renato Venâncio**, “Uma História da Vida Rural no Brasil”, editora Ediouro, Rio de Janeiro, 2006.

<sup>52</sup> **Paulo Garcia**, “Terras Devolutas”, editora Oscar Nicolai, Belo Horizonte, 1958, pág. 11.

<sup>53</sup> Estas anexações de terras, antes da efetivação possessória, tinham necessidade de que fossem salvaguardadas previamente. Para tanto, antecedendo as conquistas de além-mar, era providencial suas confirmações papalinas. D. Manuel I, Grão Mestre da Ordem da Milícia de Nosso Senhor Jesus Cristo, em razão desta condição reunia em sua pessoa os poderes eclesiásticos oriundos do **Padroado** pela

ausência de *população* civilizada<sup>54</sup>. Veremos em capítulo posterior alguns pontos que imbricam com estes assentamentos e levam a fragilizar alguns aspectos da formulação da tese do *indigenato* conforme mostra a crítica, doutrinariamente em algumas dissertações.

---

Bula *Inter Coetera* do Papa Calixto III, de 1454, assegurou-se das graças do Vaticano. Assim, através das Bulas *Cuncta Mundi* de 1454 que atribuiu a Portugal o domínio de “todas as ilhas, mares e terras firmes da África desde os Cabos Bojadore e Não até a Guiné; a Bula *Aeterni Regis* de Xisto III, em 1481 ampliou estes domínios até a Índia. Estas confirmações eram requisitos de **legalidade** pois vigorava o enunciado de que Deus era o grande e primeiro proprietário e nada tinha por juridicamente válido se a Igreja católica não a consagrava e mais, vogava a máxima de que todos os Reinos eram sujeitos ao Papa. Quando tornou-se Papa Alexandre VI (da Casa dos Bórgia), cuja fama de Pontífice corrupto tisonou o Vaticano, todo o favoritismo anteriormente concedido a Portugal foi transferido para a Espanha. Assim, pela Bula *Eximiae Devotionis* de 1493 foi declarado que eram de Castela todas as terras firmes e ilhas achadas e por achar para ocidente localizadas aquém de 100 léguas das ilhas de Açores e Cabo Verde num traçado imaginário de pólo a pólo. Portugal protestou veementemente através de seus emissários eclesiásticos e estava pronto a pegar em armas quando foi concluído o célebre Tratado de Tordesilhas entre os dois Reinos, confirmado posteriormente pela Bula *Pro Boni Pacis* de Julio III, em 1504, sob os protestos do monarca francês.

<sup>54</sup> Escreve **Américo Vespúcio** a Lourenço de Medici, em setembro/outubro de 1502, sobre os detentores da Terra de Santa Cruz: “Não têm nem lei nem fé alguma. Vivem segundo a natureza. Não conhecem a imortalidade da alma. Não possuem entre si bens próprios, porque tudo é comum. Não têm fronteiras de reinos ou províncias; não têm rei, nem obedecem a ninguém: cada um é senhor de si. Não administram justiça, que não é necessária para eles porque neles não reina a cobiça em comum” (in “Brasil 1500 - Quarenta Documentos”, *op. cit.*, pág. 278). Um visitante francês ao Brasil **Auguste De Saint-Hilaire**, em 1833, já relatava que “os portugueses, descobrindo o Brasil, aí encontraram homens que lhes pareceram apenas merecer esse nome. Esses homens diferem dos europeus pela cor da pele, por seus cabelos e conjunto fisionômico. Estavam nus; viviam nas matas, *sem leis e sem religião* e se entregavam as barbáries a que se não poderia acreditar se não fossem confirmadas por viajantes de todas as nacionalidades e de todas as crenças. Os europeus não tardaram a aperceber-se da inferioridade dos indígenas do Brasil e procuraram conduzi-los à vontade de seu interesse. Em vão pedia-se à metrópole leis favoráveis aos índios; havia sido estabelecido em princípio que em alguns casos os índios podiam ser escravizados” (in “Viagem pelo Distrito dos Diamantes e Litoral do Brasil”, tradução de Leonam de Azevedo Penna, editora Itatiaia, Belo Horizonte, 2004, pág. 154).

É relevante registrar que, para o Direito Reinol, o ato do **descobrimento** pressupõe a condição substancial de *res nullius* e conseqüentemente acessa ao domínio original não só das *res mancipi* como das *res nec mancipi* cujo exemplo clássico é o tesouro descoberto (enterrado). Perante o atual sistema de Direito Civil brasileiro o instituto da ocupação se subsume ao Capítulo dos Bens Móveis. A ocupação, todavia, tem no descobrimento (Achamento), pois, um de seus requisitos de raiz. É demonstrado, também, pelas marcas expressivas dos missivistas da época a respeito da notícia da “terra nova”, do “Novo Mundo” ou da “Terra dos Papagaios”<sup>55</sup>, que o acontecimento revestiu-se de autêntica **descoberta**, na estrita exatidão deste termo ou **achada** no sentido também contemplado de algo no estado de perdido (*res derelictae*). Ou ainda de algo que se encontrava encoberto (inexistindo ou existindo apenas no imaginário) foi desvelado, tirado o véu que a envolvia. Certo é que, *ipso facto*, tomada a **posse** pelo poder confiado ao fidalgo Pedro Álvares de Gouveia (Cabral), ficou por anos olvidado pela Corte (que não acordava do sonho das Índias) como fato político irrelevante.

Entender-se que existiu, e persiste por *causa eficiente* preexistente, da qual decorre um direito **do silvícola**, para não imergirmos numa *aporia* insuperável, far-se-ia necessário admitir com robusta convicção a existência do estrato de uma civilização indigenista que lhe servisse de lastro<sup>56</sup>. Como visto, tal fato

<sup>55</sup> Expressões usadas na Carta de **João Matteo Crético** ao Sereníssimo Príncipe de Veneza, de 27 de junho de 1501, compilada dentre outras no livro “Brasil 1500”, organizado por **Janaína Amado** e **Luiz Carlos Figueiredo**, editora UnB, Brasília, 2001, pág. 177; e na mesma obra, ainda a integrativa da Carta de **Bartolomeu Marchionni** a destinatário desconhecido, de fins de julho de 1501, compilada no livro “Brasil 1500”, anteriormente citado, pág. 195.

<sup>56</sup> Ainda **Oíliam José**, insuspeito no trato da matéria, declara sobre estes fatos da época que: “Os usos e costumes indígenas mineiros, que muito variaram no tempo e no espaço, em decorrência da diversidade de origem desses povos, mantiveram-se proporcionais aos estágios culturais das tribos. E como êsses estágios não deixaram de ser agressivamente primitivos, igualmente rudimentares eram os usos e costumes de nossos selvagens, para os quais, aliás, **jamais raiou em plenitude a aurora da civilização**” (“Índigenas de Minas Gerais”, *op. cit.*, pág. 57, g. n.)

civilizatório-jurídico não existiu e, em decorrência, expôs-se imaginária a germinação **do** direito em si, enfatizando a sintaxe do caso genitivo latino. Não se guardou qualquer certeza quanto a sinais de materialidade digna de juridicidade; não há notícias na história do Brasil até a presente data, salvo especulações étnicas que se exaurem nos estritos limites tópicos daquela ciência, sem jamais desbordar a concretude de algum vestígio de “instituição jurídica” análoga, incipiente ou indiciária.

Higidamente assentada esta fundação, o que se colhe é que o Direito que veio envolver os silvícolas não é *ex propria natura* (*de causa eficiente*) mas **atributivo**, ou seja, decorreu do Direito vigente (Português<sup>57</sup>). É cientificamente correto afirmar que, com o cordão umbilical materializado na única juridicidade existente, o “indigenato” se quisermos aceitá-lo como traço de significações **eficazes**, temos que inseri-lo no sistema subsuntivo ao Direito dos Lusíadas. Tão pouco se colhe vestígio ou sinais de civilização com um *caráter* americanista o que alguns chegaram timidamente a reconhecer em aborígenes de outras partes da América<sup>58</sup>.

Mostra-se enfático em sua docência, o jurista **Antonio Joaquim Ribas**, em primeva, decantada e clássica obra de 1901, “Da Posse e das Ações Possessórias segundo o Direito Pátrio Comparado com o Direito Romano e Canônico” que: “os primeiros colonizadores do nosso país acharam-se em presença de imensas florestas e extensíssimos campos, *sem dono*. Dizemos, *sem dono*, porque os seus míseros íncolas primitivos eram reputados *incapazes de direitos*. Se nem direito tinham à sua liberdade e à sua vida, como poderiam tê-lo a suas florestas e campos? Duvidou-se até algures se pertenciam à raça humana, se eram capazes dos sacramentos da igreja; posto que viesse afinal a prevalecer a afirmativa. É certo que, de *direito*, esta extensíssima região, que constitui

<sup>57</sup> O que se quer informar como direito português (em certa medida se deve ler como direito romano, posto que tinha pouco de nacional), naquela época, era um direito comum com muito de vigência do *Corpus Iuris Civilis* que era observado na península ibérica e, de resto, em todo o mundo civilizado.

<sup>58</sup> **Claude Lévi-Strauss**, com picardia lembra que “Um espírito malicioso definiu a América como uma terra que passou da barbárie à decadência sem conhecer a civilização” (“Tristes Trópicos”, trad. Rosa Freire D’Aguiar, Cia. das Letras, São Paulo, 2009, pág. 91).

a nossa pátria, tinha *um dono*, o rei de Portugal”<sup>59</sup>.

É de se acolher, a despeito de considerações juridicamente marginais, que este “Achado” primeiramente denominado “Ilha de Vera Cruz”, depois “Terra de Santa Cruz”, era vazia de *população* segundo parâmetros civilizatórios<sup>60</sup> conforme já se afirmou. Exageros da tradição oral e da doutrina à parte, é isenta de reparo a afirmação, segundo os herméticos cânones jurídicos, quanto ao *status* dos silvícolas como naturais *alieni iuris*<sup>61</sup>.

O existir de pessoas como *naturais* nas terras do Brasil – *accessorium terrae*, emerge, como significativo sinete, até pela diminuta importância para a época a existência desta gente brasílica revelada no trato desprezativo emanado pelas Ordenações do Reino, o que vem completar o quadro sinalizador de uma terra virgem. Aliás, nesta trajetória o reconhecimento da pessoa do índio pelo *sistema civilista* só no século XX começou a se descortinar.

Escreve o maior jurista brasileiro, **Teixeira de Freitas**, o “Cujácio brasileiro”, espancando eventuais cismas ultimantes: “Para Portugal a descoberta do Brasil deu-lhe sobre o território conquistado um *dominium casual*” ou seja, “Bens vagos, a que não é achado senhor certo”. Aliás, é o que está escrito nas Ordenações Livro 2º, Título 26, parágrafo 17. E esclarece: “*Bens vagos, a que não é achado senhor certo* (palavras da cit. Ord. L. 2º, L. 27 parágrafo 17), fazem parte da grande classe dos bens sujeitos ao – *domínio casual*; - a saber (Dic. Jur. De Per. E Souz.), o que acontece ao Rei (hoje ao Estado) por *direito de conquista*, ou por aquisição. Vid. Not. ao Art. 884 *infra*. Opõe-se o *domínio casual* ao *domínio fixo*, que é o antigo domínio do Patrimônio do Rei (hoje Estado); Para Portugal a descoberta do Brasil deu-lhe sobre o território conquistado um *domínio casual*. Para nós Brasileiros

<sup>59</sup> **Antonio Joaquim Ribas**, “Da Posse e das Ações Possessórias segundo o Direito Pátrio Comparado com o Direito Romano e Canônico”, editora Miguel Melillo, São Paulo, 1901, pág. 06.

<sup>60</sup> Vide Notas nºs 43 e 45.

<sup>61</sup> Os jesuítas, segundo **Saint-Hilaire**, “supriam a inferioridade do íncola e era para esses *homens-crianças* uma benemérita tutela” (*op. cit.*, pág. 154). Pelas Leis posteriores (Decreto de 3.06.1833; Av. de 13 de agosto de 1834 e de 31 de julho de 1834, dentre outros) os índios eram equiparados aos menores, absolutamente incapazes, sujeitos aos Juízes de Órfãos.

o *território nacional* (art. 2º da Const.) deu ao Estado um *domínio fixo*. A Constituição Federal considera também o território nacional fixo, sem ser suscetível de aumento pela conquista”<sup>62</sup>.

Tais bens, para Portugal, passaram a constituir um domínio casual, para o Brasil um domínio fixo, ambos, juridicamente, passaram a integrar o patrimônio da soberana Nação descobridora (bens da Coroa<sup>63</sup>) segundo o Direito Objetivo do Reino português. Teses antropológicas especulativas não desfiguram o apanágio jurídico transitado no Tribunal do tempo, senhor dos fatos subjacentes, contra o qual inexistia reversão.

O Direito Público e sua colcha positiva, em época alguma tresmalhou desta pretoriana orientação e de suas instituições científicas. A História do Direito Constitucional Brasileiro é o repositório das certezas destes direitos maturados.

## 5. Os brasilíndios frente a posse portuguesa

Por outro enfoque, assinalam alguns comentaristas, diante dos fatos naturais e jurídicos então imbricados, que os portugueses, por direito de conquista, submeteram os indígenas a ataques devastadores e que o confronto ocorria por conta da defesa, pelos primeiros, do território. Este seria o principal motivo pelo qual os silvícolas peleavam. *É fugir da verdade negar a mortandade dos silvícolas decorrentes das ações dos portugueses na nova terra*<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> **Augusto Teixeira de Freitas**, “Consolidação das Leis Civis”, vol. 1º, Liv. Garnier, Rio de Janeiro/Paris, 3ª edição, 1875, págs. 58/59.

<sup>63</sup> Não procede a discussão que envolve a questão que perquirir se o rei de Portugal assenhoreou-se do Brasil como bem *da Coroa* ou de *reguengo*, ou bem da Ordem de Cristo. Certo é que a conquista das terras brasileiras foi financiada pela Ordem de Cristo, opulentíssima à época, mas este financiamento foi consequência do Padroado que convergia também nas mãos de D. Manoel em razão de sua condição de Grão Mestre da Ordem (confundindo em sua pessoa estes dois Poderes).

<sup>64</sup> Os tupis-guaranis, segundo **Eduardo Bueno**, perambulavam pelas costas do Brasil quinhentista no início da Era Cristã quando depararam com estranhos homens barbudos e pálidos vindo do Leste, sendo que estas tribos somavam a oito: potiguar com aproximadamente de 90 mil; tremembé com 20 mil; tabajara com 40 mil; kaeté com 75 mil; tupinambá sem estimativa em razão do grande número; aimoré 30 mil; tupiniquins 85 mil; temiminó 18 mil; goitacá 12 mil; tamoio 70 mil; carijó 100 mil. E arremata: “A história desse encontro é a história de

Sem embargo disso, é certo hoje que as crônicas revelam, outrossim, outras arestas angulares que não podem ser omitidas em um mundo fatural primitivo complexo.

Por uma primeira debruçada tem-se presente que todos os silvícolas viviam em estágio evolutivo diferente do europeu, isto já se encontra certificado. Essa fatuidade, é compreensível, suscitou estranhamentos e entreveros recíprocos entre brasilíndios e colonizadores com reveses recíprocos. Os fatos e as determinantes destas diferenças são eloqüentes por si só. Portugal já se despedira da Idade Média e se preparava para assumir o futuro que se desenhava com vocação de império<sup>65</sup>. Neste contexto, um povo europeu egresso de um mundo incomensuravelmente mais evoluído, recém dominante da ciência da navegação, em face de indivíduos americanos, bélica e culturalmente primitivos<sup>66</sup>, inocentes no pensar, não poderia resultar conseqüências bastante dessemelhantes daquelas colhidas pela história. Considerados estes ingredientes sociais as contendias e beligerâncias de uma maneira generalizada - não se pode aliterar - expuseram comuns no tecido daquela geografia humana colonial.

Agregue-se a esta paisagem semicaótica, e apenas por um lado, as constantes e intermináveis guerras entre os próprios silvícolas<sup>67</sup> ocorrentes, algumas vezes, por disputas de *índole*

---

um genocídio” (**Eduardo Bueno**, “Brasil: uma História - A incrível saga de um País”, editora Ática, São Paulo, 2002, pág. 19). Isto do lado dos silvícolas. Pela contagem dos colonos estas mortes também se somaram a milhares tirando, por conseqüência, a expressão genocídio.

<sup>65</sup> No humanismo, na divulgação da cultura, no aperfeiçoamento técnico, e outras artes, tudo levou o país a um “renascimento quatrocentista português”, na expressão de **José Hermano Saraiva** (in “História de Portugal”, ed. Publicações Alfa, Lisboa, 1993, págs. 156/157).

<sup>66</sup> Segundo parâmetros, a cultura dos indígenas brasileiros à época da chegada dos portugueses, levando em consideração os aspectos ergológicos, é possível admitir suas inserções *na idade da pedra lascada*. Seus apetrechos domésticos, instrumentos e armas eram literalmente primitivos.

<sup>67</sup> Na teoria de **Thomas Hobbes** é de ser explicado este instinto guerreiro pela ausência de valores estratificados encontráveis apenas em uma sociedade estatizada; onde não se alcançou o aquisitivo da noção de *propriedade* preenche-se pelo instinto. De científico nesta matéria temos a explicação de **Florestan Fernandes** de que a **guerra** é um fenômeno humano do qual não se conhece as

somente<sup>68</sup> e, por outras, dentre *inúmera casuística*, as afluídas das conquistas por melhores espaços de caças e frutos; o natural instinto de confronto com o fim de **antropofagismo** e **dominação** (dentre o qual se vê permeada a prática de servitude<sup>69</sup>, como, de regra, também acontecia no seio de algumas tribos da América do Norte, Central e do Sul, incluindo as africanas), sem desconsiderar as causas de instintos vários que não são privativos dos humanos mas encontradiços também nos animais. Nesta época de escassas anotações da incipiente presença portuguesa no Brasil, um relato especial do naufrago alemão **Hans Staden** nas costas da Vila de São Vicente, no litoral paulista, em 1549, representa uma preciosa amostra e uma autêntica revelação do emaranhado das guerras travadas entre os Tupinambás e Carijós contra os Tupiniquins e também contra qualquer sinal de povoação dos portugueses na região<sup>70</sup>.

---

causas sendo certo que existe nas sociedades desde as mais simples as mais complexas imemorialmente. Apresenta-se, de acordo com sua tese, como um *fato social* ou *fenômeno social* incorporado a existência humana (**Florestan Fernandes** - “A Função Social da Guerra na Sociedade Tupinambá”, editora Globo, São Paulo, 3ª edição, 2006, pág. 21).

<sup>68</sup> Vide Nota nº 24.

<sup>69</sup> Nos estilos de costumes especialmente no caso dos Mbaíá-Guaicuru, cujo último representante no Brasil são os Cadiueu, segundo **Claude Lévi-Strauss**, estes “Mbaíá estavam organizados em castas: no alto da escala social os nobres divididos em duas ordens, grandes nobres hereditários e nobilitados a título individual... Em seguida, vinham os guerreiros... Os escravos chamacoco ou de outra origem e os servos guaná constituíam a plebe... Homens e mulheres apareciam em público acompanhados por um séquito de escravos e fiéis que se desdobravam em torno deles, poupando-os de qualquer esforço... Ainda havia em Nalike uns antigos escravos chamacoco, agora integrados ao grupo, mas tratados com condescendência.” (in “Tristes Trópicos”, trad. Rosa Freire D’Aguiar, *op. cit.*, pág. 168). Por sua vez o cativo transitório, também muito praticado entre nossos índios, consistia no cativo do inimigo para que fosse submetido a futuro sacrifício: “Os povos geram guerras entre si, sem arte nem ordem. Os mais velhos, com certos discursos, dobram os jovens para aquilo que querem e incitam para as guerras, nas quais matam cruelmente e mutuamente. E aqueles que conduzem como *cativos de guerra* que conservam não por causa da vida deles, mas para matá-los, por causa da alimentação”. (**Américo Vespúcio**, “Mundus Novus”, 1º semestre de 1503, in “Brasil 1500 - Quarenta Documentos”, *op. cit.*, pág. 316, g. n.).

<sup>70</sup> **Hans Staden de Homberg**, “A Verdadeira História dos Selvagens, Nus e Ferozes

Apresenta **Leandro Narloch**, sobre este mundo que se descortinava, um painel até agora não mostrado e que merece reflexão: “Uma nova leva de estudos, que ainda não se popularizou, toma a cultura indígena não como um valor cristalizado. Sem negar as caçadas que os índios sofreram, os pesquisadores mostraram que eles não foram só vítimas indefesas. A colonização foi marcada também por escolhas e preferências dos índios, que os portugueses, em número muito menor e precisando de segurança para instalar suas colônias, diversas vezes acataram. Muitos índios foram amigos dos brancos, aliados em guerras, vizinhos que se misturaram até virar a população brasileira de hoje. ‘Os índios transformaram-se mais do que foram transformados’, afirma a historiadora Maria Regina Celestino de Almeida na tese *Os Índios Aldeados no Rio de Janeiro Colonial*, de 2000. As festas e bebedeiras de índios e brancos mostraram que não houve só tragédias e conflitos durante aquele choque das civilizações. Em pleno período colonial, muitos índios deviam achar bem chato viver nas tribos ou nas aldeias dos padres. Queriam mesmo era ficar com os brancos, misturarem-se a eles e desfrutar das novidades que traziam. O contato das duas culturas merece um retrato ainda mais distinto, até grandiloquente. Quando europeus e ameríndios se reencontraram, em praias do Caribe e do Nordeste brasileiro, romperam um isolamento das migrações humanas que completava 50 mil anos. É verdade que o impacto não foi leve - tanto tempo de separação provocou epidemias e choques culturais. Mas eles aconteceram para os dois lados e não apagam uma verdade essencial: aquele encontro foi um dos episódios mais extraordinários da história do povoamento do ser humano sobre a Terra, com vantagens e descobertas sensacionais tanto para os europeus quanto para centenas de nações indígenas que viviam na América. Um novo ponto de vista sobre esse episódio surge quando se analisa alguns fatos esquecidos da história de índios e portugueses”<sup>71</sup>.

Soma-se a esse caldo de humanidades a ausência de braços livres para a agrariedade ensejando a perseguição dos silvícolas

---

Devoradores de Homens, Encontrados no Novo Mundo, a América”, tradução Pedro Sússekind, editora Dantes, Rio de Janeiro, 1998, págs. 48/49/50.

<sup>71</sup> **Leandro Narloch**, “Guia Politicamente Incorreto da História do Brasil”, *op. cit.*, págs. 31/32.

com o fim de submetê-los ao trabalho. Adiciona-se, ainda, a este turbilhão de concausas, pródigas de mortandades, o fato de muitas tribos, no início da colonização, unirem-se ainda aos estrangeiros<sup>72</sup> (franceses, holandeses, ingleses etc.) que aqui aportaram para pilhar ou mesmo transformar nosso País em domínio político alienígena em vários pontos da nossa Costa, o que esclerosou ainda mais as relações, naturalmente, conflituosas originais.

Se sobre o pálio do Direito não existe nenhuma dúvida quanto a dominialidade das novas Terras, sob o aspecto humanístico e moral, todavia, ao incorporar este País Continente e a gente nele encontrada aos substratos do mundo das instituições sociais e do Direito, assumiu a Nação portuguesa o **dever** de estender sobre ela também o véu das benesses, dos bônus e da civilidade e não, como aconteceu em muitos casos, o bastião ignominioso da escravidão, da opressão, do aparte, da exploração e do descaso social. Nada há a justificar a violência ambulatória por força imperativa de urbanização da paisagem nem tão pouco fazer escorar a ferocidade na afirmação da falta de recursos públicos para se fazer uma colonização engendrada a partir do Estado. Tal política pôde ser vista - ainda que assumindo o risco de extermínio dos naturais - em outros países, lembrada a dos pioneiros norte-americanos, dos colonos na vizinha Argentina, no Paraguai<sup>73</sup> dentre

<sup>72</sup> **Joaquim Nabuco**, referindo-se a região norte, escreve: “A expulsão dos espanhóis do Rio Branco, dependência natural do Negro, donde partiam as ordens e reforços para ele, foi um negócio sumário, assim como a repulsa dos Jesuítas de Quito, que pensavam estender-se até o rio Negro. O que há, é a dominação e subjugação dos elementos indígenas, suspeitos de acordo ou aliança com os holandeses, e o fechamento do rio e do território a todos que não fossem portugueses, na forma da política adotada por Portugal” (“O Direito do Brasil”, vol. VIII, edição Instituto Progresso Editorial S.A., São Paulo, 1949, pág. 23).

<sup>73</sup> Segundo uma diretriz geral é possível conceber que a imigração espanhola na América se deu de uma forma seletiva. Escreve **William Langer**: “Es evidenante la noticia que em épocas de la conquista los que se embarcaban para las Índias, eran los integrantes de la clase marginal ou también la de muy escasos recursos. Daba la impresión que la imigración era indiscriminada y que dependia sólo de la voluntad de correr la aventura, o con el fin de salir de una mala situación. Nada más alejada de la verdad era esta afirmación, pues la corona española había adoptado desde el principio una política bien determinada. La imigración a las Índias estaba rigidamente controlada por la corona y por la Casa de Contratación. Estaban totalmente excluidos los herejes, los moros, los judios y los marranos

outros (estes últimos com suas mazelas), e que - aqui - resultaram males permanentes. No Brasil Colônia a tarefa essencialmente a cargo da iniciativa privada e seus interesses tiveram conseqüências peculiares.

Inquestionavelmente, para com estes irmãos brasileiros, daquela *dívida* assumida pelo Estado português seguido pelo Estado brasileiro de recepção e acesso aos bens sociais, é certo, até hoje, muito pouco se pagou<sup>74</sup>.

Anote-se que em 1549, quando começou o arremedo de gerenciamento da colonização como meta de governo, D. João III mandou vir ao Brasil Tomé de Souza com um **Regimento** para a Colônia, e com ele vieram colonos e jesuítas - Nóbrega, Anchieta<sup>75</sup>,

---

(judios conversos que seguían aún el culto, secretamente). Existían también las preferencias, que los fueran a embarcarse, procedieran del reino de Castilla, a tal punto que la vasta mayoría de los inmigrantes resultaron ser de esa región geográfica. No obstante esto, la corona adoptó activas medidas para fomentar la inmigración, pero siempre con esos parámetros. La esclavitud negra, introducida al principio de siglo, fue extensa únicamente em las Índias Occidentales y em la parte norte de Sud América.” (“Crónica Histórica Ilustrada del Paraguay - I Paraguay Colonial”, Distribuidora Quevedo de Ediciones, Buenos Aires, 1998, pág. 70).

<sup>74</sup> Constata-se em Mato Grosso do Sul em áreas indígenas demarcadas e inteiramente aculturadas, como em Dourados nas aldeias de Jaguapirú (terena), Bororó (guarani); em Miranda e Aquidauna nas aldeias de Cacheoerinha, Ipegue, Bananal, Limão Verde, entre outras, a ausência total da presença do Estado em termos de benfeitorias, infraestrutura sanitária, escolas precaríssimas (grassa o analfabetismo) enfim faltantes as mínimas condições sociais básicas, vale dizer, nega-se-lhes os direitos inerentes à cidadania. Em relação a questão dos suicídios especialmente na aldeia de Jaguapirú, dos índios terena, com 3.475 ha., localizados praticamente dentro do perímetro urbano de Dourados - MS, em 1992 pude, em inspeção oficial que fiz, constatar que a principal causa das mortes se resumia no desencanto comunitário, o abandono material destas famílias em espaços fechados, sem quaisquer perspectivas de manutenção e melhoria de condição humana. Faz-se *tabula rasa* do disposto no art. 215 da Constituição Federal segundo o qual a União garantirá a *todos* o acesso ao essencial à vida minimamente imposterável.

<sup>75</sup> Pelas cartas destes jesuítas observa-se *que defendiam a guerra aos indígenas e sua sujeição como único meio de convertê-los* (conf. **Beatriz Perrone-Moisés**, “Índios Livres e Índios Escravos”, in “História dos Índios do Brasil”, organização Manuela Carneiro da Cunha, editora Cia. das Letras, São Paulo, 1992, pág. 124).

Aspilcueta Navarro, entre outros<sup>76</sup> - que tinham, estes, a princípio, uma missão precípua em relação aos aborígenes objetivamente **religiosa** (não social). Estribados neste pressuposto lançaram empreitadas de preservar os silvícolas em suas aldeias (ou outros locais) sob a hipérbole de tutelá-los onde pudessem “amansá-los”, fincar-lhes a fé cristã, e servirem-se deles, arregimentá-los à Igreja, edificando conventos, enfim civilizá-los para trabalharem precipalmente para a causa da Companhia de Jesus<sup>77</sup>. **Alcir Gursen De Miranda** afirma que a partir de 1700 na Amazônia, onde foram fundadas Missões Carmelitas na região do rio Branco: “Considerando que, naquela época, ‘fazer cristãos’ era o mesmo que ‘fazer escravos’, constata-se que os religiosos contribuíram, no rio Branco, para implantar uma nova forma de divisão de trabalho: obrigavam os índios a trabalhar para eles”<sup>78</sup>. O ato representativo dessa prática generalizada se mostra na edificação do primeiro engenho de cana-de-açúcar no Rio de Janeiro pelos padres jesuítas. Em contrário a esta diretriz religiosa privada (aldeamento, missões etc.) é preciso assentar o anátema, de que a *efetiva* transformação de aldeias existentes em vilas engrandecendo

<sup>76</sup> Os padres João de Aspilcueta Navarro, Antonio Peres, Leonardo Nunes, Vicente Rodrigues e Diogo Jácomo, conforme notícia **Diogo de Vasconcelos** na “História Antiga das Minas Gerais”, editora Itatiaia/EDUSP, Belo Horizonte, 1999, pág. 47.

<sup>77</sup> “Em 1844 três tribos capitaneadas por Jiporok, Mec-Mek e Potik, que se diziam irmãos, além da tribo do capitão Urufu *trabalhavam puxando madeiras para a matriz de São José*” (**Teófilo Otoni**, “Notícia Sobre os Selvagens do Mucuri”, editora UFMG, Belo Horizonte, 2002, pág. 49). Sobre a escravidão disfarçada dos índios testemunha **Cunha Matos** que: “É muito provável que a pesada tutela ou escravidão disfarçada (em que os conservam os inspetores ou diretores, e os capelães ou párocos missionários das aldeias) é que leva a aborrecer tanto a gente branca como aos nossos usos e costumes que à força lhes querem adotar” (“Corografia da Província de Minas Gerais”, *op. cit.*, pág. 93, g. n.). Após relatar as dificuldades encontradas pelo padre Navarro em suas entradas pelos Sertões desconhecidos ressalta **Diogo de Vasconcelos** que: “Entretanto, os frutos colhidos pelo Padre Navarro foram copiosos; porque arrebanhou grande número de índios para os aldeamentos da Companhia de Jesus em Porto Seguro” (“História Antiga das Minas Gerais”, *op. cit.*, pág. 49). Sobre estes fatos não pairam discrepâncias nos relatos da época.

<sup>78</sup> **Alcir Gursen De Miranda**, “Historiando a Terra de Macunaíma - A Questão Indígena”, editora EBV, Boa Vista, Roraima, 2002, pág. 52.

as urbanizações somente veio a acontecer a partir do comando Pombalino<sup>79</sup>.

Acolhe-se, lateralmente, como atesta a literatura da época, as informações de que até 1580 os jesuítas agiam como uma espécie de missionários **oficiais** da Coroa<sup>80</sup> e nesse quadrante vê-se instituído expressamente por D. Sebastião, o Mandamento de 1570<sup>81</sup> segundo o qual: era proibida a escravidão dos indígenas, salvo “*aqueles que forem tomados em guerra justa... ou aqueles que costumavam saltar os portugueses, e os outros gentios para os comerem* (indígenas antropófagos)”<sup>82</sup>, ou seja, veiculou uma perfeita proibição liberatória. Tal ambigüidade jurídica os padres da Companhia de Jesus a tornaram em benefício próprio em face da situação por eles consolidada em relação aos indígenas.

Conquanto - e isto também não pode escapar à evidência dos fatos -, existissem muitas determinações Reinóis, inclusive de

<sup>79</sup> No norte do País, que sempre esteve ligado à Metrópole, diferentemente do resto do País, como de resto aconteceu em toda as demais regiões, as cidades foram se formando ao longo da Amazônia Ocidental (baixo Amazonas) graças a aldeamentos indígenas em processo de civilização que fizeram prosperar estes agrupamentos indígenas dando-lhes feições de cidades. Foi assim com a quase totalidade das povoações ao longo dos rios amazônicos - antigas aldeias civilizadas no princípio pelos missionários. Vejamos alguns exemplos: Em 20 de fevereiro de 1758 foi ereta em Vila, com o nome de **Arraiolos**, pelo Governador Francisco Xavier de Mendonça Furtado, que esteve presente ao ato, a antiga aldeia de Guarimucú (às margens do rio do mesmo nome); foi ereta em Vila, pelo mesmo Governador, com o nome de **Portel**, a antiga aldeia de Arucarará, que era da administração dos jesuítas; foi ereta em Vila, com o nome de **Melgaço** a antiga aldeia de Guaricuru, em 23 de janeiro de 1758; foi em 20 de janeiro de 1758 ereta em Vila, com o nome de **Oeiras**, a antiga aldeia de Araticu que era administrada pelos padres da Companhia de Jesus, tendo, esta aldeia, primitivamente, pertencida aos índios Cambocas ou Bocas, conforme nossa monografia “A Questão Jusagrarista na Amazônia”, editora CESUP, co-edição Associação dos Magistrados do Estado do Pará, 1984, pág. 20. Conforme se depreende as origens da nossa urbanidade racial está umbilicalmente entranhada no indigenismo, impossível, pois, de desinseri-la.

<sup>80</sup> Confira-se em **Mary del Priore - Renato Pinto Venâncio**, “O Livro de Ouro da História do Brasil”, editora Ediuoro Publicações S.A., São Paulo/Rio de Janeiro, 2001, pág. 39.

<sup>81</sup> Por mais de anos a descoberta e as terras ficaram protegidas pelo silêncio, preservação pela Coroa Portuguesa, com os interesses voltados pelo comércio das especiarias de Calicut e outros portos.

<sup>82</sup> Conforme **Mary del Priore - Renato Pinto Venâncio**, *op. cit.*, pág. 40.

excomunhão pela Igreja, formal e genérica, de proibição de escravizar os indígenas, a verdade é que na “América portuguesa, como na espanhola, é notável o descaso pelas leis da metrópole em tudo quanto colide com os interesses dos colonos, interesses que tomam a máscara do *bem e aumento da república*”, no dizer de **Alcântara Machado**<sup>83</sup>.

Um novel agendamento, é importante alinhar, sobre o relacionamento entre branco e índio, foi trazido algum tempo depois, pela Carta Régia de 8 de agosto de 1640, no reinado de D. Felipe, onde ficou centrada a proibição do cativo dos indígenas<sup>84</sup>, todavia, confirmado que os padres poderiam dispor deles como lhes

<sup>83</sup> **Alcântara Machado**, “Vida e Morte do Bandeirante”, Livraria Martins editora, São Paulo, 1965, pág. 165.

<sup>84</sup> “Havendo visto as consultas da Mesa da Consciencia e Ordens, que tratam da nomeação que tenho feito de Administrador da Conquista do Maranhão na pessoa do Superior da Companhia de Jesus, da Casa que tem na cidade de S. Luiz; e assim a que ultimamente me enviastes do mesmo Tribunal, com carta vossa de 26 de maio deste anno, em razão dos embargos com que se veio a isso, por parte do Bispo do Brazil; e o que aqui me representou por sua petição o Padre Luiz Figueira, da mesma Companhia: Hei por bem que se passem logo os despachos daquillo que tenho resolutu, acerca de haver effeito a Missão dos Padres, dando-se-lhes para isso o favor de cousas necessarias, que houverem mister, para que cultivem alli as almas, e se disponham os Indios, como convém; os quaes estarão à obediência dos Padres em suas residencias; guardando-se nisto as ordens que por tantas vezes tenho dado, acerca dos Indios do Brazil; porque a experiencia tem mostrado que d’ellas se não observarem resultam graves inconvenientes ao serviço de Deus e meu: E se tenha entendido que por nenhuma via os gentios hão ser captivos, nem obrigados ao serviço de particulares - e quando para isso sejam necessarios, se pedirão aos Padres, pagando-se-lhes com effeito aos Indios seu trabalho: E tendo os Capitães-móres necessidade delles, para alguma cousa precisa, se valerão dos mesmos Padres da Companhia, pedindo-lhos, assim para meu serviço, como para o mais que fôr necessario: E confio que nisto, e no mais que estiver á sua conta, procederão de modo que espero - advertindo porém que, se por parte dos Padres houver nisto algum excesso, ou omissão, prejudicial ao meu serviço, os Capitães-móres tratarão delle, por todos os meios convenientes e necessarios, sem em tal caso dependerem da intervenção dos Padres; os quaes não deixarão divertir os Indios a cousas que não sejam de muita utilidade; procurando que elles façam toda a agricultura das terras, por ser em beneficio dellas, e do bem comum - e quando forem terras particulares, se procure que seja sem prejuizo dos que tiverem nellas fazendas, e com seu consentimento, por se atalharem os danos que do contrario podem acontecer - Miguel de Vasconcellos e Brito” (Liv. de Cartas Régias da M. da Cons. Fol. 164 v.)

convinham e como *seus* fossem. Inclusive quando se apresentava necessário que os índios se submetessem a qualquer outro serviço particular a terceiros - nessa hipótese se pedirão aos padres “pagando-se-lhes com efeito aos Índios seu trabalho”.

Esta subsunção social e material dos indígenas aos jesuítas iria perdurar por quase duas centúrias.

Semelhante panorama fático-social foi mantido sem grandes modificações até o reinado de D. José (1750-1777), conforme se verá, onde este monarca delegou os grandes desafios do governo da Metrópole e das Colônias ao ministro Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, quando muitas mudanças políticas sobrevieram. Começando com a reconstrução de Lisboa destruída pelo terremoto de 1755 que durou cinco anos (1755-1760). Este acontecimento sísmico marcou toda a Europa<sup>85</sup>, do mesmo modo que o governo Pombalino jamais cairia no ostracismo. A administração do poderoso ministro iria se sentir em todas as partes onde alcançava o domínio português.

Não obstante tenham muitas ordens religiosas chegado até ao período Pombalino prosseguindo em seus misteres catequéticos, a partir da gestão do Marquês de Pombal estas relações foram pontuais e dispersas.

Abria-se nova perspectiva à postura pública e privada.

## 6. A colonização privada e sua realidade

A colonização do Brasil coube de fato a D. João III. Até este monarca as relações com a nova Terra resumia a extração e comércio do pau-brasil e outros produtos<sup>86</sup>. As peculiaridades e timbres, sociais e econômicos, vicejantes nos núcleos de colonização incipientes na América portuguesa espargiam por todas as partes, expondo as mesmas mazelas a influenciar a maioria dos

<sup>85</sup> **Bertrand Russell** refere-se a este fato sinistro afirmando a sua grande repercussão na Europa citando que Rousseau “não via motivo algum para armar tal alvoroço acerca do terremoto. É uma coisa bastante boa que um certo número de pessoas morram de vez em quando” (“História da Filosofia Ocidental”, L. 4, tradução Brenno Silveira, editora Nacional, São Paulo, 1968, pág. 236).

<sup>86</sup> Cf. **João Ameal**, “História de Portugal”, editora Livraria Tavares Martins, Porto, Portugal, 2ª edição, 1942, pág. 291 e segs.

núcleos urbanos na novel Colônia. A dinâmica existencial da vida no chão brasileiro não apresentava grandes diferenças. Dentre as agudas dificuldades e entraves destacava, fragorosamente, a falta de braços para abrir a agrariedade na nova Terra e, nesta ausência, a prática da escravidão não poderia, segundo o imperativo e o modo econômico da época, ser desconsiderada ou mitigada pela paga ou sumariamente dispensada em semelhante cruzada. Repita-se que as Cortes mostravam-se irreduzíveis na negativa de apor recursos públicos que segundo alguns historiadores eram escassos em razão das instituições oficiais arcaicas e conservadoras; eram, mostra-se crível, limitadíssimos os investimentos a serem debitados às burras reais no desempenho do objetivo colonizador. Não se desconsidere, por justiça, a existência, todavia, de um fato justificador que deve ser caucionado em prol da letárgica inoperância dos Órgãos da Metrópole nesta meta. Portugal, pioneiro da expansão colonialista, em termos populacionais contava no século XVI com, no máximo, 1 (um) milhão de almas e em contraponto a França, por exemplo, que só mais tarde iria constituir pequenas colônias, contava com 15 (quinze) milhões de habitantes<sup>87</sup>. Atesta **Laurentino Gomes** que Portugal, a essa época, já demonstrava sinais de império decadente em cujo reino havia um índice demográfico em número um pouco maior do que o retro apontado: “Com uma população relativamente pequena, de três milhões de habitantes, Portugal não tinha gente nem recursos para proteger, manter e desenvolver seu imenso império colonial.”

Por uma segunda vertente política e religiosa, explica o autor retro citado, o fato de que “de todas as nações da Europa, Portugal *continuaría sendo*, no começo do século XIX, a mais católica, a mais conservadora e mais avessa às idéias libertárias que produziam revoluções e transformações em outros países. A força da Igreja era enorme. Cerca de 300.000 portugueses - ou 10% da população total do país - pertenciam a ordens religiosas

<sup>87</sup> Conforme “História da Vida Privada no Brasil”, coleção dirigida por **Fernando A. Novais**, vol. 1, editora Cia. das Letras, São Paulo, 1997, pág. 18.

ou permaneciam de alguma forma dependentes das instituições monásticas” (g. n.)<sup>88</sup>.

Visto isso, é certo que semelhante fato demográfico arremete a alternativa de se lançar mão do necessário concurso de contingentes disponíveis de pessoas para o trabalho e em especial do indígena. Impunha-se esta opção escravocrata mais emergente do que moldar o brasilíndio nos cânones civilizatórios, para incorporá-lo a trabalho estipendiário, ou servir-se dele para colonizar a terra distribuindo-lhe áreas e fazendo parcerias econômicas como aconteceu em colonizações do chaco paraguaio<sup>89</sup>. Desta região emigraram para o Pantanal é oportuno lembrar, tempos depois, muitos índios paraguaios. As terras do Brasil sobravam às escâncaras no Sertão sem fim.

Neste tal contexto andavam alinhavados o fato fundiário, demográfico, econômico e jurídico como se observa sem muito esforço.

Com efeito, o quadro eclodido naturalmente na Colônia não permitia muitas opções sem embargo dos fatores de gênio, índole, cultura e religiosidade de nossos primeiros colonizadores que contribuíram eficazmente, e não podem ser excluídos, como determinantes deste tecido social.

A escravatura atípica, posto que difusa em uma primeira fase, depois, vicejante perfaz uma amostra bastante evidente de como se conforma a realidade dos fatos diante da teia socioeconômica e onde o índio cativo passou a ser chamado de *peça* de patrimônio.

Não se pode perder de mira que a realidade destes brasilíndios só seria submetida ao humanismo social bem a frente, já nos primeiros quartéis do século XX.

<sup>88</sup> Escreve ainda **Laurentino Gomes** que “D. José, herdeiro do trono e irmão mais velho do príncipe regente, D. João, havia morrido de varíola porque sua mãe, D. Maria I, tinha proibido os médicos de lhe aplicar a vacina. O motivo? Religioso. A rainha achava que a decisão entre a vida e a morte estava nas mãos de Deus e que não cabia à Ciência interferir nesse processo” (“1808 - Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil”, editora Planeta do Brasil, São Paulo, 2008, págs. 57/58/59).

<sup>89</sup> Todavia, nas terras de Piratininga, a alimentação básica dos paulistas era feita com as plantas produzidas pelos índios civilizados.

## 7. A sucessão das *peças* no patrimônio do *de cujus*.

No torvelinho daquela paisagem urbana as entradas e bandeiras originárias principalmente do sítio de Piratininga para a captura do silvícola à servidão era uma das empresas mais lucrativas no São Paulo do século XVI.

Anota, ainda, **Alcântara Machado**, que, sem nenhuma efetividade, declarava El-Rei D. João III, serem os índios livres: “*todos os gentios por livres conforme o direito e seu nascimento natural*, determinando que não fossem constrangidos a *serviço nem a cousa alguma*, colocando-os sob a proteção dos jesuítas, mandando restituir à liberdade as vítimas de injusto cativo.” E prossegue o autor: “Debalde a Santa Sé, pelo órgão de Paulo III e Urbano XVIII, excomungava os caçadores e traficantes de índios. Mais alto que as ameaças das penas temporais e espirituais falavam as intimações do meio e do momento histórico”. Quanto aos *jesuítas* finaliza que fora exatamente “a sua atitude em face do problema tormentoso da escravatura vermelha que lhes anulava toda a influência na sociedade colonial. Os inventários não guardam vestígios da atividade dos inacianos, formidáveis, mas impotentes, em benefício dos íncolas”<sup>90</sup>.

Consigne-se que, além da tutela dos padres, havia um *provedor dos índios* com a missão precípua de protegê-los particularmente no caso de sucessão por morte. Assente isso, por ocasião do falecimento do testador, os documentos subscritos por estes se referiam aos índios sob sua posse como *peças forras* ou *cativas*. Esta diferença estabelecida formalmente não tinha qualquer relevância prática porquanto recaiam sobre ambos - cativos e forros - iguais obrigações. Muitas das alforrias eram concedidas através de ardis clausulares onde se estabelecia que o cativo lograva-se alforriado e, por *gratidão*, deveria continuar prestando os serviços que sempre prestara.

Por conseguinte, como as leis eram ambíguas, quando não imprecisas ou contraditórias, ficava a cargo dos **Tribunais de Relação** as decisões de desembargos das questões surgentes que quase sempre protegiam a mulher e filhos dos testadores conservando os *cativos* e os *forros* a partilhar.

<sup>90</sup> **Alcântara Machado**, “Vida e Morte do Bandeirante”, *op. cit.*, pág. 165.

“Mais eficaz e mais elegante que resistir às leis é sofismá-las. Assim pensavam e faziam os vicentistas. Por muito elásticos que fôssem os casos em que a legislação metropolitana permitia redução dos selvagens ao cativo, os colonos se viam frequentemente embaraçados, quando procuravam legitimar com o registro na provedoria a sua posse sobre as vítimas dos descimentos. Como remover esses embaraços? Criando um estado intermediário entre a liberdade e a escravidão que tivesse desta a substância e daquela as aparências.” Desde os princípios do século XVII, desaparecem “das avaliações os cativos do gentio brasílico, e aparece marcado com *gente fôrra, almas* ou *gente do Brasil, serviços obrigatórios, peças fôrras serviçais*, todo o rebanho humano que opulenta os acervos. Depois os indígenas oprimidos passam a chamar-se *administrados* do inventariado ou *servos de sua administração*.”<sup>91</sup>

Fartas eram as formas de escamotear o cativo indígena e sua transmissão *inter vivos* e *causa mortis* que a aceitação social das pessoas nestas condições nunca foi objeto de repelência pelo sistema jurisdicional ou convulsão social para pôr a cobro estas situações que se estendiam a todo Brasil colônia.

Somente com a substituição aos poucos do braço indígena pelo braço negro, a princípio inviabilizado em virtude do alto custo deste último, as mazelas da escravidão brasilíndia foram paulatinamente esmaecendo. Especialmente a atividade geradora da servidão - a prática de apresamento de índios - veio a entrar em decadência com o fim do domínio espanhol (1640), quando assumiu o trono português D. João IV, 8º duque de Bragança, e se retomou, largamente, o comércio de africanos pelos portugueses normalizando assim o abastecimento de escravos negros para a Colônia portuguesa na América. De outra banda este fenômeno social de recepção do braço negro não se repetiu em outros países da América do Sul com a mesma notoriedade pois nestas colônias o escravo indígena teve participação diminuta em razão da adoção de outra política pelas Cortes da Espanha: quase irrelevante se expôs a introdução do braço africano porquanto continuou o

<sup>91</sup> Alcântara Machado, *op. cit.*, págs. 166/167.

regime agrário com a parceria indígena em um sistema feudal que ainda hoje se vê em muitas regiões do Equador, por exemplo. Sobre esta diferença de índios escravos sob a colonização espanhola explica **Pedro Sarmiento de Gamboa**: “Cuando em documentos de la época se lee con frecuencia las palabras esclavos, indios esclavos, etc., se corre o riesgo de suponer la existencia de algún régimen de esclavitud, practicado por los cristianos. Los españoles llamaban indios esclavos a toda tribu que no fuera la de los carios, lo cual tampoco quiere decir que estuviesen sujetos a esclavitud, sino que podían llegar a estarlo, no por los españoles, sino por los carios, de acuerdo a sus propias leyes de guerra. Así lo explicó al rey el factor Pedro Dorantes. Uma de las labores de los primeros misioneros entre los carios consistió em convencerlos de que debían terminar com esa práctica, de la que participaban todas las tribus. Hasta los pueblos de más avanzados desarrollo, como em Mexico, los aztecas y mayas, o em Peru, los incas, tenían esclavos provenientes de la guerra”<sup>92</sup>.

Consoante esta constatação a diferente realidade socioeconômica das colonizações não portuguesas na América pôde evitar a introdução em massa do braço escravo negro como aconteceu no Brasil.

Neste particular a colonização espanhola iria se distinguir da portuguesa de forma substancial não obstante a similitude quanto às dificuldades enfrentadas em face de igual desafio.

## 8. A Provisão-Lei de 17 de outubro de 1653

A mais importante Lei sobre escravidão dos silvícolas sobreveio em meados do século XVII, promanada da Provisão-Lei de D. João IV, de 17 de Outubro de 1653, que estabeleceu, pela primeira vez, regras mais claras sobre esta atividade<sup>93</sup>. Por sua

<sup>92</sup> **Pedro Sarmiento de Gamboa**, “Crónica Histórica Ilustrada del Paraguay - I Paraguay Colonial”, *op. cit.*, pág. 118.

<sup>93</sup> “Eu **El-Rei** faço saber aos que esta minha Provisão, passada em forma de Lei, virem, que, por se me haver representado por pessoas zelosas do serviço de Deus e meu, bem e conservação do Estado do Maranhão e suas Capitanias, por seus Procuradores enviados a mim, que dal proibição geral de poder trazer gentios

portabilidade desfez as incertezas que persistiam quanto à condição dos indígenas deixando expresso que “pode e deve existir serviço dos indígenas no Brasil”.

Com efeito, o princípio da chamada “guerra justa” foi formalmente institucionalizado por D. João IV pela Provisão-Lei citada, em termos *eficientes* à compreensão e cumprimento. Ficou autorizado, outrossim, o comércio dos índios servos em determinadas situações a serem submetidas aos Juízos das Relações competentes.

---

captivos que ao mesmo Estado mandei o anno passado, em companhia dos Capitães-móres Balthasar de Souza Pereira, e Ignacio do Rego Barreto, não resultou utilidade alguma, antes causou grande perturbação nos moradores, e prometeu inconvenientes de consideração para o diante, por ser difficulosissimo e quasi impossivel de praticar dar-se liberdade a todos sem distincção: com intento de atalhar tudo, mandei vêr e considerar a materia, com a attenção que pede a qualidade della, por Ministros de letras e inteireza, e no meu Conselho de Estado. E por ultima resolução, revogando todas as Provisões que até ao presente são passadas em contrario desta: hei por bem e mando, que os Officiaes da Camara do Maranhão e Pará, examinem, em presença do Desembargador João Cabral de Barros, Syndicante que anda no dito Estado, e em sua falta com os Ouvidores dellas, quaes dos gentios captivos, que já o forem, o são legitimamente, com boa consciencia, e quaes não, e que os taes exames sejam approvados pelo dito Desembargador ou Ouvidores, e julgados por elle, e por este modo possa dar e dê por livres os que o forem, e por captivos os que legitimamente o foram; no qual exame e declaração se governarão pelas clausulas abaixo declaradas, sobre a fórma em que é lícito, e *resolvi que pôde e deve haver captiveiro d'aqui em diante, as quaes são as seguintes: Preceder guerra justa: e para se saber se o é, ha de constar que o dito gentio livre, ou vassallo meu, impedio a prégação do Sagrado Evangelho, e deixou de defender as vidas e fazendas de meus Vassallos em qualquer parte: Haver-se lançado com os inimigos da minha Corôa, e dado ajuda contra os meus Vassallos. Exercitar latrocínios por mar e por terra, infestando os caminhos, salteando, ou impedindo o commercio e trato dos homens, para suas fazendas e lavouras. Se os Indios meus subditos faltarem ás obrigações que lhe foram postas e aceitadas nos principios das suas conquistas, negando os tributos e não obedecendo quando forem chamados para trabalharem em meu serviço, ou para pelejarem com os meus inimigos. Se comerem carne humana, sendo meus subditos. E precedendo as taes clausulas, ou cada uma dellas, sou servido se lhe possa fazer justamente e captival-os, como o poderão ser tambem aquelles gentios que estiverem em poder de seus inimigos atados á corda para os comerem, e meus Vassallos os remirem d'aquelle perigo, com as armas, ou por outra via, e os que forem escravos legitimamente dos senhores,*

A partir desta Lei, necessário ainda registrar, foi estabelecido um arcabouço de enunciados que passaram a envolver também matéria de *ius cogens* (direitos de proteção do Estado) envolvendo todos os silvícolas e índios que viviam no Brasil na medida em que foram estatuídos deveres públicos genéricos e indistintos a alcançar os “gentios livres ou vassallos meus”, ou seja, tanto para os silvícolas dos Sertões quanto para os índios aldeados.

Em relação a determinadas tribos como a dos aimorés, os

---

**a quem se tomaram por guerra justa, ou por via de commercio e resgate; para cujo effeito se poderão fazer entradas, pelo Sertão, com Religiosos que vão a tratar de conversão do gentio:** e as pessoas a que se encarregarem as taes entradas, serão eleitas a mais votos pelos Capitães-móres das ditas Capitánias do Maranhão e Pará, e cada um na sua pelos Officiaes da Camara dellas, e pelos Prelados das Religiões e Vigario Geral, onde houver — e que offerecendo-se nas ditas entradas alguma das sobreditas clausulas de captiveiro licito, se possa usar della como acima se refere; cuja justificação se fará pelos Religiosos, que nas ditas entradas forem à conversão do dito gentio. E para que isto melhor se possa fazer, sem os respeitos particulares, que se tem experimentado, hei outrossim por bem que nenhum Governador, ou Ministro, que tiver supremo logar das ditas Capitánias, possa mandar lavar tabaco por sua ordem, ou por interposta pessoa, nem outro fructo algum da terra, nem o mandem para nenhuma parte, nem occupem ou repartam indios, senão por causa publica, ou approvada, nem ponham Capitães nas Aldêas, antes as deixam governar pelos principaes de sua nação, que os repartirão aos Portugueses voluntariamente, pelo salario costumado, sob pena de que, os que o contrario fizerem, incorram no perdimento dos ditos bens licitamente grangeados, a primeira parte para quem o accusar, e as duas para a minha Fazenda, e de em suas residencias se lhe perguntar por esta culpa, e serem castigados, como merecer a qualidade della. Pelo que mando aos Governadores, e Capitães-móres, e Officiaes das Camaras, e mais Ministros, e pessoas do Estado do Maranhão, de qualquer qualidade, e condição que sejam, que todos em geral, e cada um em particular, cumpram e guardem esta Provisão, e Lei, que se registará, e estará nas Camaras em toda a boa guarda, muito inteiramente, como nella se contem, sem duvida, nem interpretação alguma; porque assim o hei por bem, serviço de Deus, e meu, conservação dos meus vassallos, bem, e augmento do dito Estado; com advertencia, que os que o contrario fizerem, mandarei castigar, com a demonstração, que o caso merecer: e esta não passará pela Chancellaria, e valerá como Carta, sem embargo das Ordenações do livro segundo, titulo trinta e nove, e quarenta. E se passou por seis vias. Antonio Serrão a fez, em Lisboa, a 17 de Outubro de 1653. O Secretario Marcos Rodrigues Tinoco a fez escrever. — **REI.**” (Annaes Historicos do Maranhão, Liv. XIII fol. 426). O referido Livro Segundo, Título XXXIX das Ordenações do Reino dispõe sobre “*Que se não faça obra por Carta, ou Alvará d’El Rei, nem de algum seu Official, sem ser passado pela*

abatirás, pataxós<sup>94</sup>, e em especial a dos botocudos, existia ordem direta, por estarem estes entre os inimigos da Coroa, de não receberem condescendência ou proteção<sup>95</sup>. Segundo, pois, expressa determinação era permitido o fazimento de guerra justa e arrebatá-los à servidão. Dentre estes inimigos de Portugal incluíam-se ainda os Paiaguás (inimigos também dos colonos paraguaios), os Kayapós, os Muras, os Guaicurús (da mesma forma, inimigos dos colonos do país vizinho) e os Kadiwéus que jamais poderiam ser atraídos ao regaço dos aldeamentos em vista de suas ferocidades<sup>96</sup>, cujos descendentes, alguns deles, vivem hoje no Estado do Mato Grosso do Sul. Neste segmento não se pode deixar que fique sem remissão o antigo Ato do Governador Mem de Sá, de 1562, que, pelo fato dos kaetés - que viviam desde a ilha de Itamaracá até as margens do rio São Francisco, terem “deglutido” o bispo Pero Fernandes Sardinha, os considerou “inimigos da civilização” e deveriam sempre ser “escravizados todos, sem exceção”, o que veio a acontecer.

---

*Chancellaria*”. Um princípio importante estabelecido por esta Lei diz respeito a todos os índios e silvícolas súditos do Reino de Portugal (livres ou vassallos) que, pelo estabelecimento das obrigações *erga omnes* que foram postas, e que decorreram do aceiteamento **nos princípios de suas conquistas**, se não observadas por eles ficarão sujeitos a guerra justa e reduzidos a cativos. Atente-se, por relevante, que para proceder a guerra justa contra os **gentios livres** (os silvícolas), ou seja, contra aqueles que viviam errantes nas florestas e contra os **gentios vassallos**, os mesmos requisitos seriam de observar.

<sup>94</sup> A explicação encontrar-se-ia porque teriam sido estes silvícolas, segundo **Teófilo Otoni**, os responsáveis pelo extermínio de portugueses e tupiniquins em 1587 na Capitania de Porto Seguro fazendo desaparecer a incipiente prosperidade dos engenhos naquelas paragens (“Notícia Sobre os Selvagens do Mucuri”, *op. cit.*, pág. 40). Por isso não poderiam ser acolhidos nos aldeamentos.

<sup>95</sup> Em relação a algumas dessas tribos determinações Régias posteriores modificaram estas relações.

<sup>96</sup> De acordo com a Carta Régia de 12.05.1789: “Os Paiaguá e os Kayapó, juntamente com os Mura, Guaicuru e Kadiwéu ficaram famosos por suas reações violentas à colonização e constituirão exatamente os casos de exceção à liberdade declarada pela Carta Régia de 12/05/1789”, conforme **Beatriz Perrone-Moisés**, “História dos Índios no Brasil”, *op. cit.*, pág. 132. Segundo a mesma autora as Instruções de 19.11.1749 “declaram guerra aos Paiaguá e os Kayapó, qualificados como ‘o gentio mais bárbaro e alheio a toda cultura e civilidade que até agora se descobriu no Brasil’” (*idem, ibidem*).

Com o reinado de D. José, sob o comando do Marquês de Pombal, a política indigenista teria dimensões diferentes.

Extraia-se, para efeito de uma visão parcialmente conclusiva autenticadora do período colonial, que a política das Cortes especialmente neste período Joanino (iniciado com D. João IV), condensado em um arcabouço jurídico amplo (Leis, Provisões, Regimentos, Alvarás, enfim todo o Direito Posto), tinha persistentemente o objetivo de buscar, via dos canais da iniciativa privada, sob os auspícios da Companhia de Jesus, a atração dos gentios (silvícolas), conhecidos por presunção mas ignotos, para que descessem dos Sertões para os aldeamentos ou para a servidão (no caso de guerra justa). Esta política recorrente, por muito tempo perseguida, foi conhecida pelo título ou instituição do **Descimento** representando o trazimento dos silvícolas para junto da colonização, direcionando-os, incorporando-os às aldeias já existentes ou nos lugares previamente indicados<sup>97</sup>. Mas não se olvide que ao longo de todo o período colonial (desde o Regimento de Tomé de Souza de 1547 até o Diretório Pombalino de 1757) o **Descimento**

<sup>97</sup> Descrevendo **José Bonifácio de Andrada e Silva** sobre os meios a serem usados pelos portugueses para a pronta e sucessiva atração e civilização dos índios faz referência específica a alguns que merecem remissão: “16º) Antes porém de se trazerem os índios dos matos para se aldearem, deve-se de antemão ter feito todas as plantações, e roças necessárias para o sustento pelo menos de seis primeiros meses: igualmente deve-se ter plantado os ranchos precisos para que as famílias tenham onde logo se possam recolher. 17º) Haverá igualmente cuidado em não trazer os índios do mato pelo meio de nossas povoações para se evitarem os roubos e desordens, que costuma cometer uma multidão de homens, mulheres, e crianças pela mor parte inconsiderada e sem freio; e devem as justiças das terras, e lavradores vizinhos, concorrer com todos os mantimentos necessários aos lugares mais adequados da estrada por onde devem transitar, para que não sofram incômodos e fomes, antes façam grande conceito da fartura em que vivemos, e a que eles podem chegar. 18º) Quando entrarem os índios nas suas aldeias, devem ser recebidos com todo o aparato e festas, para que formem logo grande idéia do nosso poder, riqueza, e amizade. 22º) Se possível for, convém que as novas aldeias sejam numerosas, ainda que menos chegadas umas às outras, para maior segurança das mesmas, e para aumento dos braços empregados na agricultura e indústria. 29º) Aos índios bravos mais ativos que se vierem aldear se darão as ferramentas necessárias para a lavoura, como enxadas, machados, foices etc., e aos mansos, que tiverem disposições para artes e ofícios, os instrumentos precisos cuidando que não levem descaminho, antes se conservem em bom estado.” (“Projetos para o Brasil”, organização Miriam Dolhnikoff, editora Cia. das Letras, 1998, São Paulo, págs. 108/112).

é concebido como o fato jurídico-social de convencimento (persuasão) do selvagem desconhecido, embrenhado no Sertão, para descer o paredão montanhoso (serras que separam os Sertões do mar) e a se integrarem à sociedade portuguesa através dos aldeamentos (Lei de 24.02.1587; Lei de 1587; Regimento do Governador Geral de 1588; Alvará de 26.07.1596; Lei de 10.09.1611; Carta Régia de 21.10.1653; Regimento das Missões de 1686, entre outros), dispositivos estes que trataram, também, da presença de *missionários* junto às tropas do **Descimento** e outras particularidades destas compelições agregativas. A referida “persuasão” era conseguida, em grande parte, por iniciativa particular truculenta dos paulistas oriundas do planalto Piratininga. Eram as conhecidas entradas e bandeiras que não se ajustavam perfeitamente às orientações da Metrópole. Nestas empreitadas visava-se, substancialmente, a servitude indígena.

A diretriz política oficial portuguesa, calcada na preservação dos povos nativos como meta, incorporando-os como ferramentas para povoar a Colônia, foi de fundamental importância para a História da formação do povo brasileiro<sup>98</sup> e, inexplicavelmente, não tem encontrado destaque nas pesquisas quanto ao alcance social e também jurídico, a demonstrar, firmemente, que o genoma da brasilidade – imbricação gentílica – está, *ab ovo*, em comistão entranhal com os primitivos brasileiros em decorrência deste fato. A crítica que hoje é feita a este instituto é que deslocou o indígena de seu sítio original para integrar a comunidade colonial, de regra, à força. A meu parecer, são idealísticas estas objeções porquanto abstrai a impelição do contexto da época projetando hipóteses conjecturais e aleatórias, desprezando as causas impactantes - ausência de recursos, dificuldades físicas, humanas, sobretudo inomináveis. Não se pode reduzir a um linear e maniqueísta juízo tais acontecimentos do passado tendente a sublimar a intocabilidade do aldeamento primitivo à vista da compulsiva realidade econômico e social vicejante na novel abertura do País.

<sup>98</sup> Diferente de outras nações colonizadoras como Inglaterra, da França, em suas colônias, e mesmo a Espanha, entre outras que tinham os nativos como empecilhos a seus objetivos através de roubos e espoliações. Em parte é compreensível em relação a estes últimos à vista das riquezas existentes entre estes povos da Colônia espanhola.

Contra a política de catequização **unívoca, religiosa e privada** levada a efeito pela Companhia fundada por Inácio de Loyola, bateu-se o Marquês de Pombal consequenciando, ao final, na expulsão destes religiosos da Colônia americana<sup>99</sup>. O cerne, todavia, do conflito tinha uma causa maior, mais profunda. Passava pelas divergências teóricas e ideológicas explícitas entre a postura política jesuítica (Vaticano) e o iluminismo (enciclopedista) que se esgrimiam varrendo os países da Europa<sup>100</sup>. A face doméstica era o desentendimento político entre os Poderes da Companhia de Jesus e o Poder absoluto do monarca; o Rei D. José I, queria preservar e ampliar o absolutismo face ao arrostamento do Braço Eclesiástico. Muito de econômico também recheava o confronto entre os interesses jesuíticos e monárquicos<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> É possível conferir o tecido da política de Pombal na prestigiada e importante obra do autor paraense **Manuel Nunes Dias** (“A Companhia Geral do Grão Pará e Maranhão (1757 - 1778), 2 volumes, Belém, editora Universidade do Pará, 1990), onde se resgatou os méritos do famoso ministro que fez por alavancar progresso, segundo este autor, em todos os setores do Estado, a ponto de fazer jus, em seu epitáfio, a seguinte referência: “Aqui jaz Sebastião José de Carvalho e Mello, Marquês de Pombal, Ministro e Secretario de Estado de D. José I, Rei de Portugal; o qual reedificou Lisboa, animou a Agricultura, estabeleceu as Fabricas, restaurou as Sciencias, estabeleceu as Leis, reprimiu o Vicio, recompensou a Virtude, desmascarou a Hypocrisia, desterroo o Fanatismo, regulou o Tesouro Real, fez respeitada a Soberana Authoridade, cheio de Gloria, coroado de Louros, opprimido pela calumnia, louvado pelas Nações Estrangeiras, como Richelieu sublime em projectos, igual a Sully na vida e na morte: grande na prosperidade, superior na adversidade, como Philosopho, com Heroe, como Christão, passou á eternidade no anno de 1782, aos 83 da sua idade, e no 27 da sua administração”.

<sup>100</sup> Conforme **José Hermano Saraiva**, em sua consagrada “História de Portugal”, *op. cit.*, págs. 260/264.

<sup>101</sup> O Poder secular da Companhia de Jesus que recua às primícias do tempo do descobrimento por concessão dos monarcas, endereçado a civilizar os indígenas com o monopólio de ação e mando, amplo nos poderes, transformou os religiosos em *padres mercadores* com braços escravos indígenas à disposição e cuja produção primária era por eles comercializada livremente e sem pagamento do dízimo ou qualquer ônus para com a Fazenda Real. Representava esta condição privilegiadíssima enormes rendas à Milícia de Nosso Senhor Jesus sem nenhum benefício à Fazenda do Reino. Com a criação de vias marítimas em especial da Companhia Geral do Grão Pará e Maranhão que passou a deter o *monopólio de toda produção e comércio* da colônia, em especial naquelas regiões, libertando os indígenas para substituí-los pelo braço africano de cuja aquisição, trânsito marítimo e venda no Brasil a colônia também tinha o *monopólio*

O Marquês de Pombal, após assumir o comando do governo, quando toda a Europa abria franca repelência à força política dos jesuítas, serviu-se do idealismo da época como esteio. A Lei de 3 de setembro de 1759, tão somente fez arrematar a condenação à Companhia de Jesus sob o fundamento de *iniciarem a criação no Brasil* (porque dominavam os indígenas brasileiros) *de um exército contra as forças portuguesas e de terem participado da tentativa do regicídio*, passando os jesuítas, por força desta Lei, a serem perseguidos, presos e expulsos em todos os domínios portugueses. Sob a ótica da história contemporânea os méritos ou desajustes desta secularização da empreitada civilizatória dos indígenas do Brasil devem ser recolhidos *cum grano salis* entre os pontos de vista<sup>102</sup>.

É possível, nesta cadeia de fatos, situar, com relativa certeza, a orientação da epopéia colonizadora do Brasil, refletindo diretamente nos direitos indígenas, em dois interstícios distintos: desde D. João III (1502-1556) e a dinastia que se seguiu a esta, da Casa de Bragança, quando o comando estava com as Ordens Religiosas e em especial com a *Companhia de Jesus* fundada por Inácio de Loyola, até a assunção de D. José I (1714 – 1776) ao trono quando se iniciam novas diretrizes com o “Consulado” do absolutista Sebastião José de Carvalho e Melo (Marquês de Pombal) secularizando a administração colonialista. Em relação ao *primeiro* período tem-se que foi a época onde mais se negligenciou

---

completo (transportar e comercializar), “os jesuítas viram, com espanto, consumada a ruína de seu poderio na América portuguesa.” (conforme **Manuel Nunes Dias**, *op. cit.*, pág. 168).

<sup>102</sup> Dentre os escritores que pretendem trazer luz à matéria, nos intrincados meandros do tema, encontramos um testemunho da época, de plana razoável, que merece ser citado: “Durante o governo do Marquês de Pombal, os indígenas recebiam proteção, tendo sido decretado que nenhum índio poderia ser submetido à escravidão. Isso criou entre eles um sentimento de confiança, fazendo com que se sentissem seguros na vizinhança dos brancos. Contudo, por um errôneo conceito humanitário, foi dada posteriormente permissão aos brasileiros para convertê-los ao cristianismo. E com esse louvável objetivo eles podem mantê-los sob custódia durante dez anos, libertando-os após tê-los instruído nas artes da vida civilizada e, o que é mais importante, nos preceitos cristãos. Essa permissão, como era de se esperar, teve efeito exatamente contrário” (**Robert Walsh**, “Notícias do Brasil - 1828/1829”, editora Itatiaia/USP, Belo Horizonte, 1985, págs. 48/49).

o trato das coisas de Portugal (e do Brasil) e onde se avantajou a hegemonia dos jesuítas no País. Tudo indica que foi nesta fase monárquica que se evidenciou o fato de um Rei, carola e fraco politicamente (D. João V), ter permitido a instauração, em definitivo, da subserviência da Nação Portuguesa ao imperialismo inglês. Discorrendo sobre este governo Joanino, afirma, vigorosamente, o grande historiador português **Oliveira Martins** que Portugal *enfeudou-se* aos ingleses e “uma série de doidos, de maus, ou de idiotas, levados pelo braço dos negociantes jesuítas e ingleses, pupilos de uns, prebostes de outros, disseram-se reis de um reino que era uma sombra, animada por um único sonho: o Sebastianismo”<sup>103</sup>.

Mas também, no *segundo* período, a política da tutela militar dos índios (silvícolas já aldeados), que sucedeu à dos jesuítas, não deixou de ficar marcada de injustiças. Os capitães, que em geral recebiam esta incumbência, não foram talhados para o engenho administrativo mas para comandar e obedecer. Considere-se, ainda, o advento que exsurgiu - como efeito colateral dos embates entre as tribos - a incorporação de um elemento novo (sobrevindo com os colonizadores) qual seja, muitos indígenas em desvantagem nos conflitos em face de índios inimigos vinham buscar proteção e guarida nos quartéis, aldeamentos e vilas<sup>104</sup>. Inclusive com o odiento costume imemorial da venda de *kurucas*<sup>105</sup>

<sup>103</sup> **Oliveira Martins**, “História de Portugal”, *op. cit.*, pág. 389.

<sup>104</sup> Relata **Teófilo Otoni** que: “À medida que se foi estreitando a zona que ocupavam, a fome ativou a guerra fratricida que é eterna entre as diversas tribos. Matam-se por um pequeno terreno onde cacem, e apanhem algumas raízes tuberosas. Os mais fracos saíram das matas, e inermes vieram pedir farinha, e proteção contra os seus próprios irmãos. Foram as primeiras tribos aldeadas. Tal é a história dos macunis, que para resistir aos botocudos fizeram confederação com outras tribos, e nem assim podendo resistir aos invasores, tiveram de recorrer à proteção dos cristãos. Os malalis em 1787 perseguidos pelos nakneunuks apresentaram-se no Alto dos Bois, nove léguas distante de Minas Novas, e aí ficaram aldeados junto ao quartel das divisões. Diz-se que alguns comandantes das divisões mostraram predileção pelos soldados indígenas” (“Notícia Sobre os Selvagens do Mucuri”, *op. cit.*, págs. 42/43).

<sup>105</sup> *Kurucas* eram crianças aborígene que eram arrebatadas pelos próprios genitores ou de tribos inimigas para serem dados ou vendidos como escravos. Segundo **Teófilo Otoni**: “Cada roceiro de São José teve o seu *kuruca*, de que uns se serviam

da própria e das tribos inimigas como espólio das carnificinas.

Pela leitura de **Andréa Slemian**, sob o poder de D. João VI, algum tempo depois, a legislação indigenista sofreu forte revés vindo a constituir um atraso em relação a política indigenista anteriormente seguida: “O retrocesso em relação a política pombalina do século XVIII foi evidente, já que na concepção que alimentara a criação do ‘Diretório dos Índios’, aprovado em 1755 pelo ministro de D. José I, caíra por terra. Naquela ocasião havia sido implementada uma série de medidas que visavam a transformação dos aborígenes em vassallos do rei português, com a substituição da catequização por uma forma laica de administração, pondo fim ao monopólio que a ordem religiosa mantinham sobre eles há séculos”<sup>106</sup>. Este Diretório que havia, no plano político, combatido a prática da escravidão indígena no Brasil, foi extinto pela rainha D. Maria I, em 1798, cerca de dez anos antes da vinda da família real para o nosso País.

## 9. Outras questões desafiadoras da colonização

Dentre os fatos relevantes de substancial impacto e consequência revele-se que na Colônia, não existindo mulheres brancas já que apenas os aventureiros se lançavam nestas empreitadas ultramarinas no afã de buscar fortuna, ocupando e explorando terras, tinham os colonos dificuldades de se tornarem sedentários no quinhão rural<sup>107</sup>. Decorrente disso, esses desbravadores se uniam às

---

como escravos, e que outros vendiam. Este maldito tráfico dos selvagens, mais infame que o dos pretos da África, tem sido a causa de calamidades sem número. Às vezes a guerra entre tribos tem por fim único a conquista dos *kurucas*, que são levados ao mercado” (“Notícia Sobre os Selvagens do Mucuri”, *op. cit.*, pág. 49). O mesmo **Robert Walsh** afirma que nas aldeias do Vale do Paraíba os índios têm pouco apego à família “desfazendo-se eles prontamente da mulher e dos filhos em troca de uma pequena paga” (“Notícias do Brasil - 1828/1829”, *op. cit.*, pág. 50).

<sup>106</sup> **Andréa Slemian e João Paulo G. Pimenta**, “A Corte e o Mundo”, editora Alameda Casa editorial, 2008, São Paulo, pág. 80.

<sup>107</sup> Em carta de agosto de 1549, escrita pelo padre Manoel da Nóbrega ao Provincial da Companhia de Jesus, o religioso “pedia que lhe mandassem mulheres do reino, ainda que fossem erradas, se não tivessem de todo perdido o pudor, para casá-las” (conf. **Diogo de Vasconcelos**, “História Antiga das Minas Gerais”, *op. cit.*, pág. 47). A quase ausência de mulheres brancas

**mulheres índias**<sup>108</sup> de onde provieram, dessas comunhões estáveis, inúmeras famílias com extensas propriedades agrárias, geradas em grande maioria à posse primitiva.

Por outra fonte, nas dobras da evolução dos direitos indígenas, na colonização, quando Portugal ainda se encontrava sob o domínio da Espanha, submetida à Coroa de Felipe III, deparamos com a Carta Régia de 10 de setembro de 1611, onde estas

---

representava um entrave à colonização. “A mulher branca era escassa, fato contribuinte da política de casamentos dos colonos e soldados com a indígena”, relatava um documento da época. Com o Alvará Real de 4 de abril de 1755, durante o Poder Pombalino, e a instituição do “Diretório” (1758), Portugal animou o cruzamento étnico do colono civil e militar com a mulher da terra, legalizando estas uniões agora então referendadas pela lei dos casamentos de 4 de abril de 1755, conforme assenta **Manuel Nunes Dias**. Anteriormente, as Ordens Religiosas e em especial a Companhia de Jesus comandaram sempre “à segregação do indígena. Com isso a miscigenação foi amolentada. *Nos aldeamentos missionários o branco não esposava a mulher nativa*” (g. n.). Daí a inovação da lei sobre os casamentos com índias, que, formalmente, mostrava o “claro intento de incentivar a colonização, enaltecer os casamentos dos colonos e soldados com as índias, lembrando a seus vassallos que semelhantes matrimônios ‘não ficam com infâmia alguma, antes se farão dignos da Real atenção, e serão preferidos nas terras em que se estabelecerem, para os lugares e ocupações, que couberem na graduação de suas pessoas e seus filhos e descendentes serão hábeis e capazes de qualquer emprego, honra ou dignidade’ (Alvará de 4 de abril de 1755).” Neste sentido o “Diretório” e a Companhia Geral do Grão Pará e Maranhão, prestigiada pelo poderoso Pombal, no incremento destes matrimônios, entregava aos nubentes, como dote da Corôa: “*um machado, uma foice, um ferro de cova, e se há alguma serra ou enxó se lhe dá e huma até duas pessos de bertanha ordinaria attendendo sempre a necessidade dos Contraentes e uma saya de Ruam ou de outra Droga similante, cujos generos se tem romado e vão tomando nos armazens da Companhia na forma que S. Majestade tem determinado*” (**Manuel Nunes Dias**, *op. cit.*, pág. 83). Assim “em pouco annos teremos aquellas Povoações Civilizadas por este meyo, e seguras para repelirem qualquer violência que intentem fazer os Barbaros dos Certões” conforme escrevia **Francisco Xavier de Mendonça Furtado** (irmão do Marques de Pombal) a **Tomé Joaquim da Costa Corte Real** em 10 de janeiro de 1759 (*apud Manuel Nunes Dias*, *op. cit.*, pág. 84).

<sup>108</sup> Estas uniões não se limitaram aos primórdios da colonização mas continuaram repetindo nos rincões mais afastados do Brasil onde se desbravava novas regiões integrativas à agrariedade. Constata-se em inúmeras aldeias mulheres índias casadas com brancos gerando filhos mamelucos. Nestas situações entre as lideranças das aldeias, ainda hoje, é plenamente aceita a recepção do marido branco e não o contrário.

disposições legais teriam, segundo lembram alguns antropólogos, atribuído aos silvícolas o senhorio das fazendas<sup>109</sup>, não podendo ser molestados, injustiçados, ou ainda mudados das capitânias e daqueles lugares **que lhes forem ordenados** (salvo quando eles livremente o quiserem fazer). Tal leitura comporta reparos.

Não se pode perder de vista, nesta abordagem, o fundamento de que pelo instituto do **Descimento**, atrás estudado, os silvícolas passaram a integrar (agora como índios) tanto as novas como as antigas aldeias, comandadas pelos jesuítas, a princípio, depois pelos militares<sup>110</sup>. Entretanto é preciso ter o devido desvelo ao se examinar este ponto porque estes direitos não se tratam de direitos *do* índio como *primo ictu oculi* se sugere, mas uma regra do Direito Português direcionado e *destinado* ao indígena. Aos cultores de outras ciências talvez se possa tolerar a não intimidade com a retidão destas distinções, jamais porém ao jurista. A tradução, todavia, é inequívoca: são as áreas referidas e *sob o crivo da materialidade jurídica*, **destinadas** aos índios segundo o Direito Português.

Outrossim, não se perca o lastro objetivo ratificador da Lei de 17 de outubro de 1653, anteriormente vistoriada, de que o dito gentio livre no Sertão ou os vassalos das Aldeias, tinham sempre obrigações públicas para com a Coroa. Estas obrigações a eles **“foram postas e aceitas nos princípios de suas conquistas”**, como dispunha enfaticamente, e por fundamento, esta Lei de 1653.

Conclui-se, desse modo, que os gentios<sup>111</sup> ou se conservavam em aldeias, em missões, ou perambulavam pelos Sertões sendo certo que, a respeito destes últimos, conquanto ignotos, **não**

<sup>109</sup> A expressão, posto que ampla e até certo ponto ambígua, parece indicar *fundus* ou territórios individualizados e no sentido do texto destinadas aos grupos indígenas. Pesquisando a origem do vocábulo e respectiva semântica a expressão *fazenda* parece significar “coisas que devem ser feitas” ou reunião de coisas submetidas a alguém.

<sup>110</sup> Os Comandantes militares, em geral oficiais no posto de **capitães**, foram assimilados pelas descendências dos índios nas respectivas aldeias como sendo hoje, entre eles, o chefe. Menos se usa o designativo cacique, morubixaba ou outra designação, mas o referencial **capitão**, como líder indígena, especialmente nas aldeias do Mato Grosso do Sul.

<sup>111</sup> Expressão genérica existente nos textos primitivos a designar os silvícolas e os índios.

estavam fora do alcance do Direito Português no que diz respeito aos deveres e obrigações cogentes genéricas, vigendo, todavia, apenas em relação aos primeiros (aldeados e **descidos**) a proteção nos lugares a eles reservados, segundo o Direito Posto. Esta proteção jurídica estava em conexão com o fato agrário de lavrarem, produzirem, orientando-os, com as devidas proporções, ao que hoje se conhece por cumprimento da produção familiar ou de subsistência.

A vinda da família real portuguesa em 1808 marcou uma nova fase na paisagem brasileira em todos os sentidos. Conquanto as concessões de terras pelo sistema sesmarial permanecessem com os mesmos vícios de descumprimento das formalidades, a Metrópole sediada no Rio de Janeiro pôde acompanhar com maior proximidade as concessões e cumprimentos das exigências. É certo, todavia, que as dificuldades topográficas que sempre desafiaram as questões agrárias muito pouco se alteraram ou experimentaram em termos de melhorias dignas de nota; as posses eram marcadas com abstração “até onde alcança as vistas”. Somente na década de 1850 efetivamente o panorama começou a mudar ainda que timidamente.

Com efeito, aquelas posses agrárias constituídas pela colonização à luz das concessões sesmarias ou não, foram legitimadas ou regularizadas e suas cadeias dominiais ratificadas, de acordo com os dispositivos da maiúscula e lúcida Lei nº 601 de 18 de setembro 1850. Esta Lei, como se sabe, veio preencher um vácuo legislativo iniciado em 17 de outubro de 1822 quando a Resolução Régia desta data declarou extinto o chamado sistema sesmarial no País já as portas da independência do Brasil. Sem nenhum regime fundiário de *desmembramento* das terras públicas o que aconteceu foi a liberação de posse em todo território do império. Como dito, esta situação só foi posta a cobro pela Lei nº 601, de 1850. Fundamentalmente ela estabeleceu três sedimentos basilares: definiu o que deveria ser entendido por terras devolutas<sup>112</sup>; impôs o princípio de que as terras públicas só

<sup>112</sup> Comentando a referida Lei adianta **Messias Junqueira**, em consideração preliminar, que “Para o legislador de 1850, terra devoluta é terra vaga, desocupada, baldia” (“As Terras Devolutas na Reforma Agrária”, editora RT, São Paulo, 1964, pág. 88).

poderiam ser *vendidas* e não mais doadas; e estabeleceu regras para a legitimação das *terras ocupadas com posse*. É se registrar que a terra devoluta no Brasil, como lembra **Messias Junqueira**, é exatamente o *ager arcifinius* romano, ou seja, aquela parte do *ager publicus* a ser efetivamente possuído e utilizado em sua maior extensão possível, segundo o interesse da República<sup>113</sup>. Muita terra ocupada, desde longa data, situava-se nas cercanias das áreas indígenas *também ocupadas*. Mas é preciso antecipar que o sistema fundiário em relação as terras indígenas não se direcionou a estes; desde as primeiras orientações legislativas apenas se ateu a posse colonial.

Quanto à demarcação de terras ocupadas com posse necessário se faz a remissão ao Decreto 1.318, de 30.01.1854, quando primeiro se tentou, através da criação dos Inspetores Gerais de Medição, fazer a discriminação topográfica das terras em comistão (públicas e privadas) *admitindo que somente os índios poderiam permanecer em terras devolutas*. Dispôs o art. 75 que: “As terras reservadas para a colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu **usufruto**; e não poderão ser alienadas enquanto o governo imperial por ato especial não lhes conceder o *pleno gozo* delas, se por assim o permitir o seu estado de civilização”. Perceba-se que as incipientes tendências do Direito Indígena foi no sentido de estabelecer uma relação de direito *privado pleno* entre o índio e sua terra, desde que seu estado de acultramento lastreasse esta relação jurídica. Esta orientação muito tempo depois iria sensibilizar **João Mendes Jr.**

Faz-se também oportuno consignar que a realidade, decorrente de ilegal omissão pública (não demarcação) que recua no tempo, tem servido, desde há muito, à insegurança jurídica face as terras indígenas. Atualmente se cogitou de uma política, por ilegalidade inversa, à revelia da Constituição e das Leis, a *expansão das reservas demarcadas* (“novos” índios) sobre terras particulares<sup>114</sup>. Foi preciso o chamamento da Suprema Corte para, em

<sup>113</sup> **Messias Junqueira**, *op. cit.*, pág. 89.

<sup>114</sup> Deve-se a indução dos conflitos que geram, sob muitos ângulos ideologicamente criados, à incompreensível interpretação de ampliar as reservas demarcadas sob terras particulares, cujo elastério ilimitado, sem amparo legal, inteiramente em desafio à Constituição, se faz à margem do direito positivo Maior e infra-constitucional. As reservas já demarcadas, homologadas e pacificadas estão sob

decisão com efeito vinculante, estabelecer a ordem constitucional no emblemático julgamento da área indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima<sup>115</sup>, proibindo a expansão das áreas indígenas demarcadas.

### Capítulo III O indigenato

#### 1. As idéias contidas no indigenato

Acorre, uma parte da doutrina, referir com a expressão **indigenato**, *lato sensu*, tudo o que reúne e congrega o rol dos *direitos indígenas* encontrando-se centrados no que se logrou chamar de direito congênito, alcançando, ademais, aqueles respeitantes as diferenças, o direito as liberdades públicas e privadas etc., sem esquecer seus adstritos no contexto indigenista.

De sua pena, como precursor, **João Mendes Jr.** ao abordar o objeto do trato indígena referiu-se ao tema dos direitos fundamentais destes brasileiros com o designativo de **indigenato** incorporando-o como neologismo aos estudos de Direito Fundiário Indígena brasileiro, em 1912. Começa nessa direção a traçar o perfil do que chamou de direito congênito, *verbis*:

“O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio* que constitui o fundamento da posse, segundo

---

a proteção do *ato jurídico perfeito* e o manto angular da **segurança jurídica** integradas, em definitivo, no patrimônio usufrutuário dos índios, dos particulares e do Estado. A questão indígena nacional, apenas para lembrar outro olhar, passa, não se ignora, ao largo do *aumento* das terras demarcadas destinadas aos seus usufrutuários. As dificuldades desses brasilíndios são centradas nuclearmente no abissal abandono das atribuições dos poderes públicos traduzido no desamparo e descaso para com estas comunidades e suas parcelas que são frações vívidas da nossa nacionalidade. Consoante se constata como fato notório nunca existiu *conflito étnico* entre produtores rurais e o seguimento indígena no Brasil, muito ao contrário, o convívio existente, já a tempo, subsiste congressual e reciprocamente útil. É oportuno advertir que esta diretriz de segregação étnica dos indígenas tem aptidão de levar, no futuro, possível conflito racial (étnico) inaugurando embates ainda não conhecidos.

<sup>115</sup> O Relatório e o Voto do inteiro teor do Acórdão se encontram em Apenso no final deste artigo.

conhecido texto do juriconsulto Paulo (Dig., tit. *de acq vel. Amitt. Possess.*, L.1.), a que se referem Saviny, Molitor, Mainz e outros romanistas”<sup>116</sup> (grifos nos originais).

De acordo, pois, com o que mostra este primeiro apontamento, o **indigenato** traduz o vínculo de *posse* do índio com a terra constituindo seu fundamento jurídico.

Não se pode, nesse inicial passo, ignorar que a primeira dúvida exsurge *ex abrupto* ao submetermos o afirmado aos requisitos clássicos institucionais da posse e da ocupação civilista (romana), cujos estratos culturais com o mundo indígena mostram-se diametralmente assimétricos, não fazendo sentido serem chamadas a autoridade daqueles textos. Dessemelhantes épocas; diferentíssimas culturas; díspares graus evolutivos humanos.

Consequentemente - até porque buscadas soluções nas *auctoritas* das fontes do Direito Romano - estas dificuldades postas em relevo, talvez sejam insuperáveis; contudo, ensejam elas, é inegável - e por amor à ciência, - uma razão de mérito para determinar maior atenção e volver às fundamentações citadas pelo douto juriconsulto paulista, para, prudentemente, auditá-la.

Vejamus o que diz **Paulus** no Digesto, Liber Primus, XLI, II, literalmente: “1 *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo<sup>1</sup> qui ei insistit, quam Graeci... dicunt. Dominumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint.*”<sup>117</sup>

Conforme se observa, **Paulus** discorre precisamente, com perfeição e elegância, sobre a posse natural - *naturali possessione* -

<sup>116</sup> **João Mendes Jr.**, “Os Indígenas do Brasil, seus Direitos Individuais e Políticos”, ed. Tipografia Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, pág. 58.

<sup>117</sup> *Corpus Iuris Civilis, volumen Primun*, Digesta, **Theodorus Mommsen - Paulus Krueger**, editora Weidmann, Dublin/Zürich, Alemanha, 1973, pág. 697 (Digesto 41, 2, 1 pr.). No vernáculo: “1 É chamada posse, a natural posição de estar sentado sobre a coisa (tida), como diz Labeo e também na Grécia. É o senhorio de fato começado pela posse natural conforme diz Nerva filho cuja marca incorpora a coisa, como no caso das coisas que se apanham na terra, no mar e no céu: pela apreensão começa a posse imediatamente”, em tradução livre.

para sedimentar o *poder de sentar em cima*<sup>118</sup>, *estar situado na coisa* (*potis sessio - potis sedeo*) afirmando que ela é o estado de poder de fato sobre a coisa, servindo-se, por ordem de clareza, de exemplos pontuais. Desta posse necessariamente não decorre efeito civil porquanto nela não está, em princípio, revelada a vontade (de ter) a coisa; nos casos dos exemplos estampados no texto - os *furiosos* e os menores *sine tutoris* e, enfim, os que estão a dormir (*dormienti*), tipicamente inexistente posse.

Sabe-se, é curial, que o poder físico, material, sobre uma coisa (sobre a *res Mancipi* de modo particular), no Direito Romano clássico (em especial nos séculos I e II d.C.), é separado do poder jurídico ou situação jurídica<sup>119</sup> (*animo et corpore*), que tem reflexos dominiais. Igualmente, conhece-se que o mero fato do poder natural, a posse considerada objetivamente, ou seja, sem a determinação do elemento subjetivo, conhecida por *possessio - naturalis possessio ut possidere corpore* - relacionava-se intrinsecamente com o objeto<sup>120</sup>, isto é, com a qualidade do objeto ser ou não suscetível de posse natural (ou civil). No contexto deste sistema (românico clássico), entretanto, a distinção a ser observada, e talvez mais importante para efeito da discriminação pretendida, compele ao que estava estabelecido entre o direito das gentes (*ius gentium*) e o direito natural (*ius naturale*) perante o

<sup>118</sup> Tradução literal da *potis sedeo* (*sedibus quasi positio*). **Biondo Biondi** sobre a palavra *possidere* distingue a noção de que esta é o *senhorio de uma coisa corpórea* e o *dominium* “è uma signoria giuridica” (“Istituzioni di Diritto Romano”, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1972, pág. 323). É como **Vincenzo Arangio-Ruiz** também conceitua a *possessio* como “La signoria de fatto”, (senhorio de fato), em face da coisa (“Istituzioni di Diritto Romano”, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1978, pág. 214). Diferem, pois, esta *possessio civilis* da *possessio naturalis*.

<sup>119</sup> Confirma no Digesto: Ulpiano, D. 41, 2, 12, 1. *Nihil commune habet porprietas cum possessione*; Ulpiano, D. 43, 17, 1, 2: *Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit quod separata esset debet quidem sit, possessor vero non sit, ut el lIpossessor lidem ete dominus sit. Venuleio, fr. 52, pr. Dig. Eod. Loc.: Nec possessio et proprietat misce debent.*

<sup>120</sup> A respeito da **coisa**, ensina **Niebuhr**, que no período da República haviam as terras conhecidas pelo *ager publicus* e o *ager privatus*. Só esta última poderia ser objeto do direito de propriedade. A primeira, porém, poderia ser protegida pelos interditos pretorianos. Quanto ao *ager privatus* a lei distinguia as *res Mancipi* das *res nec Mancipi* com diferentes efeitos.

Direito do Lácio, pontuando deste logo os **componentes culturais** que diferenciam os povos. Estes, que, entre si, se relacionavam ou guerreavam, tinham *simetrias* em termos de civilização. Não obstante perfeitamente observável, esta importante ênfase não tem despertado interesse dos autores em sempre repô-la.

A posse natural (*naturalia possessio*) é diferente da posse jurídica (*naturali ratione*) numa primeira assentada. Lembre-se que o mesmo **Paulus** ensina com sua luminosa irradiação jurisprudente, em outro fragmento, que “*eam enim rem facti, non iuris esse*”, i. é, “a posse é estado de fato, não de direito”<sup>121</sup>. Semelhante distinção é de todo conveniente, porque, segundo o Direito Natural - *quod natura animalia ominia docuit*<sup>122</sup>, conforme mostro noutro trabalho, este (direito natural) estigmatiza **um atributo** inerente a todos os seres da natureza. Envolve, demonstro, as idéias de direito e de natureza em uma fórmula unigênita, indutiva e pragmática e - é certo -, ao longo do tempo, a ciência jurídica conviveu, indulgente, com seus termos<sup>123</sup>. Mas tais enunciados significam, e isto é da maior importância, que não se confundem os direitos natural e racional. O racional guarda intimidade com o direito criado pelo engenho humano e, neste sentido, faz brotar o direito enquanto fruto da civilização.

O *ius gentium* por sua formulação traduz o direito dos povos simétricos usado por consequência também pelos romanos em face das demais comunidades; não é restrito ao juízo de um direito oriundo da natureza. A diferença é possível ser encontrada em que o direito das gentes tem lastro na razão que identifica todos os homens e o direito natural, mais amplo, advém exclusivamente da natureza e como tal perfaz *quod natura omnia animalia docuit*<sup>124</sup>. Com efeito, a *possidere corpore* quando traduzida em poder de fato como única fonte, estamos diante de um princípio do *ius naturale*, convolvando o *ius possessionis*, poder de fato. Quando diferentemente decorre do direito comum (*naturalia ratio*

<sup>121</sup> **Paulus**, frag. 1, parágrafo 3º, Digesto.

<sup>122</sup>“O que a natureza dotou a todos os animais”, **Ulpianus**, Institutiones, J. I, 2, pr.; D. 1.1.1.

<sup>123</sup>**Luiz de Lima Stefanini**, “Quod Natura Animalia Ominia Docuit”, in “Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região”, vol. 81, São Paulo, 2007.

<sup>124</sup>Institutionum, L 1, II, 11.

- direito conforme a razão) esteia-se em um direito das gentes ali-  
cerçado na **vontade** - *communium hominum iure utitur*. Tanto é  
assim que este **direito comum** é observável por *cives* e  
*peregrini*<sup>125</sup>, como já dito. Por derradeiro o direito próprio de cada  
povo que só a eles se aplica é o *ius civile*, o direito exclusivo, o  
direito civil com suas instituições peculiares.

Retomando a posse, este elemento subjetivo *animus rem  
sibi habendi*, com esteio em interditos, quando ausente, traduz a  
mera detenção (*corpus* ou *factum*) **segundo o ius civile**. De outra  
forma, o *ius possessionis* não significa o direito de possuir, mas o  
fato em si, uma realidade natural com a coisa, segundo o *ius  
naturale*, ausente a demanda perquiratória. Enquanto tal *nullum  
effectum producit (ius naturale)*.

Confira-se nos textos *clássicos* dos jurisconsultos romanos  
a exatidão e os contornos destes direitos: “Todos os povos re-  
gem-se por leis e costumes, por um direito próprio e parte por um  
direito comum”. E em sequência: “Aquele, o próprio, é que o povo  
constituiu para si e chama-se *ius civile*, exclusivo do cidadão ro-  
mano”. E além: “Da mesma forma, a razão natural constituiu para  
todos os homens o *ius gentium* que é o direito que todas as pes-  
soas usam”. E finaliza: “Desse modo, o povo romano tem uma  
parte de direito que lhe é próprio e parte de direito que usa é co-  
mum a todos os outros povos”<sup>126</sup>. Gize-se, não há ordem de

<sup>125</sup> Confira-se em **Gaio**, “Omnnes populi que legibus et moribus reguntur, partim  
sua proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur, nam quod quis”  
(Inst. 1,2,1). E continua noutro fragmento: “populus ipse sibi ius constituit,  
lid ipsus proprium est vocaturque ius civile, quase ilu proprius civitatis; quod  
vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populus  
peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quase quo iure iomnes gentes  
utuntur. No vernáculo: “Todos os povos que se regem por leis e costumes usam  
de um direito que, em parte, lhes é próprio e, em parte, comum a todos os ho-  
mens; pois, o direito que cada povo se constitui para si mesmo, esse lhe é pró-  
prio e se chama direito civil, direito quase próprio da cidade. Mas o direito, que  
a razão natural constitui entre todos os homens e todos os povos como que o  
observam, se chama direito das gentes, quase o direito de que todas as gentes  
se servem”. (D. 1, I, 9).

<sup>126</sup> Confira-se nas Institutas: “Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim  
communi omnium hominum iure utitur”. No vernáculo: “Assim também o povo  
romano usa de um direito que em parte lhe é próprio e, em parte, comum a  
todos os homens” (*Institutionum*, 1, II, 1).

grandeza ou hierarquia entre os dois direitos; são ambos valores jurídicos diferentes. Atenta-se que não se mostram nestas referências o *ius naturale* como afirmado porquanto este representa valores naturalísticos que, contudo, o direito não ignora; um direito a margem das instituições (que não a desconhece) se pudéssemos utilizar uma terminologia dos nossos tempos.

O que se conclui destes comandos do *Corpus Iuris Civilis*, (abrange a Instituição de Justiniano, do Digesto e das Constituições) de recuada certidão - fonte de tudo o que conhecemos dos alvares do Direito - é que a posse com efeitos jurídicos é a posse tutelada pelo Direito (*quiritium et peregrini*) e portanto a que reclama o *animus et corpus*, vale dizer, não traduz a posse de que tratava **Paulus** no inicialmente transcrito enxerto (D. 1, XLI, II) mas aquela de que falava **Gaio** sobre a *naturali ratione*. Reafirma-se, ainda uma vez: o *ius naturale*, como uma norma constituída de antemão pela natureza - não erigida pelo homem como o *ius civile* ou *ius gentium*. Este último é um direito amplo de todas as gentes (direito racional), no qual se encontra o *ius civile* (direito racional). O *ius naturale*, por outra fonte, não perfaz criação do gênio humano. Segundo **Gaio**, o direito das gentes pressupõe uma **razão natural** - *naturali ratione* - como no exemplo que ilustra (Institutas): dos menores impúberes que são tutelados (isto acontece entre todos os povos) pelo direito das cidades - *omnium civitatum iure* (**Gaio** 1, 180), lembrando outros, os institutos pontuais da *agnatio*, da *tradictio*, da *ocupatio*, das coisas tomadas ao inimigo etc.<sup>127</sup>

Com efeito, a *potis sedeo*, ou, *possessio* (**Paulus**, Digesto, Liber Primus, XLI, II), citada pelo eminente **João Mendes Jr.**, convola a posse natural, do *Ius Naturale*, que nenhum efeito produzia no mundo do Direito, vale dizer, não pode servir de esteio ao “instituto” do **indigenato**, como se lhe insinua emprestar por conseqüência.

<sup>127</sup> “Quod Natura Animalia Ominia Docuit”, *op. cit.*, pág. 143. A recepção da lei civil no sentido de sua universalidade encontrou em **Thomas Hobbes** a convicção de que “toda lei que não seja escrita, ou de alguma maneira publicada por aquele que faz a lei, só pode ser conhecida através da razão daquele que lhe obedece; portanto é uma lei não apenas civil, mas natural” (“Leviatã”, trad. Heloisa da Graça Burati, editora Rideel, São Paulo, 2005, pág. 160).

## 2. O *ius possidendi* no Direito Indígena

Quanto ao *ius possidendi* - *possessio civilis* - também lembrado pelo emérito jurista as razões sugerem, da mesma forma, outros direcionamentos a serem chamados à ordem.

Prossegue o eminente mestre: “mas, o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º.04.1680, como *direito congênito*. O indigenato é que melhor se aplica ao texto do jurisconsulto Paulo: *quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*”<sup>128</sup>.

Ainda em trânsito pelas fontes do Direito Romano para firmar esteios, a meu ver incautamente, requisita ainda uma vez, e por essa razão, visitar os predicados deste direito. Retomemos a fundação que religa a avoengos antecedentes.

Nesta expressão, o autor das “*Sententias*” - o sempre reverenciado **Paulus** -, refere-se agora ao *ius possidendi* (*quia naturalis tenetur ab eo qui insistit*) com um qualitativo próprio, este sim algo imaginável (*iure*) de matriz congênita.

Vejamos. O *ius possidendi* é o direito de posse reconhecido pelo direito civil dos romanos (*ius civile romanorum*).

**O direito de posse** exige amparo em disposição positiva.

Assim, o Alvará de 1º de abril de 1680, citado como arrimo, teria atribuído aos silvícolas o *ius possidendi* (direito civil), direito de posse com matriz e sede no **direito civil português** consubstanciado no *animus et corpore*? Nesta quadra não se pode deixar de recordar que as Ordenações, representativas do Direito Sede (Direito Posto), “não constituíam um corpo completo de leis, porque o direito régio era como que um complemento do *utrumque ius*, tornava-se, igualmente, necessário demarcar as fronteiras dos ordenamentos jurídicos aplicáveis em Portugal, na falta de direito pátrio; era, pois, indispensável regulamentar o chamado *direito subsidiário*”<sup>129</sup>.

Sem isso omitir deve-se - com a devida reserva - no adentramento de respostas precursoras do mérito, ser abstraída a

<sup>128</sup> João Mendes Jr., *op. cit.*, pág. 59.

<sup>129</sup> CF. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, “História do Direito Português”, *op. cit.*, pág. 313.

questão prévia da *capacidade*, que constitui inafastável condicionante. Por outras palavras: em homenagem ao mérito, há de ser apartada a aptidão ou condição subjetiva pessoal que atrairia, em parte, dificuldades à recepção desta vertente de idéias. Contudo, adiantando na análise sem estes obstáculos instrumentais chegamos a conclusão que tão pouco os silvícolas detinham o *ius possidendi*.

Voltamos ao referido Alvará no ponto em que, segundo se afirmou, atribuiria tal direito, *ipsis literis*:

“E para que os ditos Gentios, *que assim decerem*, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão<sup>130</sup>, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos **assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem**, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar o foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas (sesmarias) se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os índios, primários e naturais senhores delas” (g. n.).

<sup>130</sup>O **Sertão**, como é visto na linguagem comum e em alguns textos jurídicos, é expressão amplíssima e genérica querendo significar lugares vastos e desconhecidos; território ainda não penetrado, como igualmente genéricas são as referências aos silvícolas que nele presume-se viver. Há inda referência, segundo alguns cronistas, ao Sertão como o oposto ao litoral e de florestas indevassadas. Conforme se observa na Carta **Diogo de Vasconcelos**, sobre o Sertão, citando texto do padre Navarro que descreve: “Eram, aqueles sertões ainda virgens, intratáveis a pés portugueses, dificultosíssimos de penetrar, sendo necessário abrir caminhos à força de braços, atravessar inúmeras lagoas e rios, caminhar sempre a pé, e pela maior parte sempre descalços: os montes fragosíssimos, os matos espessíssimos, que chegava a impedir-lhe o dia. Entre estes trabalhos muitos desfaleciam, muitos perdiam a vida” (“História Antiga das Minas Gerais”, *op. cit.*, pág. 49). Esta expressão remanesceu no vulgo, pelo *hinterland* do País, quando se refere a uma região longínqua, inóspita, fala-se em “boca do sertão”, ou seja, o *portal de territórios desconhecidos*. De conformidade com esta etimologia da palavra Sertão quem é senhor do espaço desconhecido o é da natureza e das matas impenetráveis, tudo dentro de uma aceção literária.

Dois pontos são expressivos por si mesmos: que aqueles que se conservassem em suas ignotas aldeias no Sertão permaneceriam como naturais; quanto aos que descessem a eles seriam concedidas áreas por ato do Governador.

Não é admissível olvidar que a matéria é regida pela abrangência do instituto indígena do **Descimento** a dar causa e justificar tais determinações régias.

Com efeito, dispõe o texto que as áreas concedidas aos silvícolas - que perambulavam pelos sertões se “assinará... lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem”, ou seja, por força do Direito Régio deveriam ser aquelas áreas ainda *não concedidas em sesmarias* porque na concessão destas sempre se observou, como requisito, que não houvesse *ocupação* (o mesmo acontecia nas concessões aos colonos).

Por conclusão o *ius possidendi* indígena está atrelado higidamente ao Direito Português (direito oriundo da concessão) filiando-se as suas instituições e, portanto, não constitui um reconhecimento decorrente *natural* ou *presuntivo de direito*. Esta é a natureza dos direitos indígenas posto que assinalados (concedidos).

Fora a hipótese deste direito, melhor seja que se conservem em aldeias em meio ao Sertão sem fim onde *vivem* como naturais.

### 3. Outros aspectos da origem dos títulos indígenas

Este cuidado - a respeito da ocupação indígena e a não titulação particular destas áreas - sempre existiu. Isto não quer dizer que não acontecesse a plotagem de algumas concessões a particulares coincidente em parte com áreas de extensão indígena e vice-versa. Muito tempo depois, o artigo 3º, parágrafo 4º, da Lei nº 601/1850<sup>131</sup> já no segundo império, veio a ratificar o princípio a ser observado, lembrando a já referida ressalva nos casos em que a ocupação supunha oriunda de tribos inimigas da Coroa cujas terras haveriam de ser tidas por devolutas, ou seja,

<sup>131</sup> Confira-se (Lei nº 601, de 1850, artigo 3º) que são terras devolutas e como tal sujeitas a alienação na forma desta Lei, excluídas aquelas: “§ 4º - As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta lei”.

desconsiderava-se ou desprezava-se as ocupações eventuais (tidas por inexistentes). Extraia-se, por relevante, que o documento (Alvará de 1680) nem mesmo compraz um reconhecimento ocupativo mas tem o timbre de *autêntica concessão do Estado*.

Quanto ao título dessa **concessão**, se dominial, se enfiteútica, se usufrutuária ou comodatária, se posse ou ocupação, os autores mais antigos não se aventuraram nesta empreitada investigativa. Certo é que, rigorosamente, deve ser excluída dos auspícios do título sesmarial. Disto se convence até porque o regime de distribuição de terras pelo sistema de sesmarias, recuado ao tempo de D. Fernando I, o Formoso, (1367 – 1383), e, reimplantado no Brasil, tal instituto guarda relação com as terras agricultáveis. Era dirigido aos “restios” do Portugal de 1375, e surgiu, exclusivamente, para pôr cobro à punição dos proprietários de terras revés para com a atividade agrária. Penso, por isso, que a melhor configuração jurídica deste fato indigenista deve ser buscada nas linhas do que se pode conceber como uma **ocupação atípica**, da qual não decorria nenhum direito e que pela concessão dava início ao *ius possidetis*. Um estado de afetação com a terra diferente da ocupação romana civilista, da posse agrária, civil ou qualquer outra, que se limita à representação da fatualidade indígena compreendida na situação de ocupação transitória com “*cultivo e lavradio*” conforme os costumes destes povos. Esta situação de fato implementada pela realização deste uso da terra representava, efetivamente, uma ocupação atípica para os cânones do Direito Posto, mas com matizes ou sinais de ocupação natural. Dessa intelecção não se perca o ponto central de que eram culturalmente distintos - não possuíam estes brasilíndios os juízos de ocupação que são típicos da cultura européia e muito menos de posse e propriedade que são conquistas axiológicas da sociedade não indígena.

Reconheça-se, em somatória, que os índios em áreas interagidas com as vilas (aldeados por ação de governo) e os **des-cidos** (a serem destinados) vieram a assenhorear dos direitos atribuídos e incorporados por ato do Estado nos moldes do direito europeu - *possessio civilis*<sup>132</sup> - o mesmo não acontecendo com

<sup>132</sup> A posse civil se fundamenta em ato jurídico no acréscimo oportuno de **José Cretella Júnior** (“Curso de Direito Romano”, editora Forense, Rio de Janeiro, 1978, pág. 187).

*aqueles nos Sertões* que continuaram desconhecidos do direito (“senhores do espessíssimo espaço verde”, inacessíveis). Todavia, é preciso sempre deixar claro, *não se encontravam fora do alcance das Leis portuguesas* porque viviam em terras de domínio eminente da Coroa<sup>133</sup>, com *deveres* marcados por aquela Lei de 17 de outubro de 1653, sob pena de sujeitarem ao cativoiro. Aliás, excluindo as penalidades, o mesmo princípio ainda persiste posto que *os mesmos Sertões* onde se encontravam aqueles silvícolas hoje ainda muitos vivem e, conquanto desconhecidos, integram o território nacional e se subsumem à soberania brasileira.

Nesta mesma linha de tutela de valores jurídicos (subsunção ao Direito Nacional) traz-se à colação o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973) que, em seu artigo 7º, sacramenta: “Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunidade nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei”, i. é, estão sujeitos à Lei brasileira. Jamais se diria hoje que há **posse/ocupação** dos silvícolas presumidos, desconhecidos nos recônditos e impenetráveis espaços da hileia brasileira (v. g. *senhores do Sertão amazônico*).

Cumprir observar, doutro vértice, quanto à isenção do pagamento do foro ou tributo à Fazenda do Reino feita pelo Alvará de 1º de abril de 1680, ora em análise, que nenhuma novidade avista-se nesta prática pois conforme se constata expressamente nas Ordenações Manuelinas, da época do descobrimento, no Livro II, Título LVII, “**se as terras onde estiverem forem isentas, se dêem as mesmas sesmarias isentas; e se forem tributárias com o tributo delas as dêem**”, a significar que as concessões de terras a que título for obedecerão sempre o mando das Ordenações do Reino.

Por conclusão, no Alvará recidivamente citado mostram-se, com marcas em relevo expostas, situações distintas. A *primeira* em relação aos silvícolas aldeados no Sertão desconhecido<sup>134</sup>; a *segunda*

<sup>133</sup> Tal situação jurídica (terras do Sertão) colocam-se, formalmente, sob o império do Estado (superestrutura social) porquanto sobre elas dispõe o Direito Português para dentro de seu alcance em termos de competência oriunda da soberania.

<sup>134</sup> Quanto a estes “melhor se conservem nas Aldeias” e nestas situações é certo “que não serão molestados”, porque não se autorizava o apresamento do silvícola, conforme assegura o citado Alvará Régio.

em relação aos aldeados por ato de destinação do Governador àqueles descidos do Sertão<sup>135</sup>; a *terceira* quanto aos silvícolas nômades e ambulantes (não descidos) aos quais permanecia apenas a obrigação genérica, a ser observada sob pena de serem postos em guerra justa. Aos primeiros que permanecessem conforme a natureza de suas vivências naturais; aos segundos (descidos) conceder-se-ão terras para lavrar e cultivar, atividades que propiciariam a eles novas vidas então integrados em consórcio colonizador. Aos terceiros, sem referência pelo Alvará, permanecia a obrigação de não pelejarem contra os portugueses. São, portanto, situações perfeitamente identificadas, diametralmente diferentes, sendo que, em face dos silvícolas dispersos no Sertão (incluindo os aldeados na imensidão da floresta), o efeito era explícito: situações aleatórias e vagas, tratadas sem destinatários (não se conhecia a existência de beneficiários) que seguramente não se reconhece ou se pode imaginar atribuir-se direitos civis com o estrato da *ocupação* (com tipicidade indígena) como se pretende generalizar em relação a todos os *silvícolas* do Brasil. Creio, sobre este ponto, inexistir raciocínios que se ponham em discrepâncias.

Neste sentido é de se observar as distinções entre a ocupação típica, a posse civil, a posse agrária e também entre aquelas e o que se convencionou chamar ocupação indígena. Esta última conforme se verá se adequa ao conceito de ocupação cujo perfil vai além da detenção civil e não alcança o conceito adequado de posse civil, mas não despreza, outrossim, elementos coincidentes reconhecíveis.

Tais assentamentos jazem como raízes profundas na seara Direito e como tal haverão sempre de ser vistoriados.

#### 4. O Direito Indigenista à luz da Lei nº 601 de 1850

Segue o emérito jurista **João Mendes Jr.** em sua obra “Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos”:

“Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acharem

<sup>135</sup> Em situação de **descidos**, que transpusessem a muralha da serra que guarda o continente, também teriam a proteção e receberiam “lugares convenientes para neles lavrarem”.

em poder de ocupante (art. 3º da Lei de 18 de setembro de 1850); ora, a *ocupação*, como título de aquisição, só pode ter por objeto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictae* (confirmam-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. *de acq. derum domin.*, L. 3, e tit. e *acq. vel. amitt. poss.*, L. 1); ora, as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem *adquirido*, por *simples ocupação*, aquilo que lhes é congenito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título *imediato* de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado.”

“O art. 24 do Decr. nº 1.318 de 30 de janeiro de 1854, explicando o pensamento da Lei, claramente define, no § 1º, que, em relação as posses que se acharem em poder do *primeiro ocupante*, estão sujeitas à legitimação aquelas que não têm outro título senão a sua ocupação. Esse § 1º do art. 24 do cit. Decr. de 1854 reconhece, portanto, a existência de *primeiro ocupante que tem título distinto da sua ocupação*. E qual pode ser esse primeiro ocupante, com *título distinto da sua ocupação*, senão o indígena, aquele que tem por título o *indigenato*, isto é, a posse aborigene? O Decr. de 1854 repetiu desse modo o pensamento do Alv. de 1º de abril de 1680: quer se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos índios, *primários e naturais senhores das terras*.”

E continua:

“Há, pois, outras reservas que não supõem posses originárias ou congênitas: essas são as das terras devolutas, que destinam-se, na forma da Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850, art. 12, à *colonização*, assim como à fundação de povoações, abertura de estradas e quaisquer outras servidões

públicas, assim como à construção naval. A *colonização de indígenas*, como já ficou explicado, supõe, como qualquer outra *colonização*, uma emigração para imigração; e o próprio regulamento nº 1.318 de 30 de janeiro de 1854, no art. 72, declara reservadas as terras devolutas, não só as terras destinadas à colonização dos indígenas, como as terras dos *aldeamentos onde existem hordas selvagens*. Em suma, quer a letra, quer o espírito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras *possuídas* por hordas selvagens *estáveis*: essas terras são tão particulares como as possuídas por ocupação legítima, isto é, são *originariamente reservadas da devolução*, nos expressos termos do Alvará de 1º de abril de 1680, que as reservas até na concessão das sesmarias<sup>136</sup> (grifos no original).

Com efeito, insurge-se, como se constata, o magistrado paulista contra o instituto da legitimação em face das terras ocupadas pelos indígenas nos termos em que foi instituído pela Lei nº 601/1850 e seu Regulamento de 1854, concluindo que tais terras não se submetiam àquele instituto.

Inteiramente pertinente a censura articulada quando diz que as terras públicas do império do Brasil com ocupação indigenista não se alinhavam à noção de *res nullius* nem *derelecta*, conquanto fosse essa a condição das terras (*res nullius*) ao tempo do descobrimento e a acomodação das diferenças impactantes entre “achadores” e “achados”.

Tais constatações, entretanto, pouco acrescentam porque a ocupação é um instituto de direito (civil - *civilizado* - europeu) e o *modus vivendi* dos indígenas não se enquadrava em qualquer sinete de direito conforme já se pôde examinar. Mas, a meu juízo, há um fundamento maior na inspiração explicativa das idéias. A razão escoradora está atrelada, por primeiro, no fato eficiente e na causa jurídica de que só se legitima a **posse** e não a mera ocupação. Pela Lei a ocupação é o simples fato e seu detentor (titular) é o *posseiro*. Nunca se imaginou confundir a pessoa do indígena com a do posseiro. Esta ocupação (primária ou havida do

<sup>136</sup> João Mendes Jr., *op. cit.*, págs. 59/60.

primeiro ocupante), outrossim, acompanhada de cultivo “ou com princípio de cultura, e morada habitual do respectivo *posseiro*”, sendo mansa e pacífica, *será legitimada* (art. 5º, g. n.). Estes requisitos voltados à legitimação são direcionados exclusivamente à posse colonial e ao posseiro sem título algum, *jamais aos indígenas*. Quando o colono detinha um título oriundo da Coroa, sesmeiro ou concessionário, abria-se ensejo à revalidação e seus titulados eram inscritos como *possuidores* (artigo 6º). Sem prejuízo disto, é de se prenotar que os dois institutos - ocupação e posse - *podem*, e geralmente estão, conjugados. É o que se extrai do citado artigo 5º da Lei segundo o qual a ocupação pode ser causa da posse desde que complementada pelos requisitos expressamente estabelecidos (*morada habitual e cultura efetiva*), para a posse colonial. Por via transversa, é desconfortável o raciocínio de **João Mendes Jr.** ao finalizar que é excludente a subsunção da ocupação indígena aos imperativos da Lei nº 601 de 1850 (legitimação e regularização) porque a própria Lei dispõe em contrário<sup>137</sup>. Ora, o texto da Lei de Terras não dispõe em contrário; dispõe de forma especial; ou seja, que para a colonização dos indígenas o Governo reservará terras devolutas. É raso e recorrente: ao exigir a legitimação *de todas as posses* - leia-se posses coloniais (o instituto chama-se **legitimação de posse**) - a Lei deixou claro que a relação indígena com a terra não traduz um fato jurídico, tão pouco configura uma *posse* à luz dos institutos fundiários. Falar-se ou cogitar-se, por conseqüência, em “legitimação de ocupação indígena” perante a Lei nº 601/1850 beira ao contrassenso. Isso não significa extrair a interpretação, é necessário enfatizar à toda contundência, de que a ocupação indígena, em si por si, pudesse convalidar ou era tida como fonte de direitos. A Lei nº 601/1850 não tratou (tão pouco havia tal tratamento em diplomas anteriores) de nenhum direito indígena nem para reconhecer nem para negá-lo; ela se exauriu no trato da matéria fundiária e agrária e o fez com consciência lúcida à vista dos desafios da época. A esse tempo a relação indigenista com a terra traduzia apenas um **fato**

<sup>137</sup> Dispõe o artigo 12 da Lei nº 601/1850: “O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º para a colonização dos indígenas; 2º para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, e assento de estabelecimentos públicos; 3º para a construção naval.”

*natural*; não era sequer reconhecida como direito projetado ou em perspectiva, mas expunha, por inteiro, uma detecção *dependente de concessão*. Evidentemente, por tais razões, quando a Lei se refere a “ocupação primária” (primeira ocupação) ou “haver do primeiro ocupante” (ocupação derivada) em seu artigo 5º estava, indubitavelmente, a referir a relação do colono e não do indígena até porque esta última era uma “situação jurídica” ou realidade omissa; não tinha espaço no rol dos direitos pessoais. Outrossim, o indígena, na condição de absolutamente incapaz, não poderia adquirir ou transmitir direitos. Não tinha nenhuma pertinência, portanto, o instituto à pessoa do brasilíndio porque a ocupação referida pelo legislador oitocentista era o *fato civilista* e como tal disponibilizada exclusivamente ao colono e não ao índio. A ocupação indigenista era a *possessione*, ou seja, a relação com a coisa estranha ao direito donde nenhum efeito exsurgia. As posses dos colonos, primitivos ou sucedidos, de natureza civil (*ius possidetis*) mostravam-se passíveis de legitimação (originária ou derivada). Observe-se corroborando o afirmado, e nessa mesma cunha jurídica, as disposições do Decreto nº 8.072, de 1910 - vários anos depois -, que, pela primeira vez, inaugurou posturas positivas quanto aos *direitos* indígenas, ainda nas periferias dos reconhecimentos. Nele se estatuiu sobre a medição e demarcação das terras ocupadas por eles (artigos 4º e 12).

Portanto falar-se em *bititularidade* indígena perante a Lei nº 601/1850 em face de quem *nenhum título* detinha é incompreensível. Já tivemos, envolvendo em parte esta matéria, oportunidade de discorrer sobre este direito vigente à época do descobrimento, mas voltaremos sempre que preciso for.

Por prospecção, o conceptivo sugerido de um título congênito não resiste à dogmática do Direito Indigenista porque, como já consolidado, há um vazio institucional a suportar quaisquer pressupostos jurídicos (Direito Reinol) neste sentido.

O universo compreensivo da Lei 601/1850 emerge naturalmente do substrato fundiário existente. Explica-se por si pois o instituto da ocupação e posse, privativa dos colonos, era integrante do direito agrário-fundiário. Só muitos anos após o Direito Positivo o estendeu ao índio através do elastério do termo ocupação/posse. Refiro-me a Constituição Federal 1934, que pela primeira vez, em seu artigo 129, trouxe a expressão *posse* de terras de

silvícolas<sup>138</sup> determinando fossem respeitadas sem possibilidade de aliená-las (desaparecendo, todavia, esta disposição na Constituição seguinte - de 1937).

Tem-se usado ambas as expressões, às vezes como sinônimas - ocupação e posse, às vezes como equivalentes. Contudo é preciso separar as distintas situações jurídicas hermeticamente dessemelhantes: a ocupação, a posse, a posse civil, a posse agrária distinguindo ainda estas da ocupação/posse indígena. Esta última aproxima da ocupação civil mas que com esta também não se assemelha ou equivale no diagrama dos institutos jurídicos. Com efeito, repetindo, é cioso apartar com precisão que a *occupatio* civil de uma coisa de ninguém ou abandonada não traduz ou significa *necessariamente* uma posse. Da mesma forma uma ocupação civilista nem sempre resume em uma *possessio* como se generalizou o texto comentado. O fato natural indígena nas terras do Brasil sempre representou um “dado”<sup>139</sup> da colonização não avançando além deste limite. Concluindo, no fluir do texto de **João Mendes Jr.**, a tese e antítese não levam à síntese. As ocupações indígenas como “direitos congênitos” (direitos indígenas) não se ajustam ao conceito da *res nullius* ou *derelictae* por divisor causal entre um direito-civilização<sup>140</sup>. Apenas sobeja à ocupação indígena sob o pálio do sistema do Direito Português seiscentista, a omissão legislativa, fonte primordial do direito nacional. Tal omissão veio a ser paulatinamente preenchida pelas passadas do direito indígena.

## 5. A concessão das terras ao indígena para colonização

Esta Lei 601/1850, ainda em seu artigo 4º, dispôs sobre a

<sup>138</sup> “Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem, permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

<sup>139</sup> Coincidentemente os entrechoques entre os colonos e os índios “brabos”, eram conhecidos por uma *dada*: “Quando os capuchinhos se dirigiram à área para organizar uma catequese, acompanhados de bugreiros, foram atacados pelos índios. Os padres, vendo a dificuldade da situação, isto é, a morte inevitável para todos, gritaram ‘Atirem nos selvagens’. A missão acabou, desta forma, transformando-se numa *dada*” (**Adriano Campanhole**, “História da Fundação de Assis”, editora CIP Brasil, São Paulo, 1985, pág. 24).

<sup>140</sup> Vide o Capítulo III, nº 1, sobre a assimetria.

**revalidação** de concessões do Governo Geral ou Provincial e, dentre estas, especialmente sobre as sesmarias expedidas, deixou claro que revalidáveis desde que com princípios de cultura ou moradia. Estes requisitos são itinerários para a formalização da propriedade agrária obliterando maiores alusões às terras indígenas.

Tivemos oportunidade de observar que, pelo Direito Posto, desde as primeiras normas fundiárias do Brasil quer se refiram as dadas de terras a índios ou a não índios, a natureza jurídica do instituto usado foi o da **concessão** e não o reconhecimento através dos mecanismos declaratórios administrativos. Este é um primado jurídico que alicerça especialmente o direito fundiário indígena. A razão se justificava - e é regra até hoje em observação - porque a matriz do direito privado fundiário no Brasil (hoje estendido ao domínio público na medida em que os bens da União são os remanescentes) exsurgiu com uma *causa principis* certa (ato de desmembramento originário), qual seja o desmembramento do patrimônio público, primeiramente do Reino de Portugal, depois do Império do Brasil e hoje da República Federativa do Brasil. Por conseguinte, o artigo que trata da legitimação de posse, objeto do artigo 5º, da comentada Lei, não obstante tenha revestimento jurídico de desmembramento formal, não se submete (enquanto legitimação) a ulterior revalidação. Igualmente as terras ocupadas pelos indígenas como já referido não se sujeitam a legitimação (estas por outros motivos).

Posto nesta fundação, e preestabelecido que os direitos sobre terras indígenas derivavam sempre do sistema jurídico vigente e, dentro deste, dos atos de Estado, e que *independiam até dos requisitos da ocupação originária* já que pelo citado Alvará de 1653, ainda que desconhecendo o lugar de onde provinha o laço físico de origem (aldeamento) ou seja o lugar da ocupação nos Sertões, o governador ou quem suas vezes fizesse, poderia *assinalar lugares convenientes para eles lavrarem e cultivarem* e portanto não necessariamente onde tinha **ocupação primitiva**. O instituto, pois, a eles pertinente sempre foi o da **concessão** da posse (civil) com fato recepcionado pelo direito comum (*ius commune*) – *animus rem sibi habendi*. Ficou assentado pela Lei nº 601, que, conforme o artigo 4º, persistia a exigência do fato da ocupação indígena a ser reconhecida pela via da concessão para

que fossem injetados efeitos civis, já que as áreas abandonadas por eles voltavam a condição de terras públicas<sup>141</sup>.

Observe-se, por fim, que em relação a condição de legitimação do Direito Agrário, que demandava a *posse típica* consubstanciada na *morada habitual e cultura efetiva*, constituindo sempre apanágio imprescindível (anátemas do *jusagrarismo*), em nossa legislação jamais se imaginou estender estes requisitos àquelas áreas ocupadas pelos indígenas até porque as discrepâncias entre o fato jurídico desta e o fato natural das últimas eram manifestas.

A ratificar estas juridicidades observamos que todas as Constituições a partir da República repetem, tão somente, como condição do direito, a *ocupação* pelos indígenas conforme descrito, certificado também o uso do vocábulo *posse*.

## 6. A distinção feita por Moreira Alves

Traça, o maior dos civilistas da atualidade, **Moreira Alves**, uma linha de apertação na inteligência do chamado indigenato conforme imaginou **Mendes Junior** fixando distinções: “Assim, em última análise, sustentou JOÃO MENDES JUNIOR que o **indigenato** era um título congênito (ou seja, com apoio em ARISTÓTELES, surgido a partir do momento do nascimento do índio) tanto da posse quanto do domínio, e isso porque ele alude ao indigenato ora como título de posse (“conquanto o indigenato não seja a única

<sup>141</sup> Ainda hoje vigora a determinação legal de que as terras indígenas abandonadas voltam a condição de terras públicas da União. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio): “Artigo 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à *posse* e ao domínio pleno da União” (g. n.). Por tal dispositivo lê-se que o usufruto outorgado por lei compreende ato de posse indireta da União. Agregue-se, ainda, neste sentido a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que, atualmente, determina: “Artigo 17. A União não reivindicará o domínio de terras originárias de aldeamentos indígenas extintos anteriormente a 24 de fevereiro de 1891, ou confiscadas aos Jesuítas até aquela data, e desistirá de reivindicações que tenham como objeto referido domínio, salvo das áreas: I – afetadas a uso público comum e a uso especial da Administração Federal direta e indireta, inclusive as reservadas; II – cedidas pela União, ou por esta submetidas ao regime enfiteutico; III – identificadas, como de domínio da União, em ato jurídico específico, administrativo ou judicial”.

verdadeira fonte jurídica da posse territorial...”), ora como título de domínio (“relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título **imediato** de domínio: não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado”).

“A finalidade dessa sustentação - e daí a tônica da distinção entre **indigenato** como título congênito de domínio em contraposição à **ocupação** como título adquirido desse mesmo direito - era de excluir as terras dos indígenas das terras devolutas segundo a Lei 601, de 1850, por serem, não simplesmente ocupadas por eles, mas de propriedade particular e legítima deles, e, assim sendo, não terem passado, como terras devolutas, para os Estados-membros depois da proclamação da República, em observância do disposto no artigo 64 da Constituição de 1891.”

“Ora, essa finalidade não mais tem razão de ser, para justificar o domínio dos indígenas sobre as terras que ocupam, porque atualmente não há dúvida alguma de que as terras tradicionalmente por eles ocupadas estão constitucionalmente no domínio da União e não na propriedade deles (como decorria da tese de JOÃO MENDES JUNIOR), que têm assegurados, apenas, mas permanentemente, a posse e o usufruto delas.”

E finaliza:

“Por isso mesmo, a expressão *direitos originários sobre as terras que tradicionalmente OCUPAM*, consagrada no texto constitucional vigente a partir de sua promulgação, passou a significar que os direitos que a Carta Magna reconhece aos índios - e são os definidos nos §§ 1º a 6º do artigo 231 - só se relacionam com a figura do *indigenato* pela circunstância de serem considerados congênitos, e, portanto, direitos cujo título não reconhece nenhum outro anterior a ele”<sup>142</sup>.

<sup>142</sup> José Carlos Moreira Alves, “Parecer”, data 16.05.2005, págs. 13/14.

A tese de **Moreira Alves** encontra-se em paralelismo com as razões de direito material por nós alinhavadas em sentido contrário ao professado pelo genitor do “direito congênito”.

Outrossim, como bem mostrado pelo preclaro civilista, o arrazoado da terra indígena a ser compendiado no rol dos direitos privados dos brasilíndios (pleno) como defendeu **João Mendes Junior**, e como igualmente sustentamos *em parte*, mostra-se um luminoso guia, *de lege ferenda*, para o *Código Indígena*.

## SEGUNDA PARTE

### O perfil sistemático

#### Capítulo IV

#### Natureza jurídica, personalidade e capacidade no Direito Indígena

##### 1. Generalidades

O tema - natureza jurídica do Direito Indígena - não alenta, como pode parecer, um mero academicismo mas convola relevância na ontologia jurídica e nos efeitos que dele emergem para a dinâmica do sistema positivo vigente.

Como já visto quando se tocou na disciplina do Direito Indígena sinalizando-o como disciplina autônoma, a concepção de um Direito Social como *tertius genus*<sup>143</sup> jamais foi recepcionada com simpatia pelas Cátedras de Teoria Geral do Direito. Entretanto, conforme restou advertido, é de se revistar sempre a lição do sábio de Königsberg quando ensina que as *Leis da Liberdade* se estratificam na Metafísica dos Costumes e traduzem, em boa teoria, tudo o que *deve acontecer* conforme a vontade do homem enquanto afetado pela natureza<sup>144</sup>. Assim, no campo da pura

<sup>143</sup> O saudoso mestre Cesarino Junior nas décadas de 1960 até inícios de 1970 quando ensinava a tripartição do direito em público, privado e social, com o denodo com que era conhecido, suscitava severas críticas de seus colegas das Arcadas quanto a este *tertius genus*.

<sup>144</sup> **Immanuel Kant**, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, tradução Leopoldo Holzbach, editora Martin Claret, São Paulo, 2002, págs. 13/14.

*prática*, pois, e não lógica, são relevantes estes princípios dogmáticos e sua teorização conceitual (evolutiva) para o Direito.

Por outro enfoque, a dicotomia entre o público e o privado, além de sua imperiosa importância para a *praxis* jurídica, sempre se aparelhou para fins marcadamente didáticos no consórcio da natureza dos direitos o que, por si só, permite o desdobramento do juízo de uma *justiça distributiva*.

Em prosseguimento a tais preliminares, se quisermos desprezar a trilogia apresentada, marque-se que, na classificação dos direitos indígenas, faz-se perceber, por necessário, uma essência diferenciada na estrutura dos direitos que os compõem; por outras palavras, destaca-se, em uma fórmula atual, de conformidade com o estigma da *ordem* pública<sup>145</sup>. Indubitável que não se subsume esse direito - à perfeição - com o perfil do direito público e, de outra plana, desborda do direito privado na medida em que as normas não se expõem *dispositivas* - de observação facultativa - em sua maioria tendo em vista o contexto e o alcance colimado.

Evidencia sua natureza exposta (especificidade) a mostragem de um figurino jurídico com substrato público, de matiz condicional e subsumido a finalística própria. Condicional na medida em que, sob determinado ângulo, ostenta e pressupõe dependência de certas condições para que se direcione à teleologia positivada quando, nestas hipóteses, requer seja implementado em seus efeitos (assimilação de certos valores da sociedade não índia).

Por outra inserção analítica a questão se alinha numa teleologia social (grade axiológica jurídica) subserviente a determinada política pública. E ainda, em diferente ponderação, agora considerados os sujeitos, indubitavelmente, não são estas pessoas índias *hipossuficientes* nos termos clássicos lançados no Direito Social; apresentam-se distintas, sob várias balizas, inclusive de outras minorias que permeiam o tecido da sociedade; nem tampouco podem ser identificadas, em seus efeitos primários (capacidade civil) - conforme já dito, aos demais brasileiros.

Acresça-se, avançando, que a natureza destes direitos em relação a seus titulares mostra ainda peculiaridades próprias - hábitos e costumes - que os distinguem inclusive *entre si*:

<sup>145</sup> Por ordem pública quer-se manejar idéias concernentes ao entendimento de direitos com ônus sociais explícitos.

brasileiros índios cientes de suas origens, distintos de outras comunidades indígenas; brasileiros índios com poucos laços sociais e familiares com a aldeia; completamente integrados à sociedade civil; brasileiros índios inseridos à comunidade indígena mas contingenciados a viverem fora das aldeias; os que se apresentam sedentários socialmente vinculados ao ambiente da aldeia; os que vivem fora da aldeia e que permanecem com laços apenas na prática de alguns costumes; os que por várias gerações vivem no seio da sociedade não índia e esqueceram suas origens etc.

Consoante esta multifacetada realidade, e quando se agigantam as dificuldades diante da diversidade apontada, é preciso considerar apartadamente os destinatários destes direitos redimensionando-os contudo às malhas de um sistema jurídico abrangente no organismo de polimorfias existências parassociais.

Sem embargo, é possível idealmente, e para fins classificatórios, adotarmos um fator distintivo *constringente* tendo por base os valores culturais, à vista das situações identificáveis triangularmente a saber: indivíduos integrados que abriram mão de suas culturas originais; indígenas em processo de integração com alguns laços com seus costumes; por derradeiro, os que se encontram apartados da civilização independentes do lugar onde estejam.

Em face da primeira linha ordenativa de idéias - brasilíndios que abriram mão de seu antecedente e integraram a cultura não índia - o direito a ser aplicado há que ser o comum em razão de se tratar de indivíduos perfeitamente identificados e amalgamados ao modo de vida brasileiro; *em tese*, imputáveis perante o Direito Penal<sup>146</sup> e inteiramente capazes para responderem por seus atos, albergando os direitos reais de uma forma indistinta, frente aos cânones do Direito Privado. Tais pessoas são responsáveis plenamente quer estejam (transitoriamente) ou não vivendo em aldeias.

De outra parte, em relação as pessoas que estão em

<sup>146</sup> Dispõe o artigo 56 do Estatuto do Índio: “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e a na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”. A respeito deste dispositivo o comentário a ser feito é que está em perquirição não o grau de integração do silvícola mas o grau de discernimento do agente face ao bem jurídico violado.

processo de assimilação dos valores da sociedade civil brasileira (integração intersubjetiva) é requisitado o instituto da *assistência* para que o ato seja aperfeiçoado quer através da FUNAI ou de outro índio já inserido no ritual do dia a dia das relações comuns entre as pessoas ou ainda, como adequada, com a intervenção do Ministério Público.

No que respeita aos índios apartados é preciso que sejam localizados e identificados - porque são brasileiros por impositivo do direito público - propiciando a necessária proteção, classificando-os como, eventualmente, inimputáveis. Todavia, esta última configuração pessoal não torna estas pessoas *indiferentes* à Ordem Jurídica nacional mas susceptíveis, por primeiro, de reconhecimento amplo dos seus direitos subjetivos, em especial à nacionalização e ao impositivo da verificação de suas condições objetivas de vida. Este descaso pode configurar responsabilidade do Estado em face do Direito Constitucional Brasileiro (CF, artigo 3º, III e IV). Semelhante omissão não pode ser excluída da tábula dos deveres do Estado e suas conseqüências. Até porque as condições de ausência do conhecimento cultural destes brasileiros pode encobrir hábitos e costumes incompatíveis com os valores humanos fundamentais sob a égide do Direito Nacional e Internacional. A este respeito, é de se acrescentar que a existência de aldeias distantes de cidades, ignotas, em regiões de difícil acesso, as condições culturais destes silvícolas podem ser singularmente primitivas expondo costumes que *tipificam* ilícitos penais sujeitando-se ao que enseja necessária intervenção dos Poderes Públicos para que sejam interceptadas tais práticas<sup>147</sup>. Disposições neste sentido se encontram na Convenção nº 169 da OIT (aprovada pelo Decreto nº 5.051/2004) assim redigida: “Esses povos (indígena) deverão ter o direito de conservar seus

<sup>147</sup> A mídia noticiou, recentemente, costumes primitivos de tribos do Mato Grosso que enterravam vivos os filhos havidos de mulher adúltera, ou portadores de alguma doença, ou ainda fatídicas práticas de assassinatos de bebês por motivos fúteis, costumes estes incompatíveis com a **condição humana** e em particular com a sociedade e o Estado de Direito do Brasil. Sobre este desencontro de níveis evolutivos populacionais e suas conseqüências é oportuno registrar que em prisões de segurança máxima na Austrália quase cinquenta por cento da população carcerária são de aborígenes.

costumes e instituições próprias *desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos*” (g. n.).

Quanto ao processo de ascensão à **cidadania** plena, não apenas à cidadania pública (esta integrativa da representatividade política), cuja amplitude se insere de acordo com a noção de faculdades e direitos fundamentais sem qualquer restrição ou modo de exercício sobretudo na vida privada, esta passa por etapas gradativas muitas vezes não isonômicas em relação a todos os indivíduos que permeiam este processo. ***Exatamente por isso que a idéia interativa-cultural sempre esteve inserida na natureza dos direitos indígenas.*** É preciso que se dê o devido destaque e se reconheça o desalinhamento das idéias da *não integratividade* que, às vezes, se observa velada em escritos metajurídicos. Tais dissertações, advirta-se, não decorrem necessariamente de um assentamento adverso, polêmico, ínsito na tese extrema proveniente do perigo do eventual desaparecimento dos costumes e hábitos indígenas o que se imaginou evitar<sup>148</sup>. A preservação dos usos e costumes de um grupo de pessoas, ao contrário do que alguns tendem a sugerir, depende *exclusivamente* da vivência preceptiva da própria e também do conhecimento da outra cultura (para preservar a sua) do que, exclusivamente, da permanência dessas pessoas na noite do atavismo cultural.

Por sua vez, o Estatuto do Índio ressalva, com respaldo na realidade destes brasileiros frente à sociedade nacional, a teleologia de alcance da **igualdade dos direitos**. Esta é uma aspiração que tem alimentado, sem exceção, o espírito privado da equidade presente em todos os indivíduos índios quer nas aldeias quer fora, em qualquer lugar, hoje com relativo respaldo num grau de historicidade.

<sup>148</sup> Segundo **Frederico Marés de Souza Filho** (citado por **Roberto Lemos dos Santos Filho**) “ao abandonar uma política de perspectiva assimilacionista, que praticava com os índios, como categoria social transitória, fadada ao desaparecimento, reconhecendo aos índios o direito a diferença, ou seja, de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente” (*apud Roberto Lemos dos Santos Filho*, “Apontamentos sobre o Direito Indigenista”, *op. cit.*, pág. 46).

A aspiração da igualdade tem um significado e identidade de oportunidade de acesso como direito fundamental aos bens da cultura que a nenhum brasileiro pode ser negado.

Consoante isso, *a latere* do modo de ser primitivo do indígena, os contornos estruturais do *Código* podem ser examinados com as evoluções e desdobramentos advindos no contato cultural de onde não se excluem as contribuições de quaisquer outros componentes sociais.

A cultura é o entranhamento de tudo que é relativo ao humano e donde nada é excluído, sujeito a um processo incessante de devir cujas mudanças são sempre representativas da alma de um povo.

## 2. O processo de transversalidade étnica

A respeito do que se tratou - interação sociocultural - alguns aspectos ainda pendem de reflexão.

Posto que compõe o estudo da identidade indígena um organograma complexo de contribuições - onde encontra ínsito o Direito Indígena - é imperativo perscrutar se há revérberos mutativos *prejudiciais* (dimensão das conseqüências) nas etnias, aquelas eventuais ingerências (mútuas) entre as comunidades indígenas e não indígenas.

No quadro das interações, é útil, a título de comparação de direitos, retomar o que ficou disposto para os povos imigrantes de acordo com a regência trazida pela Constituição de 1934, visando a não concentração de etnias em qualquer ponto do território nacional determinado pela Lei Maior que: “a entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica” (artigo 121, § 6º). Conquanto seja multiétnica a sociedade nacional tem um cultura com traços próprios, peculiares, perfeitamente identificável.

Assim, particularmente quanto à miscigenação dos brasilíndios, o professor **Darcy Ribeiro**, em sua clássica monografia “Os Índios e a Civilização”, apresenta algumas previsões sobre as populações indígenas brasileiras: “Preve-se uma redução progressiva da população indígena, à medida que os diversos grupos passem da condição de isolamento a de integração. Esta redução *não condenará a parcela indígena da população ao*

*desaparecimento* como contingente humano, porque os grupos indígenas, ao alcançarem a integração, tendem a experimentar certo grau de incremento demográfico. Este incremento, que, presentemente permite a alguns grupos refazer parte do seu montante original, poderá levar muitos outros grupos a aumentar sua população, desde que lhes sejam asseguradas condições de vida adequadas”<sup>149</sup> (g. n.).

A máxima do consagrado sociólogo e indigenista dá ênfase à interação natural pela proporção demográfica na medida em que as condições fundamentais dos indígenas como *pessoas* haverá de ser preservadas à luz das condições adequadas de vida.

A melhoria das vivências nas comunidades indígenas através do desenvolvimento de suas condições pessoais em muitos pontos beneficia também as relações com os não-índios, fortalecendo suas individualidades distintas e o estro de suas naturezas como populações levando à ampliação dos horizontes da vida sociointerativa.

Percebe-se pelo pragmatismo do modo de vida das aldeias em condições de melhorias mostradas nesta transversalidade que a interação muito tem beneficiado os indivíduos índios como parceiros nas diversificadas tarefas quer nas áreas indígenas quer nas áreas particulares dos não índios (fazendas, empresas agrárias extrativas, pousadas turísticas e ecológicas etc.). Os apologistas da hermética separação vivencial das comunidades dos brasileiros índios e dos não índios, a parte suas boas intenções, sempre operaram, inexoravelmente, em prejuízo do indígena e de seu corpo social.

Em arrimo disso, como se tem afirmado, a realidade de uma sociedade multiétnica, de acordo com o que é formalmente reconhecido no Decreto nº 4.886, de 20.11.2003, que estatuiu a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - onde consta entre seus objetivos específicos a “afirmação do caráter pluriétnico da sociedade brasileira” -, marca-se pelo fundamental papel “*ocupado pela cultura indígena e afro-brasileira, como elementos integrantes da nacionalidade e do processo civilizatório nacional*”.

<sup>149</sup> **Darcy Ribeiro**, “Os Índios e a Civilização”, editora Cia. das Letras, 3ª reimpressão, São Paulo, 2004, pág. 501.

### 3. A personalidade e a capacidade civil

Toda pessoa tem, inerente à personalidade, como *próprio*, um lastro potencial de direitos no âmbito privado (reservado o contexto do direito público), em especial os civis, na perspectiva da ordem jurídica. Decorre, *ipso iure*, da personalidade (qualidade pessoal) a condição (capacidade) de ser sujeita de direito.

Tal situação jurídica representa uma evolução dos institutos privados, pois, diferentemente do que acontecia no Direito Romano, a pessoa não tinha a capacidade só pelo fato da personalidade mas dependia de requisitos do *ius proprium civium romanorum*. Perante este, a capacidade sistematizava-se em função das condições pessoais preestabelecidas pelo *ius civile*. Segundo, pois, aquele sistema, a pessoa é sujeita de direito quando concorre nela os pressupostos sociais e familiares quais sejam: ser livres (*status libertatis*), cidadão romano (*status civitatis*) e não sujeita ao pátrio poder (*status familiae*). A capacidade de direito, portanto, significava aquela aptidão de ter (compreender) o direito - algumas pessoas não eram capazes porque nelas estavam ausentes uma ou mais condições objetivas do direito: condição de escravas (*servus privatus*), não romanas (*peregrini*) ou filhos de varão vivo (*alieni iuris*). Consoante este sistema, conseqüentemente, poderia, conquanto pessoa, não ter direito algum (genericamente considerada sob a expressão *alieni iuris*).

Quando desapareceram, já no entardecer do Direito Romano clássico, estas condições ligadas aos *status* sociais e familiares (*libertatis, civitatis, familiae*), prenunciando o alvorecer da idade média, não mais justificava falar-se em **capacidade de direito**. Toda pessoa passa a entranhar a capacidade. A aptidão, naturalmente, atrelou-se à personalidade.

Pelo atual sistema de Direito Privado entre nós a capacidade civil, de acordo com a mais recepcionada doutrina, se desdobra em duas vertentes: a capacidade de direito (capacidade de gozo) e capacidade de exercício (capacidade de atuar diretamente na órbita do direito)<sup>150</sup> lembrando aquelas observações resgatadas

<sup>150</sup> Dentre extensa bibliografia lembram-se os manuais de Direito Civil brasileiro mais consultados: **Serpa Lopes**, “Curso de Direito Civil”, volume I, 2ª edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro/São Paulo, 1957; **Washington de Barros Monteiro**,

dos antecedentes Romanos. Esta dicotomia continua a homenagear o ultrapassado sistema no qual, como vimos, a capacidade não era decorrência lógica da personalidade. Hoje a capacidade de *direito* identifica-se com capacidade de exercício porque não há condições restritivas à pessoa; esta atrai para si a capacidade **una**, em seus núcleos amplos.

Por corolário, a capacidade, indelevelmente atrelada a *personalidade*, resulta de uma só fonte. As distinções, reprise-se, entre a capacidade de *gozo* e a de *exercício* constituem predicativos anímicos do sujeito e soem em atomizar, indistintas, no núcleo da capacidade; só por esse fundamento não se justifica aquela separação (por força lógico-jurídica). Por imperativo da comunicação semântica o *gozo* e a *prática* não são faces distintas ou antíteses, mas categorias da *mesma natureza jurídica*. É incompreensível existir uma capacidade de direito (de gozo) que *não corresponda a de exercício*. O que se distingue, e isto se impõe como apotegma científico, é tão somente a dimensão dinâmica desta capacidade, ou seja, o **modo** de ser exteriorizada. Não é por outra razão que o artigo 1º, do Código Civil, abre o Livro das Pessoas Naturais afirmando o truísmo: “*toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”. Inexiste capacidade que exclua o exercício ou, por outras palavras, sem exercício.

Consoante estas idéias preambulares podemos entender a capacidade como sendo a **aptidão** da pessoa tornar válidos e efetivos seus direitos, ou seja, *exteriorizar* o direito subjetivo (atos jurídicos decorrentes de sua personalidade na esfera civil) incorporado ao seu patrimônio humano. Esta aptidão é sujeita a meios formais de expressão. Depende, com efeito, dos *modos* que traduzem as condições impostas pela lei para sua validade. Há, nestas regras condicionantes, requisitos de ordem pública, cujo exercício atuativo se exterioriza (validamente) por três vias: um modo pleno (pela própria pessoa); pela via da representação; e pela assistência (arts. 3º e 4º do Código Civil Brasileiro). A expressa referência à incapacidade absoluta da pessoa, conforme se depara,

---

“Curso de Direito Civil”, volume I, 5ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 1963; **Silvio Rodrigues**, “Direito Civil”, volume 1, 11ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 1981; **Orlando Gomes**, “Introdução ao Direito Civil”, 5ª edição, editora Forense, Rio, 1977; **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, “Código Civil Anotado”, 2ª edição, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

traduz uma dicção imperfeita tecnicamente; o que se nega ou restringe não é a **capacidade** (seja de direito, seja de gozo) mas (limitados) os *modos da Lei*; toda pessoa, repita-se, porta a **condição da personalidade** para atuar pelas vias ou modos assinalados. O chamado *incapaz* goza seu direito através de um representante, o *relativamente incapaz* através da assistência, sem nenhuma negativa ou restrição da capacidade *em si*; significa que inexistente *incapacidade* pessoal, nem formal nem material (arts. 3º e 4º do CCB). Tal distinção feita pela doutrina tem sido repetida sem razão científica. As pessoas são capazes dependendo, tão somente, da observação dos *modos formais* previstos em lei para a exteriorização do ato na vida civil.

Esta regra geral se estende a todos os brasileiros, sendo apenas oportuno adiantar que o Estatuto do Índio, a Lei nº 6.001, de 19.12.1973, em seu artigo 5º, parágrafo único, condiciona o exercício dos direitos civis e políticos da pessoa indígena à verificação das condições *especiais* estabelecidas na referida Lei. Quanto a estas, quando se trata de pessoa que não tem a aptidão de pleno discernimento para expressar sua vontade segundo o direito usual comum (Código Civil, artigo 3º, II: “os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido), aqui especialmente o índio é assistido; assim, no que diz respeito à capacidade indígena à prática de certos atos exigem-se **modos** específicos. Pela *praxis* que envolve as condições pessoais não é difícil constatar os entraves que emperram estas situações levando em consideração as formalidades que lhe são próprias.

A respeito destes assentamentos e suas diferentes realidades faz-se necessário dedicar um item à pessoa do índio frente a comunidade indígena e a não índia, bem como em face do sistema nacional voltado para um *Código* indígena.

O progresso até agora experimentado, é útil adiantar, não foi significativo perante o Direito Indígena, mas, seguramente está a exigir maiores estudos.

#### 4. A capacidade civil perante a Lei nº 6.001/73

O Código Civil de 1916, pela sua longa vigência, tendo recepcionado algumas regras pela via absorptiva da vetusta

Consolidação das Leis Civis, em seu artigo 6º, inciso III, incorporou a importante mudança que representou a contemplação do índio com a *incapacidade relativa* (não mais a incapacidade) para a prática de certos atos ou a maneira de os exercer. E mais, acrescentou no item IV, parágrafo único, o seguinte: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, *o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País*”. Presume-se, assim, a capacidade plena (de exercício para a prática de todos os atos); diante de determinadas condições pessoais é possível estar diante de uma incapacidade relativa (limitada a algum modo de exercê-la).

Esta situação de incerteza quanto à certificação do estado integrativo do indígena sempre consequenciou, no tempo, um quadro de insegurança jurídica. O desempenho da tarefa de estabilizar a situação de certibilidade na capacidade do índio foi atribuído primeiramente ao Serviço de Proteção do Índio, criado em 20 junho de 1910, e é razoável conjecturar que a missão estava aquém do que modestamente era de se esperar. Adiante-se que esta incumbência, tudo levava a crer, pressupunha condições técnicas e administrativas não aparelhadas ao SPI pelo Governo Federal para a consecução dos objetivos meios e, sobretudo, para a ascensão finalística dos índios aos valores sociojurídicos nacionais.

O Código Civil atual omitiu-se quanto àquela disposição do art. 6º, inciso III, do Diploma anterior (1916), nada dispondo sobre a capacidade dos silvícolas (índios). A matéria foi remetida para as Leis especiais conforme materialmente se observa no artigo 4º, parágrafo único: “A capacidade dos índios será regulada por legislação especial” (Lei nº 6.001, de 19.12.1973; Decreto nº 88.118, de 23.02.1983; Decreto nº 1.141, de 19.05.1994, Decreto nº 1.775 de 08.01.1996; Decreto nº 3.156, de 27.08.1999).

Todos estes dispositivos, e em especial os constante na Lei nº 6.001, de 19.12.1973, estão em conexão com a novel capacidade postulatória inaugurada pelo artigo 232 da Constituição Federal<sup>151</sup>.

Posto isso, e avançando na análise, dispõe o artigo 5º, parágrafo único da Lei nº 6.001/73: “O exercício dos direitos civis e

<sup>151</sup> Constituição Federal, 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”.

políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente”. O artigo seguinte (6º) estabelece que: “Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessões, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do *direito comum*” (g. n.). E por fim o parágrafo único deste artigo: “Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei”. Segue-se, no capítulo II da Lei, ainda dispondo sobre Direitos Civis, o tratamento da tutela e assistência ao índio. Estes dispositivos do Direito Indígena sempre reclamaram um reexame em sua cártula de valores.

Quanto ao primeiro assentamento no sentido de que o sistema jurídico nacional conviverá com os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas, *respeitando* as suas relações familiares, sucessões e propriedades, é preciso alertar que, o *ter em conta estas peculiaridades étnicas* (usos, costumes e tradições) não significa por um lado uma subserviência a valores antigos (passado remoto) mas suas contemporaneizações; por outro o respeito não pode ser a tradução de um acrisolamento perene e imutável dos traços viventes - modos de ser. Isto porque os arquétipos axiológicos não são valores absolutos e hígidos nem mesmo perante a própria comunidade. Estão eles, dentro e fora das aldeias, sujeitos a interações inevitáveis entre as várias nações que hoje se interagem e se comunicam regularmente em relações de diferentes naturezas: de aprendizados, escambo, mesmo comerciais, práticas desportivas, sem contar com os intermitentes contatos com sociedades não índias periféricas que são focos infinitos de experiências. Não há independência cultural plena dentro de um universo (uma ordem social e jurídica) sistêmico pan-abrangente. **Luiz Fernando Villares**, em lúcida ponderação sobre a realidade civil (identificação da pessoa) dos indígenas, aduz que a identidade “civil da população brasileira é, de modo geral, realizada através do registro civil de nascimento, emitido pelos cartórios de registro civil, do registro geral de identificação, de competência dos institutos de registro, ambos vinculados aos Estados da Federação, e, também, do cadastro de pessoas físicas, da Secretaria

da Receita Federal, órgão do Ministério da Fazenda. Cada uma dessas identificações tem uma finalidade específica, sendo o registro civil de nascimento o mais relevante, pois é ato inicial que atesta o nascimento de um indivíduo e sua incorporação ao povo brasileiro”. E finaliza: “Cada identificação é necessária para o acesso a direitos e benefícios oferecidos pelo Estado, bem como todas são essenciais para o relacionamento entre particulares, garantindo a individualização e o reconhecimento das pessoas. Qualquer ato da vida pública e civil requer a individualização da pessoa através do nome, dos sinais de sua personalidade, das impressões digitais, símbolos adotados por nossa sociedade. Além dos citados, quase todos os registros públicos são regulamentados pela Lei nº 6.015, de 31.12.1973. Esta Lei (Estatuto do Índio) confirma a obrigatoriedade do registro civil, no art. 12, afirmando expressamente, ainda, que mesmo os índios não integrados devem ser registrados”<sup>152</sup>. Esta condição fundamental que decorre da qualidade humana plasmada na *personalidade* não exclui ninguém, bem como deixa sacramentado que todo indivíduo compõe uma *identidade*, elo indissolúvel da dignidade, do qual decorrem todos os outros direitos, em sua fonte planimetricamente iguais.

Nos casos dos negócios da vida civil, a expressão “salvo se optarem pela aplicação do direito comum”, ou seja, o direito civil, bem demonstra o texto que hoje deixou de ser o direito comum uma mera opção para ser uma prática generalizada pelo menos para a maioria dos povos indígenas brasileiros.

Por derradeiro a presença da norma de ordem pública mostra-se presente no artigo 6º, parágrafo único da Lei nº 6.001/73, protegendo o índio de eventuais especificidades da lei e sobretudo que possam prejudicar aquele que não tem pleno discernimento dela. Hoje, à vista dos intercâmbios em função do trabalho, a pessoa do índio pouco distingue dos demais trabalhadores rurais.

O instituto civil da assistência para a prática de ato jurídico sempre ligado ao arrimo da proteção por formação incompleta da capacidade de lucidez compreensiva da pessoa *em geral* vale tanto para o índio como para o não índio, ou seja, para a generalidade dos brasileiros.

<sup>152</sup> **Luiz Fernando Villares**, “Direito e Povos Indígenas”, *op. cit.*, págs. 64/65.

No particular não destoam a determinação do princípio geral que orienta todas as pessoas face ao modo de exercer a capacidade civil.

## 5. A capacidade política

A respeito da capacidade política a Constituição Federal, em seu art. 14, § 1º, cristaliza que o *alistamento* e o *voto* são **obrigatórios** para os brasileiros maiores de dezoito anos não excluindo a pessoa do índio.

Tal dispositivo é de fundamental importância na medida em que assegura a igualdade formal entre os brasileiros ao exercício do *ius suffragii* sobejando a dispensa da obrigatoriedade tão somente àqueles que sofrem limitação por fatores de idade, condição de saúde, e aqueles cuja expressão de vontade pode estar comprometida na sua exteriorização. Estende-se ainda àqueles com dificuldades de expressá-la, alcançando, por óbvio, esta faculdade aos brasileiros índios e não índios que se encontrem nas mesmas condições (analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos).

Alguns doutrinadores têm afirmado que o legislador constituinte deveria ter excepcionado o índio da regra geral da obrigação porque isto seria impor dever comportamental a brasileiro com cultura e organização social diferente, “violando frontalmente seus direitos e garantias fundamentais”<sup>153</sup>. Tais afirmações, a meu juízo, não são procedentes porquanto, no plano das liberdades públicas, a condição de nacionalidade não se sujeita ou se vê prejudicada pelo fato de hábitos e culturas de determinados grupos sociais.

O *ius suffragii* mais do que um direito inerente à cidadania se encontra no bloco dos deveres de todo cidadão brasileiro segundo a adoção brasileira do princípio da obrigatoriedade do voto, não podendo excluir grupos sociais. Neste particular enfoque não se pode imaginar que alguns cidadãos possam optar por aquinhoar somente os direitos oriundos da nacionalidade referida (a unicidade dos direitos), rejeitando as obrigações.

Este direito essencial compreendido dentro do patrimônio indígena constituiu conquista consolidada.

<sup>153</sup> Luiz Fernando Villares, *op. cit.*, pág. 68.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, por sua vez dispõe em seu artigo 23 sobre Deveres dos Estados assentado que: “1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar na condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores”.

Tais deveres dos Estados têm contraponto nos direitos políticos de todos os cidadãos alinhando-se com os deveres de todos exercerem o *ius suffragii*.

## 6. A capacidade militar do indígena

O brasilíndio não está isento da prestação do serviço militar obrigatório. A Constituição Federal em seu artigo 143, § 2º, apenas isenta a mulher e os eclesiásticos deste serviço em tempo de paz.

Em doutrina discute-se também se haveria incompatibilidade entre o princípio constitucional de agirem conforme seus usos e costumes (Constituição Federal, art. 231) e a obrigatoriedade do serviço militar determinada pelo art. 143 da mesma Carta.

Esta postura do constituinte alinha-se com os antecedentes de nosso direito público conforme se destacou desde a Carta Régia de 17 de outubro de 1653 (dever indígena de pelear contra os inimigos da Coroa). Certo é que como brasileiros, no universo dos direitos cidadanísticos, nada justificaria que os deveres para com a pátria ficassem sujeitos à vontade de alguns brasileiros de servirem ou não o Brasil.

No seguimento constitucional é relevante lembrar que na Constituição de 1934 se encontrava explícito no artigo 163 que o aproveitamento se fazia conforme a aptidão pessoal de cada brasileiro: “Artigo 163 - Todos os brasileiros são obrigados, na forma que a lei estabelecer, ao Serviço Militar e a outros encargos, necessários à defesa da Pátria, e, em caso de mobilização, serão aproveitados conforme as suas aptidões, quer nas forças armadas, quer nas organizações do interior. As mulheres ficam excetuadas do serviço militar”.

Noutra dimensão constitucional observa-se que, segundo assenta o artigo 5º, VIII, da Constituição vigente, ninguém será privado de direitos por motivo político salvo se o invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta.

A partir desta erigção seguiu-se continuidade no plano do Direito Maior complementados pelas leis infraconstitucionais que acompanharam nesta trilha.

## Capítulo V

### O sistema dos direitos e deveres indígenas

#### 1. A correlação entre direito e dever

A idéia de simetria entre direito e dever é antiga na ciência jurídica. Remete ao Direito Romano onde se mostrava exposta e correlacionada na sentença *ius et obligatio sunt correlata* vertendo dogmáticamente que o dever é a outra face do direito.

Assim, tal qual acontece em todos os direitos subjetivos, nos direitos indígenas aquela máxima permeia toda a cártula destes direitos sendo possível enxergar em cada um o imperativo dos respectivos deveres.

Esta correlação sob exame mostra-se mais relevante e contundente quando se posiciona em contraponto dialético com os direitos ambientais, direitos ecológicos, direitos sustentáveis, onde o jusindianismo desafia antíteses complexas.

O Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15.09.1965), a Lei das florestas públicas (Lei nº 11.284, de 02.02.2006), bem como as Leis nºs 7.754, de 14.04.1989 e 5.197, de 03.01.1967, dentre outras, que tratam, respectivamente, de proteção à floresta e de proteção à fauna brasileira, trazem em seus valores pontuais culminantes a preservação das matas nativas e artificiais, bem como a intocabilidade da fauna para outros fins que não estudos e cuidados.

O artigo 18, § 1º, da Lei nº 6.001/73, dispondo sobre Terras dos Índios, estabelece que é vedado, nessas áreas, “a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa”.

A este respeito é necessário interpretar que a atividade

vedada a qualquer pessoa estranha à comunidade ou aos grupos tribais não traduz que os índios possam praticá-las.

O Código Florestal, sobre as condições jurídicas para a exploração dos recursos florestais das terras indígenas, estabelece no artigo 3º: “§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social”. E segue: “§ 2º As florestas que integram o patrimônio indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta lei”. O mesmo dispositivo encontramos no artigo 46 do Estatuto do Índio.

O exercício do direito usufrutuário compreende a posse, uso, administração e percepção dos frutos, de acordo com o que rege o artigo 718 do Código Civil mas esclarece **Juliana Santilli**: “Podem plantar, criar gado, caçar, pescar, navegar, extrair castanhas e outros alimentos, coletar frutos, fazer roças e aldeias, bem como extrair madeiras e garimpar. Quando tais atividades se destinarem a fins comerciais, entretanto, estarão sujeitos às normas legais específicas, inclusive de natureza ambiental”<sup>154</sup>.

Estes direitos usufrutuários são as antecâmaras que, suntuosas, expõem atividades que dão forma ao passado (caçar, pescar, extrair castanhas e outros alimentos), substanciam o que incompatibilizam com valores planetários (extrair madeiras, coivaras) e limitações ao potencial humano pondo à mostra um autêntico exemplo do aprisionamento do que se pode consumir contra o melhoramento humanístico destes brasilíndios.

Seriam estes “direitos” compatíveis com a dignidade dos brasilíndios?

## 2. O assistencialismo estatal

O substrato assistencialista - de matiz transitório - tem lastro, por uma vertente, na condição qualitativa cultural e, por outra, na diferença socioeconômica destes brasileiros em ordinária

<sup>154</sup> **Juliana Santilli**, “O Usufruto Exclusivo das Riquezas Naturais Existentes nas Terras Indígenas”, in “Direito Agrário Brasileiro”, Coordenador Raymundo Laranjeira, editora LTr, São Paulo, 2000, pág. 660.

comparação com os demais grupos de indivíduos ou com segmentos de classes sociais similares.

O pauperismo da condição de vida nas aldeias alia-se a um histórico de identificação das agruras grupais; sobretudo, torna-se aguda a penúria pela *ausência* absoluta de inserção produtiva e renda, consorciada à dependência econômica das reservas demarcadas em relação a estrutura civil, comercial, e administrativa. A sociedade indígena - reclusa em suas relações - representa conglomerados de famílias em parceria com setores nacionais comunistas aos grupos de **pobreza** (a pobreza é a pior forma de violência)<sup>155</sup>. A gestão dos recursos públicos direcionados às aldeias pelos órgãos oficiais do governo federal, estadual e municipal, é feita com práticas simbólicas, não sistemáticas, improvisadas e pontuais<sup>156</sup> percutindo no vazio das responsabilidades para com esta atribuição administrativa. Linhas turvas entre o público e o privado, o individual e o familiar, o necessário e o acessório, a pessoa do índio e do branco, se estendem por estas descompromissadas administrações sem efetividade quanto à melhoria das comunidades. Programas como o Bolsa Família, instituído pela Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que unificou os demais benefícios: o Programa Nacional de Renda Mínima; o Bolsa Escola instituído pela Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001; o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, criado pela Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003; o Bolsa Alimentação, instituído pelo Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001; o Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002, entre outros, apenas prodigalizam a perversa dependência social e econômica destes brasileiros sem alavancarem melhorias de suas condições vivenciais comunitárias; relegadas à omissão, passando pelo ventríloquo da indiferença, pouco se vê em termos de melhoria destes grupos de brasileiros.

Quanto à assistência médica destinada ao índio, o Ministério da Saúde, debatendo com as deficiências materiais, tem

<sup>155</sup> Conforme célebre anátema de Mahatma Gandhi, e onde se detecta que sua via mais expressa é a ignorância.

<sup>156</sup> À luz dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e eficiência (artigo 37 da Constituição Federal brasileira).

prestado os serviços básicos de atendimentos alimentado pela rede pública do Serviço Público de Saúde. Aqui se consorciam o SUS, criado pela Lei nº 8.080, de 19.09.1990, em parceria com outros agentes conforme previsão administrativa consubstanciada no Decreto nº 3.156, de 27.08.1999, que estendeu a saúde aos povos indígenas no âmbito do SUS; e nas Portarias do Ministério da Saúde nº 254, de 31.01.2002; Portaria nº 70, de 20.01.2004; Portaria nº 2.656, de 17.10.2007; Portaria nº 2.405, de 27.12.2002; Portaria nº 1.088, de 04.07.2005; Portaria nº 852, de 30.09.1999; Portaria nº 1.810, de 03.08.2006; Resolução nº 293, de 08.07.1999; Hospital Amigo do Índio, criado pela Portaria nº 645, de 27.03.2006.

Neste diagrama é de se fazer um contraponto entre as condições de pobreza da população índia brasileira com a dos países vizinhos, em especial de Paraguai e Bolívia, suscitando vivências que chegam a ter reflexo na nossa realidade social e jurídica. É de se registrar que os serviços médicos assistenciais prestados nas regiões das fronteiras sul do País têm revelado situações insólitas onde índias paraguaias, especialmente, atravessam a fronteira do Brasil<sup>157</sup> apenas para fazerem consultas médicas, ou pré-natal e depois o parto - tornando-se estas crianças cidadãos brasileiros - com todas as implicações que deste fato decorrem, retornando imediatamente ao país de origem. Ulteriormente, estas pessoas, em tempos aprazados, sempre voltam para receberem os direitos assistencialistas e previdenciários assistencialistas decorrentes de suas nacionalidades<sup>158</sup>.

No que se refere a superestrutura de influência moral e espiritual nas aldeias a realidade revela que são particularmente compartilhadas por ordens e congregações católicas que desenvolvem

<sup>157</sup> Na cidade de Porto Murtinho no Mato Grosso do Sul, há muito é reiterativa a conduta de índios paraguaios que se beneficiam da assistência médica brasileira inclusive de benefícios previdenciários, retornando ao país de origem. Esta questão foi trazida ao TFR3 por ocasião do Mutirão da Cidadania no primeiro semestre de 2009 onde se constatou a presença de muitos indígenas paraguaios pleiteando benefícios brasileiros mostrando a dificuldade jurídica deste quadro.

<sup>158</sup> Em decisão recente o TFR3 liberou o pagamento de salário-maternidade para uma indígena que teve uma filha reconhecendo a ela a capacidade processual de pedir na Justiça que o INSS lhe pagasse o referido salário-maternidade.

um trabalho de assistência evangélica com viés político-social<sup>159</sup> e outras Igrejas cristãs, hoje em maior número, fazem por dividir várias orientações religiosas distintas. Ainda desconhece-se, estatisticamente, os efeitos destas práticas místicas na personalidade do brasilíndio e no modo de vida das aldeias. Por outro lado, é certo, pelo menos nas aldeias do Mato Grosso do Sul, que tem acontecido quase por completo o abandono das crenças primitivas.

### 3. Os deveres para com o Estado

No rol geral dos deveres que também não devem estar ausentes do *Código* Indígena faz-se necessário que se incorpore a idéia de que os cidadãos índios, como brasileiros, não se excluem dos deveres gerais de todos a começar com a meta constitucional de edificação de uma nação segundo objetivos políticos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; contribuir para o desenvolvimento nacional; buscar a erradicação da pobreza e marginalização em suas comunidades reduzindo as desigualdades existentes (artigo 3º da Constituição Federal).

Os deveres indígenas começam na aldeia no espaço de sua vivência a prosseguir na vida pública que as instituições políticas tanto mostram ausentes.

Segundo **Canotilho**, a via do princípio democrático implícito

<sup>159</sup> Sob o aspecto político-religioso, **Alcir Gursen De Miranda** afirma que na Amazônia a presença de religiosos católicos é ligada a organismos internacionais e a questões ambientais, *verbis*: “Amazônia Total é a denominação encontrada por doze organismos internacionais, ligados à questão ambiental e das populações minoritárias do mundo, coordenados pelo Conselho Mundial das Igrejas Cristãs, reunidos em Genebra (Suíça), em julho de 1981, com diretrizes específicas para o Brasil, Venezuela, Colômbia e Peru, e os demais países da América Latina, para definir a Amazônia como patrimônio da humanidade, considerando que a posse da área pelos países panamazônicos é ‘meramente circunstancial’, de acordo com ‘decisão filosófica’ dos diversos Conselhos de Defesa dos Índios e do Meio Ambiente. Acrescente-se as áreas indígenas reclamadas em terras, coincidentemente, ricas em minérios, situadas na faixa de fronteira. O movimento seria a criação de áreas indígenas binacional com a eventual criação de um estado indígena independente. Tudo isso, conforme alertam os estudiosos, foi idealizado pelo Movimento de Jovens Católicos da Áustria e pela ação dos Conselhos Indigenistas, órgãos religiosos, do lado de ONG’s.” (“Historiando a terra de Macunaíma - A Questão Indígena”, *op. cit.*, págs. 152/153).

numa sociedade livre inclui a participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país<sup>160</sup> para assegurar a construção dos objetivos fundamentais do País. Assim, o dever comum de construir uma sociedade justa e solidária, garantir o desenvolvimento regional e nacional onde vivemos, reduzir com a colaboração de todos as desigualdades sociais existentes. Significa afirmar que os objetivos do Brasil são de todos nós, edificados sob os deveres de todos os brasileiros.

Estes ideais democráticos alimentam a cada passada do tempo mais deveres na exata medida da expansão dos direitos.

Esta é a estrela guia que se acende sobre nós que vivemos sob a égide da brasilidade.

#### 4. As condições pessoais institucionais do indígena

É útil e necessário, em atenção a este tema, arrimar-se nos antecedentes, para se retomar o ponto da digressão onde se ponderava a respeito dos reflexos estendidos à sociedade brasileira oitocentista por decorrência direta da presença da família real no Brasil quando então os fatos da nossa Terra começaram a ser presenciados pela Corte e não mais apenas nas elucubrações e ideários do Conselho Ultramarino.

Nesta conjuntura histórico-política sobreveio oportuna determinação normativa de regulação do espaço indígena, em um contexto colonial esgarçado de omissões, através da relevante Carta Régia de 02 de dezembro de 1808, pouco tempo após a chegada do Príncipe Regente D. João à Colônia. Esta Carta dispôs como meta em relação aos indígenas: “Promover a civilização dos índios que têm mostrado querer viver pacificamente aldeados debaixo da proteção de minhas leis”; “favorecer o estabelecimento de alguns sujeitos que têm concorrido para erigir fábricas de mineração e trabalhos de agricultura nesses terrenos novamente restaurados (antes sob o mando dos índios Botocudos) o que muito desejo promover;” e conclui “determinar-vos para que assim façais imediatamente executar”<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> **J. J. Gomes Canotilho** - “Direito Constitucional”, editora Almedina, Coimbra, Portugal, 1993, pág. 195.

<sup>161</sup> Conforme “Legislação Indigenista do Século XIX”, org. **Manuela Carneiro da Cunha**, editora EDUSP, São Paulo, 1992, pág. 66.

A contaminação crescente nos Estados monárquicos pelos albores das *monarquias constitucionais* europeias já havia espargido revérberos no território brasileiro. A progressão administrativa vivida por D. João no Brasil foi ventilada por marchas e contramarchas no sentido do ideário constitucional num substrato absolutista que esmaecia silenciosamente.

Em outro eito, no tocante às regras fundiárias indigenistas em exame trazidas pelas disposições da referida Carta Régia e em especial visando promover a civilização dos índios que têm mostrado querer pacificamente viver sob a proteção da Lei segundo os mandamentos do direito civil aplicável, consigna-se que, no período pré-constitucional (1824) e nos rumores da independência, soblevam recuados princípios maiores (programáticos) onde é possível, por esse prisma, acompanhar alguma novidade, ressonâncias de evolução acontecida.

Com a independência em 1822 e sobrevivendo a primeira Constituição brasileira (1824), esta retratou, em grande parte, a luz da doutrina constitucional em voga e prestigiada nas grandes nações do velho mundo dos séculos XVIII e XIX<sup>162</sup> e em quase nada se serviu do Direito Nacional Português até porque pouco ou nada haveria de haurir. De referência apenas é de se mencionar o artigo 6º, que, ao dispor sobre a cidadania, estabeleceu que são cidadãos brasileiros os nascidos no País (inciso I), não fazendo distinção entre os nascidos livres e os libertos, excluídos evidentemente os escravos. Dessa fonte, e *ipso facto*, os indígenas posto que nascidos no Brasil são, por recepção originária, desde aqueles remotos tempos, brasileiros por *ius soli*.

Por postura reclusa, lembre-se que perante as Ordenações

<sup>162</sup> Esta cosmovisão (razão, natureza, progresso), escreve **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, é fonte do liberalismo político e econômico que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX. Neste último plano, o liberalismo afirma a virtude da livre concorrência, da não-intervenção do Estado, enfim o *laissez-faire*, que enseja a expansão capitalista (“Curso de Direito Constitucional”, editora Saraiva, São Paulo, 1983, págs. 6/7). Certo é que Portugal ainda não havia se desgarrado inteiramente do período de influência iluminista que, segundo **Nuno J. Espinosa Gomes da Silva**, “se estende desde os meados do século XVIII até ao momento da revolução de 1820” (“História do Direito Português”, *op. cit.*, pág. 38).

do Reino, como já se frisou, o indígena ficou à margem das disposições no formulário do sistema jurídico português (Ordenação Manuelina - 1521 a 1603 e Filipina - 1603 a 1830, especialmente), apenas sendo extensivas a eles, por reflexão, algumas regras daquele sistema ordenativo (Tutoria).

Segundo o enfoque dado, sob a vigência da Constituição de 1824, os índios, de conformidade com o Decreto de 3 de junho de 1833, restaram formalmente *equiparados* aos **menores** e, nesta condição, remetidos à subsunção regencial inserta no Livro IV, Título 102, das Ordenações, aplicáveis a todos. De acordo com o dispositivo citado os índios seriam necessariamente entregues aos **Tutores** com todos os seus bens móveis e de raiz<sup>163</sup>. No item nº 9, do referido Título, encontra-se estatuído que: “E os Tutores, que não sendo parentes, forem constrangidos, não serão obrigados ter as ditas Tutorias contra suas vontades”, vedando, pois, a Tutoria obrigatória.

A respeito da tutela, é preciso que fique assinalado desde logo, que este instituto, a despeito de sua proevectude, pouco evoluiu no devir evolucionista do Direito e sua estrutura conservou-se quase sem alteração desde o vetustíssimo *Corpus Iuris Civilis*. Gize-se que a tutela acontece de ordinário no interregno de dois anos contínuos, contados do dia em que começam os atos de regência e administração. “E acabados os dois anos, o Tutor requererá logo ao Juiz dos Orfãos que dê outro Tutor ao orfão. E o dito Juiz constrangerá logo ao outro na maneira que dito he; ao qual mandará entregar por escrito todos os bens e rendas do orfão, constrangendo o Tutor, que de antes foi, que lhos faça logo entregar realmente e com efeito. E não fazendo a entrega do dia que a conta for acabada, até nove dias primeiros seguintes, seja logo preso, até que da cadeia com efeito pague e entregue ao Tutor novo tudo o que por conta for achado, que deve ao orfão. E assim se faça cada vez que algum Tutor for removido, ou dado outro de novo”. Registre-se que a Tutoria no que toca as mudanças dos tutores na regência dos direitos indígenas, estes, enquanto

<sup>163</sup> No mesmo sentido encontramos o Aviso de 13 de agosto de 1834, o Aviso de 31 de julho de 1834, e o Regulamento de 15 de março de 1842 em seu art. 5, parágrafo 12.

vigoravam aqueles dispositivos, sempre foram diminutos e se têm escassas anotações nos referidos processos. Os assentamentos formais dos patrimônios indígenas - numa época em que tampouco havia registros das terras particulares<sup>164</sup> - levam à conta a inexpressiva documentação do acesso aquisitivo dos direitos incorporados a seu patrimônio.

A Consolidação das Leis Civis vigente no período do império e alcançando a República, compreendendo o lapso temporal anterior ao Código de 1916, dispunha que: “Os Índios equipararão aos menores, porque o Decreto de 3 de Junho de 1833, Av. de 13 de Agosto de 1834, de 31 de Julho do mesmo ano, e Regulamento de 15 de Março de 1842, art. 5º, parágrafo 12, encarregarão aos Juízes de Órfãos a administração dos bens a eles Índios pertencentes.” Nestes casos, segundo **Correa Teles**, a prescrição de bens imóveis de pessoas equiparadas a *menores*, como são as terras dos índios, só se consuma em *trinta anos* (“Consolidação das Leis Civis”, comentário ao artigo 1322).

Decorre dessa realidade do Direito Positivo, portanto, filtrado neste arcabouço jurídico, um óbice intransponível ao acesso dos bens pelos índios; trave de acesso patrimonial que na prática se torna irrompível. Quando concedidas as terras a gestão passava para os Juízes de Órfãos.

Este quadro mudaria muito pouco como se verá adiante, com o advento do Código Civil do cearense Clóvis Beviláqua de 1916.

<sup>164</sup>Somente com o Decreto nº 1.318, de 30.1.1854, foi criado o registro de terras junto às paróquias: “Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o título de sua propriedade ou possessão, serão obrigados a fazer registrar as terras que possuírem, dentro dos prazos marcados pelo presente regulamento, os quais se começarão a contar da Corte e Província do Rio de Janeiro, da data fixada pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império, e nas Províncias, da fixada pelo respectivo Presidente”. Conforme se verifica na expressão do Decreto regulamentador, a obrigação de fazer registrar as terras compreende todos os possuidores de terras ou do *ius possidetis*. Este é um caráter indelével da imposição deste registro: mesmo aqueles que estavam em relação ao imóvel em situação de desamparo perante a Lei nº 601/1850 deveriam efetuar o registro. Não se pode ignorar a real impossibilidade de se lançar registro, a esse comando, de terras ocupadas por indígenas.

## Capítulo VI

### A proteção dos direitos indígenas patrimoniais

#### 1. A noção de patrimonialidade indígena

O patrimônio indígena submete-se a peculiaridades a vista da titularidade e dos valores (bens) jurídicos que visa proteger.

A aldeia não constitui uma sociedade de pessoas e não tem normas que instituem como fundação. Os bens que servem a comunidade são bens da FUNAI e como tal, ao menos no trato, são confundidos com bens privados.

Os bens (da administração federal) que se destinam a produção de outros bens - tratores, aparelhos, instrumentos de benefícios comunitários - são bens da Fundação e aqueles bens que se limitam ao universo *individual* integram o patrimônio privado do indígena.

Mas, de relevante, há um substrato de socialismo burocrático aninhado na desmotivação geral dos habitantes destas áreas.

A concepção de desapatrimonização privada intimiza um torpor de indiferença vivencial levando males a muitos habitantes das aldeias<sup>165</sup>.

No plano dos negócios privados entre seus habitantes, a diminuta circulação de dinheiro - poucas aldeias têm estabelecimento bancário ou caixas eletrônicos - e, levando em conta os hábitos e costumes antigos, as transações civis são operacionadas via escambo em grande parte. O dinheiro, em geral, que entra na aldeia advém das vendas de frutas sazonais nas comunidades vizinhas e do trabalho destes brasilíndios nas fazendas próximas.

#### 2. As terras indígenas enquanto privadas e públicas

O Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 em seu artigo 1º, letra “h”, enunciou que se incluem entre os bens da União “os terrenos dos *extintos aldeamentos de índios* e das colônias militares, que não tenham passado, legalmente, para o

<sup>165</sup> A situação de dependência, em tudo, das instituições do Estado leva à depressão que hoje é uma das doenças mais graves, secundada do alcoolismo, entre os índios das reservas.

domínio dos Estados, Municípios ou particulares” (g. n.). Dispôs, ainda, que incumbia ao Serviço de Patrimônio da União - S. P. U. a discriminação administrativa das terras na faixa de fronteira e nos Territórios Federais, *bem como de outras terras de domínio da União*.

Pelo enunciado da Lei abre-se uma brecha pela afirmação de que nos extintos aldeamentos indígenas poder-se-ia erigir direitos particulares.

Quanto às terras ocupadas pelos indígenas a eles pertenciam, com ou sem viéses restritivos, e não à União Federal. Esta situação perdurou até a Carta Constitucional de 1967.

Pela via do direito privado, que vem refletir na órbita da proteção aos direitos indígenas, estabeleceu o Código Privado de 1916 a *imprescritibilidade* dos bens públicos (entre os quais veio a se acomodar *posteriormente* a realidade das terras indígenas), princípio e regra então inexistente no tempo anterior ao Código civilista<sup>166</sup>.

Sobre este instituto e especialmente no tocante às pessoas que tinham posse de *imóveis rurais* da União ou dos Estados por **quarenta anos** antes do advento do referido *Codex* incorporariam os respectivos bens a seus patrimônios pelo *modo originário*, qual seja, pela prescrição aquisitiva da propriedade. É curioso lembrar que, em relação ao índio, o poder de fato (ocupação) detido sobre a terra eventualmente por quarentenária reiteração anterior ao Diploma Codificado, para os fins de usucapião, não suscitou sequer curiosidade no Direito Indígena. A explicação encontra-se no entendimento jurídico de que a ocupação indígena, por si, não gerava efeitos na órbita civilista, conforme já tratamos.

O fato jurídico no qual se vê compreendida a posse civil apresenta-se amplo e genérico em contraponto à posse especializada do jusagrarismo.

Como repetidamente aconteceu, muitas comunidades indígenas efetivamente ocupadas e que foram *concedidas* pelo Poder Público, que deveria suscitar o respeito ao ato jurídico perfeito -

<sup>166</sup> No plano da Lei Maior (Constituição de 1946) vigorava este princípio tendo como parâmetro as regras da imprescritibilidade trazidas pelo Código Civil de 1916. A atual Constituição o fez subsistente no art. 191, em seu parágrafo único, *verbis*: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

concessão estatal antes da Constituição de 1967<sup>167</sup> - e ao direito adquirido, excluindo-se da condição de terras da União, incogitável o reconhecimento da prescritividade já que eram propriedades ainda que com restrições. Não se viu prosperar esta tese no direito pátrio.

Ao lado do direito real decorrente da concessão do Estado é importante avançar em dois aspectos que decorrem da relação direta com o imóvel. Começamos pela proteção partida do primeiro Órgão Governamental que disponibiliza um rol de direito conexos.

O protetorado formal dos índios, anteriormente referido, somente veio com a institucionalização do Serviço de Proteção do Índios - SPI, em 1910 pelo Decreto nº 8.072, de 20 de junho daquele ano, em um País que ainda se debatia no aprendizado do regime republicano.

Tinha essa entidade, impende focar, duas finalísticas precípuas expressas em seu preâmbulo: “a) prestar assistência aos índios do Brasil, quer vivam aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados; b) estabelecer em zonas férteis, dotadas de condições de salubridade, de mananciais ou cursos de água e meios fáceis e regulares de comunicação, centros agrícolas, constituídos por trabalhadores nacionais que satisfaçam as exigências do presente regulamento”.

Estas disposições protecionistas devem ser sempre postas em destaque porquanto, pela primeira vez, o Estado começa a escalada de intenção intervencionista nas comunidades indígenas visando ampará-las. É estabelecido no Capítulo da proteção aos índios que a assistência do SPI visava garantir a posse dos territórios por eles ocupados; por em prática os meios eficazes para evitar que os civilizados invadissem terras dos índios e *reciprocamente*; respeitar a organização interna das diversas tribos; velar pela segurança deles impedindo, quando possível, as guerras que entre si mantêm e restabelecendo a paz; promover a mudança de certas tribos quando for conveniente e de conformidade com os respectivos chefes; ministrar, sem caráter obrigatório, a instrução primária e profissional, consultando sempre a vontade dos pais (art. 2º).

<sup>167</sup> Hoje encontra óbice constitucional porquanto são declaradas estas reservas demarcadas terras da União Federal.

O Serviço de Proteção aos Índios esteve em vigor até a criação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI instituída com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, no governo de General Costa e Silva.

### 3. Terras indígenas públicas

Quanto às terras ocupadas por índios determinava o artigo 4º do Decreto nº 8.072/1910 que o Governo Federal mandará promover a medição e demarcação das terras ocupadas e, ultimado este trabalho, será feita a **concessão dos títulos** (artigo 12), sem que os índios possam arrendar, alienar ou gravar com ônus reais as terras que lhes forem entregues pelo Governo Federal (artigo 7º). A respeito dos silvícolas *nômades* o SPI procurará, “por meios brandos” *atrair* os índios que vivem “em estado nômade e prestará aos que se mantiverem em promiscuidade com civilizados a mesma assistência” (artigo 14). Remarque-se quanto a esta última teleologia a repriminção do antigo instituto do **Descimento**, sem as características primitivas daquela prática.

O Decreto nº 8.072, de 1910, recepcionado pela Constituição de 1934, apresentou percurso aperfeiçoativo, ao se alinhar ao artigo 129 daquela Carta Política que dispunha: “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”, após firmar a competência da União para legislar sobre a *incorporação dos silvícolas à comunhão nacional* (art. 5º, XIX, letra “m”). Esta orientação - **integrativa** - como firmado na Lei Maior, sempre manteve-se erigida em patamares principiológicos cujas origens, como pode ser constatada, remontam aos antecedentes longínquos das atuações político-administrativas estando presente, como se viu, desde os primórdios da colonização passando pelas quadras do Brasil Colônia, Império e República.

No período republicano muitas áreas foram, visando resguardar a ocupação/posse das terras e a proteção de seus ocupantes, formalmente concedidas e demarcadas.

As disposições constitucionais posteriores mudaram pouco as disposições da Carta de 1934 sendo que a de 1937 trouxe insignificantes alterações como se observa em seu artigo 154:

“Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”. A Constituição seguinte (1946), alterou apenas as expressões do dispositivo anterior conforme se vê no artigo 216: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”. Até esta Constituição o direito positivo constitucional não identificava a terra indígena como terra da União como se repetiu por mais de uma vez. Este fato jurídico é de suma importância para o direito fundiário indígena.

Já a Carta de 1967 (Emenda Constitucional nº 1, de 1969) deu um passo mais largo *para incluir formalmente entre os bens da União as terras ocupadas pelos silvícolas*, ampliando a competência para legislar sobre nacionalidade, cidadania e naturalização bem como sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (artigo 4º, inciso IV; artigo 8º, inciso XVII, letra “o”). Inseriu, em acréscimo, o art. 186 assegurando aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e dispôs sobre o reconhecimento do direito exclusivo ao seu usufruto. No artigo 8º repetiu o princípio da *incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*. As terras indígenas anteriormente concedidas, sob o império do direito vigente, que se encontravam com posse, diante do artigo 4º da Constituição de 1967, com todas as categorias de envergadura do Direito Constitucional que inadmitte o direito adquirido contra disposição Maior não poderia justificar lesões a direitos. O tempo todavia pôs o véu de sua confortabilidade sobre estes acontecimentos jurídicos.

Quanto, ainda, ao disposto no artigo 4º, IV, desta Constituição, aponta a doutrina que este artigo determinou a inclusão das “terras ocupadas pelos silvícolas” entre os “bens da União” como fato constitucional novo<sup>168</sup> e, até certo ponto, com pouca atenção despertada.

O artigo 186, por sua vez, assegurou aos índios a posse permanente das terras que habitam, com direito ao usufruto exclusivo. **Pontes de Miranda**, comentando os textos, distingue entre os silvícolas integrados (capaz) e os não integrados (incapaz), sendo bens da União apenas as terras que habitam os segundos,

<sup>168</sup> **Tércio Sampaio Ferraz Junior**, “Consulta-Parecer - A Demarcação de Terras Indígenas e seu Fundamento Constitucional”, data 18.12.2001, pág. 05.

assim se expressando: “Se lá não habitam, não têm posse. Se habitam, têm-na”<sup>169</sup>. Há uma similaridade entre a posse e a habitação. A posse (do usufrutuário) das terras, que era imediata (direta) e imprópria (não a título de proprietário), deveria satisfazer o pressuposto da permanência que, segundo o autor, estava ligada à residência. Tal posse, ainda que anterior à Constituição de 1934, prevaleceria contra quaisquer títulos, mesmo registrados, *desde que existisse à data da promulgação da Constituição de 1967* (p. 436). Este posicionamento é importante, pois será repetido a propósito da Constituição vigente”<sup>170</sup>.

Percebe-se pelos textos Maiores que o legislador constituinte, não obstante a importância do tema, não teve nenhuma preocupação no desenho desta situação e pouco desvelo quanto à aplicação técnico-jurídica dos vocábulos *ocupação* e *posse*. Tal dever-se-ia de esperar porquanto estas situações não representam apenas uma paisagem de objetividades fáticas mas reverberam grande alcance fundiário de inserção histórica e ainda revestem-se de institutos clássicos do direito das coisas. Justamente, em face disso, é imperativo qualificar e separar as distinções necessárias para efeitos das decorrências e regências típicas.

Em atenção ao parágrafo 2º, artigo 231, da atual Constituição Federal, observa-se que o conceito de ocupação mostra-se compreendido num bloco jurídico abrangendo a noção de habitação, permanência, atividade produtiva, aliada à comunicação imprescindível à preservação e necessária à reprodução física e cultural. Confirma-se: “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, as necessárias a suas reproduções físicas e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (g. n.). Traduzindo, a ocupação encontra-se qualificada (além do fato), ou seja, ocupação com habitação permanentemente, ocupação com utilização para produção, ocupação com preservação, ocupação lastreada com a reprodução física e cultural.

Certo é que a orientação assentada na meta de inserção

<sup>169</sup> Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1967”, Tomo 1, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, s/d., pág. 529.

<sup>170</sup> Pontes de Miranda, *op. cit.*, pág. 436.

dos silvícolas à comunhão nacional como elos de uma cadeia ideal de valores caros ao estereótipo de Nação brasileira (soberania, nacionalidade e dignidade), era, e continua sendo, um programa seqüencial, contínuo evoluindo *mais* como programa de **identificação**, por decorrência impositiva, do que insertivo ou protetivo, já que não se pode imiscuir no mérito da liberdade privada destes brasileiros quanto ao quesito de viverem onde desejam. Muitas tribos especialmente da região amazônica ainda não são conhecidas; expõem-se presumidas e, nesta condição, não podem ser obrigadas a deixarem as áreas que *ocupam* (habitam, vivem, produzem etc.) mas apenas, a meu juízo, contatadas objetivando a identificação e eventual proteção.

Destarte, e ao menos em tese, semelhante condição se faz imperativa até para se conhecer o território nacional<sup>171</sup>. A estimativa de áreas indígenas a serem identificadas somam ainda a elástica grandeza de 189.750 hectares segundo Instituto Socioambiental - ISA em dados de 2000. Daí porque o princípio da identificação e incorporação inexoravelmente subsiste na Constituição Federal tendo sido por ela, sem embargo, recepcionado.

Em síntese, as terras indígenas totalizam hoje o percentual de 11% (onze por cento) de todo o território brasileiro. Essa imensa fatia do País está destinada para 0,2% (zero vírgula dois por cento) da população brasileira - os *brasilíndios*. Põe-se a discussão os arrazoados no sentido de que tais registros constituem ou não um privilégio dos brasileiros índios em face de outros seguimentos da população. Creio que enquanto áreas de usufruto extrativo voltado para o passado em confronto como o imenso potencial destas terras para o melhoramento dos povos indígenas a conclusão é a de que representa um privilégio passivo<sup>172</sup>.

<sup>171</sup> De acordo com a classificação da população indígena aproximada em terra indígena, em 11 de dezembro de 2000, esta representaria 0,2% da população brasileira, ou seja, cerca de 300.000 indivíduos. Por sua vez as terras e respectivos indígenas ainda a identificar somariam a uma estimativa de 189.750 hectares. Em identificação 2.563.100 ha., cujo total aproximado seria de 2.752;850 ha, ou seja, 2,66% do território do Brasil. Destas situações estão excluídas as áreas/populações em processo de identificação/revisão, conforme "Povos Indígenas no Brasil - 1996/2000", *op. cit.*

<sup>172</sup> Cf. **Márcio Santilli**, "Os Brasileiros e os Índios", editora SENAC, São Paulo, 2000, págs. 48/49.

## Capítulo VII

### Os direitos fundamentais indisponíveis

#### 1. O direito fundamental à integração

Alguns doutrinadores querem ver na Carta Política de 1988 uma ruptura em face da orientação positivista do indigenismo acreditado e promovido pelo Marechal Rondon a partir de 1910. Este vértice visual consubstancia, a meu juízo, uma falsa percepção na medida em que a *máxima positivista*, indubitavelmente, incorporou-se como fluido material da Nação - lema do pavilhão nacional (art. 13, § 1º da CF) - e, conforme demonstrado, ainda persiste na necessidade de conhecimento e recepção dos valores consolidados. Tem, não se ignora, a atual Carta, por norma pétrea, a não exclusão de quaisquer etnias sob o pálio da soberania brasileira na meta do progresso nacional.

O objetivo do SPI, criado em 20.06.1910, alentado pelo rondonismo, era fincar a fundamentação étnica do indígena como parte integrante da nacionalidade brasileira e nesta certificação protegê-lo<sup>173</sup>. Esta postura traduzia o revêrbero da natureza da realidade indígena. Em razão disto é oportunizado a eles a possibilidade, dentre inúmeras outras, de assumirem a condição de células da vida nacional, agentes da produção rural capazes de atingir suas sustentabilidades e dignidades, arrimo de si mesmos em termos econômico-sociais, querendo, outrossim, facilitar-lhes, se por vocação se inclinarem, o acesso às Forças Armadas (a defesa do Território Nacional em especial nas Fronteiras)<sup>174</sup>. Nada nestes princípios restou envelhecido ou desvalido remanescendo ainda

<sup>173</sup> Ensina o prof. **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** que “cumpre lembrar, num sumário resumo, que somente por volta de 1910, quando se criou o SPI - Serviço de Proteção ao Índio, sob os auspícios do Marechal Rondon, é que se começou a tomar o indígena como ente merecedor de proteção. Até então, não, era ele como que um animal daninho, sem qualquer direito a terras. Tanto assim que no Império, as terras por eles ocupadas eram consideradas devolutas (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3º - cf. José Cretella Júnior, ‘Bens Públicos’, 2ª edição, São Paulo, 1975, p. 293-4). E assim continuaram a ser até a Constituição de 1934” (“Parecer”, data 26.10.2009, pág. 20).

<sup>174</sup> **Antonio Carlos de Souza Lima**, “O Governo dos Índios sob a Gestão do SPI”, in “História dos Índios do Brasil”, organização **Manuela Carneiro da Cunha**, *op. cit.*, pág. 159.

vivo na axiologia dos ideais pátrios. Tão pouco atentam contra usos e costumes indígenas como querem enxergar alguns ideólogos povoados de valores exóticos. Princípios nacionais, ao contrário, apresentaram-se reunidos e sufragados com o advento da atual Constituição no processo de conhecimento da realidade indígena em termos efetivos voltados ainda para a possibilidade de novas tribos a serem descobertas. São passados, portanto, mais de cento e vinte anos de República bem como de um ideário filosófico que se alimenta de um valor social entranhado no axioma jurídico brasileiro.

A Constituição de 1988, como se apanha no capítulo reservado aos índios, por primeiro, deixa de usar a expressão *silvícola*, passando a substituí-lo pelos termos *indígena* ou *índio*, capítulo VIII, (Dos Índios), Título VIII, da Ordem Social<sup>175</sup>, a sinalizar, com eloqüência, que não estamos mais tratando de silvícolas (neste Título) mas de índios. Outrossim, no Brasil, não se pode perder de vista que a existência de silvícolas ainda é em grande número, cujo *quantum* é apenas estimado em meio ao imenso e recôndito mar verde da floresta tropical<sup>176</sup>.

Deparamos em termos de orientação jurídica (Lei nº 6.001/73) com uma venial contradição entre os direitos históricos e os direitos sociais destes brasileiros posto que, como observado, as Leis ainda não fazem a devida discriminação no tratamento adequado porquanto tratam *igualmente* indivíduos *desiguais* os quais demandam tutelas valorativas próprias, matéria de mérito, a cada qual. Entre *silvícolas* e *índios* a Lei nº 6.001, de 19.12.1973, em seu artigo 4º, apenas faz o *discrímén conforme o estágio cultural*: o índio isolado, o índio em via de integração e o índio integrado, sem a especificidade do rol de *direitos subjetivos* que decorrem de cada situação em si e ainda da proteção a cada um destes em face de suas diferenças. Requisita-se o preenchimento desta lacuna no *Código Indígena*.

Por síntese, toda tentativa de pulverizar a noção indígena inserida no dogma institucional e cultural sempre representou anti-científica. Inexoravelmente o silvícola e o indígena são indivíduos

<sup>175</sup> O Código Civil de 1916 quando tratava do relativamente incapaz referia-se a eles com o vocábulo *silvícolas* e o atual Código usa a expressão *índios* (art. 4º, parágrafo único).

<sup>176</sup> Vide Nota 153.

**unos** no tempo histórico e no espaço brasileiro, partícipes à luz do Direito Posto (Formal). É recomendável que se dê a devida nota e necessária atenção às distinções (culturais)<sup>177</sup> *entre eles* e também entre eles e as demais etnias que estirolaram a nacionalidade brasileira. É preciso que se identifiquem todos os brasilíndios como detentores da cidadania nacional sem deixar de observar as várias diferenças existentes entre eles não apenas em face da comunidade não índia.

Nesse sentido a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as discriminações, aprovada pelo Decreto nº 65.810, de 08.12.69, estabelece em seu artigo II o imperativo de que “1. Os Estados-partes condenam a discriminação social e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, uma política de eliminação de todas as formas de discriminação racial, e de promoção da harmonia entre todas as raças e para esse fim... comprometem-se a favorecer, quando for conveniente, as organizações e movimentos multirraciais, e outros meios próprios, *visando suprimir as barreiras entre as raças e a desencorajar o que tende a reforçar a divisão racial*” (g. n.).

## 2. O direito à proteção socioeconômica das aldeias

Quando se refere exclusivamente à proteção socioeconômica das aldeias e sua comunidade, os limites das pertinências desta salvaguarda, de princípio, estão circunscritos aos indivíduos enquanto *aldeados* porque a estes se destinam prioritariamente a especificidade das normas. Tal premissa se estende, até onde é possível, e se adequa à orientação normativa, como - em tese - pertinente às pessoas tratadas como silvícolas nômades em processos ambulatorios pelas várias aldeias ou fora delas. A respeito dos indígenas integrados à sociedade nacional que vivem fora destes espaços, suas condições difusas nesta interação social dificultam, por óbvia constatação, a proteção sendo que o mesmo se aplica aos silvícolas que se encontram no seio da floresta em estado de desconhecimento (isolamento).

<sup>177</sup> Apenas na constatação das línguas verifica-se existir mais de 180 línguas faladas entre os povos indígenas do Brasil que são catalogados em 220 tribos diferentes (Cf. **Celso Antonio Pacheco Fiorillo**, in “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, editora Saraiva, São Paulo, 9ª ed., 2008, pág. 281).

Nesta primeira promoção referente aos índios aldeados é preciso que se considere fundamentalmente a proteção cultural e econômica observando-se que o Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas objeto do Decreto nº 3.108, de 30.06.1999, apenas se limitou a instar que os governos “forneçam recursos” somando-se aos recursos dos “próprios povos indígenas”; o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Decreto nº 3.991, de 30.10.2001), o PRONAF se dirige a disponibilizar linhas de crédito para a agricultura familiar (artigo 3º, III). Nada voltado para uma meta realística de transformar a aldeia em uma sociedade economicamente agregativa de produção social.

Quanto a esta última, a *emancipação econômica* da aldeia é imperativo que aconteça e deve subsumir ao primado da independência sob os auspícios da *iniciativa privada*, constitucionalmente fincado (art. 170 da CF), ao lado da valorização do trabalho, tendo nas *parcerias* o principal veículo de garantia da condição de liberdade de produção e administração individual de seus bens como fator fundacional<sup>178</sup>.

Sob o tema escreve **Márcio Santilli** que a “questão econômica é uma boa referência. A partir da relação de contato, e por melhor que ela seja, as tradicionais economias indígenas de

<sup>178</sup> Nesta meta, como ideais consignáveis, *de lege ferenda*, é de se permitir alinhar como atividades econômicas monopolistas que podem ser desenvolvidas pelos brasilíndios em parcerias com Entidades conforme lembrado na Nota nº 181: 1. O monopólio do criatório de animais silvestres da fauna brasileira para abate (antas, veados, catetos, jacarés, pacas, emas, etc.), direcionado à comercialização no mercado interno e para exportação; 2. O monopólio do criatório de animais da fauna nacional para colecionadores (peixes, araras, tucanos etc.), dentro de um contexto de manancial econômico amplo; 3. Fabricação de produtos oriundos de sua tradição alimentar como derivados da mandioca - pães, biscoitos e outros alimentos que atendam um nicho comercial ainda inexplorado; 4. Exploração do subsolo no engarramento de água e extração de alguns minerais; 5. Exploração sustentada de madeiras e reflorestamentos na forma da legislação vigente. Estas são vias econômicas de atividades sustentáveis e promotoras afetas às habilidades e tradições culturais destes brasileiros. Nesta linha de amostragem é de se referir ao artigo 23 da Convenção nº 169 da OIT que dispõe sobre as indústrias rurais e estabelece que: “1. O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua auto-suficiência e desenvolvimento econômico”.

subsistência serão insuficientes para atender à demanda crescente por bens de consumo. Mesmo estando a terra indígena adequadamente demarcada e desintrusada, estão dados limites permanentes para modelos de ocupação que, antes, não conheciam fronteiras”<sup>179</sup>.

Por sua vez, qualquer que seja a pessoa destinatária (índia ou não índia) a **segurança jurídica** é a escada de acesso ao seu *progresso econômico*; especialmente em relação aos indígenas configura a via expedita dos institutos básicos do direito usual e impõe ser *disponibilizado* aos habitantes das aldeias como efetivo fator de desenvolvimento.

Da proteção social que em muitos aspectos condiciona a interdependência econômica do grupo, esta pode-se estender, dentre os direitos que já integram seu patrimônio, a criação de **Escolas**, de primeiro e segundo graus chegando-se às Superiores, dentro das aldeias, de interesse da comunidade ligadas às áreas das ciências naturais, agrônômicas e veterinárias, entre outras, que possibilitam a ascensão social destes cidadãos em intersecção multidisciplinar. Alguns destes objetivos se encontram direcionados pelo Decreto nº 26, de 04.02.1991; pela Portaria Interministerial MJ/MEC nº 559, de 16.04.1991; Resolução CEB nº 03, de 14.12.1999; Programa Universidade para Todos - PROUNI, Lei nº 11.096, de 13.11.2005.

Por conseguinte, o indivíduo identificado como índio, no gozo de sua cidadania (inserido na vida do País, vivendo nas reservas), com igualdade de direitos em meio aos demais cidadãos, suporta hoje injusta realidade com a limitação de *dignidade* como pessoa, jungido a laços de sobrevivência à uma reserva (o quinhão que lhe é emblemático, a semelhança de um *estigma*, e que lhe dá precário sustento a custo de um sinalagma duradouro). Sublinhe-se que nas aldeias *pequenas glebas de terras (micros minifúndios)*, nem rural nem urbano (segundo a destinação), *são subdivididas entre os que ali vivem*<sup>180</sup>, onde entre eles são

<sup>179</sup> Márcio Santilli, *op. cit.*, pág. 26.

<sup>180</sup> Áreas indígenas agrárias micro minifundiárias (que exigiriam apurada técnica e grandes investimentos para viabilizá-las) alavancam os êxodos de seus detentores para os serviços em empreitadas e empregos rurais fora da reserva, como acontecia no passado colonial e permanece ainda hoje. Não fosse o escape destas relações de emprego mais esclerosadas estariam as penúrias que rondam a vida destes brasileiros. É o caso de todas as aldeias do Mato Grosso do Sul

transacionadas, corrigindo em parte o artificialismo da Lei - erigida por quem não interage com a realidade das aldeias. Em síntese, as terras que exploram não sendo disponíveis não possibilitam a expansão e investimento individual o que leva, em conseqüência da absoluta inviabilidade econômica, à indisfarçável *capitis diminutio*, por decorrência gentílica, emblemática e perpétua<sup>181</sup>. Tanto mais desconfortável diante do que manda o artigo 5º da Carta quanto a garantia de acesso de *todos* aos direitos fundamentais nuclearizados, no âmbito do direito privado, pela propriedade. A assepsia de compartimentos escuros destas entranhas jurídicas é de ser projetada.

Sob o aspecto cultural é relevante consignar que em termos de memória material as tribos existentes e respectivas reservas não dispõem de um Cadastro de bens, objetos, documentos relativos a historicidade daquela etnia ou um Museu que guarde o acervo cultural dos antepassados o que constitui uma lacuna inexplicável; tais preservações materiais são necessárias para comparar os passos evolutivos ao longo das gerações e sobretudo um lastro corporificado para o futuro a ser conhecido e sinalizado.

Outrossim, as lembranças de suas línguas, rituais, costumes, são mostradas como veículos *folclóricos* para o pleito de direitos em ocasiões especiais e quando interessa à comunidade e não como um laço amorável de suas identidades.

---

onde concentra a maior população de índios imigrando constantemente para as fazendas vizinhas e até para mais longe como é o caso de Usina Sucro-alcooleira de Nova Alvorada do Sul - MS, para conseguir trabalho e renda para a família. O vício não é fundiário ou agrário mas social e sobretudo econômico, este por primeiro, secundado pelo social, em razão de estar fundeado na ausência de renda, emprego ou oportunidade de ganho mínimo decorrente do ideologismo do Estado nas aldeias (inconstitucional por abandono), como de resto em muitas questões conflituosas pelo nosso País; representa com autenticidade absoluta o genoma da miserabilidade e infelicidade destes irmãos nacionais.

<sup>181</sup> Neste sentido lembra a situação do antigo instituto do Direito Romano conhecido por **colonato** (vinculação indissolúvel do homem à terra). Sobre a exploração econômica sustentável é possível ter como modelo a “Fazenda Reunidas Vale do Juliana”, na Bahia, em parceria com a Apa do Pratigi, onde a Fundação Norberto Odebrecht realiza projetos com pequenas áreas de colonos (semelhantes às áreas indígenas) onde é produzido palmito de pupunha com alto valor agregado da marca “Cultiverde”, propiciando a todos os pequenos produtores uma renda mensal entre R\$ 1.500,00 a R\$ 2.000,00 *com altíssimos bônus em dignidade humana*.

### 3. A relação institucional com a terra

Contudo podemos seguramente afirmar, agora sob o prisma da axiologia evolutiva, que esta ressalva fechada à flexibilidade do *modus vivendi*, da ampliação dos poderes inerentes ao *ius abutendi* que se encontra hermetizado no patrimônio indígena (dentre os quais o artigo 18, Estatuto do Índio) soe embrutecer a lógica e a racionalidade atraindo inaceitável permanência no tempo, como um apêndice de descrença na capacidade de discernimento destes brasileiros<sup>182</sup>. Isto transfigura, como já lembrado, um sinete social estigmatizante. A proteção que deve ser conservada, merece ser sempre repetido, é a integridade indissolúvel da área comunitária necessária aos nervos culturais, *com poderes* para que eles e a sua comunidade possam gravar, alugar ou submeter aos usos temporários da terra *na medida de seus interesses*, preservando incólume a insuscetibilidade de destipificação da terra. A disponibilidade parcial, *de lege ferenda*, deve vir em conexão e atender, basicamente, aos princípios indigenistas e não refém de valores exógenos, não indígenas, ainda que importantes, todavia limitadores da liberdade dos membros da comunidade. Nestas condições são prejudiciais à autodeterminação de horizontes destes povos ao tempo em que antinomizam com todos os arquétipos humanos.

Por outro viés, desta afetação decorre o usufruto com limites - exclusivo ao índio - o que implica que só pode dispor para outro indivíduo da comunidade<sup>183</sup>, restringindo o âmbito agregativo de economicidade. Sem embargo, estas limitadíssimas possibilidades econômicas para o grupo, aprisionando-o em suas opções - como se existisse uma economia indígena! - tanto quanto contrasta, afinal, com a dialética de seu aperfeiçoamento destilando

<sup>182</sup> Com razoável certeza os índios que vivem em reservas no Mato Grosso do Sul, com os quais tenho mantido contatos repetidos, sendo que constituem a maior população indígena do Brasil, são indivíduos corretos, que possuem razoável discernimento estando em convívios reiterados com a comunidade de produtores rurais e as populações das cidades.

<sup>183</sup> O arrendamento dos campos dos índios no oeste do Estado do Mato Grosso do Sul, reserva da Bodoquena, por muitos anos se repetia com indiscutíveis benefícios dos índios que lá habitavam. Não obstante o rompimento destas situações tenha acontecido por decisão judicial muitos rebanhos bovinos, especialmente de cria, em parceria permaneceram como único meio de alavancar o progresso daqueles brasileiros.

antiperspectivas para toda a sociedade indígena e também nacional.

Escreve **Fernando da Costa Tourinho Neto** que “não sendo os índios proprietários das terras que ocupam, não podem transferi-las, aliená-las. Nem o domínio, que não têm, nem a posse. Nem a posse, uma vez que a Constituição afetou tais terras à utilização pelos índios. Só o indígena pode utilizá-la”<sup>184</sup>. Quanto à transferência *causa mortis* nenhum óbice existe aos sucessores<sup>185</sup> ressaltando a complexidade das miscigenações. Segundo, por sua vez, **Antonio Figueira de Almeida**, esta proibição “visa somente protegê-los, porque impede que eles possam vir a ser lesados pelos compradores”<sup>186</sup>. Esta derradeira afirmação não peca só pela obscuridade mas é de teor precário na medida em que se refere apenas a compra e venda. Não se aparte o dever de se ter em conta que a indisponibilidade dos direitos, ainda que sejam usufrutuários, resulta em entrave à melhoria ampla dos que vivem nestas áreas, cuja parceria (considerando apenas este instituto), traria benefícios recíprocos e progresso sustentável a todos os povos indígenas<sup>187</sup>. A ruptura com estas composições híbridas que já foram diferentes nas reservas, com amplo frutos preciosos, atende a interesses principalmente indigenistas.

<sup>184</sup> **Fernando da Costa Tourinho Neto**, “Os Direitos Indígenas e a Constituição”, editora Fabris, Porto Alegre, 1993, pág. 34.

<sup>185</sup> **Pontes de Miranda** aponta que “a posse dos silvícolas é transmissível hereditariamente e segundo a regra jurídica do direito das coisas entre os membros da tribo, se de tribo ainda se trata. A propriedade coletiva é respeitada e não se considera transferência a substituição automática dos membros da comunidade” (“Comentários à Constituição de 1946”, 2ª edição, editora Max Limonad, São Paulo, 1953, pág. 468). No mesmo sentido **Themístocles Brandão Cavalcanti**: “A transferência *inter vivos*, porém, não é admissível” (“A Constituição Federal Comentada”, editora José Konfino, Rio de Janeiro, 1956, pág. 304). Tal doutrina hoje não se adequa ao espírito da realidade vigente.

<sup>186</sup> Citado por **Roberto Lemos dos Santos Filho**, *op. cit.*, pág. 41. É pertinente que se faça um paralelismo entre a afirmação do texto e aquela externada por **José Bonifácio de Andrada e Silva**, o Patriarca da Independência. Segundo este último, fundada na justiça e na sã política é a iniciativa de se comprar terras dos indígenas “como praticaram e ainda praticam os Estados Unidos da América” (*apud Joaquim Luiz Osório*, “Direito Rural”, 2ª edição, José Konfino editor, Rio de Janeiro, 1948, pág. 197).

<sup>187</sup> A reserva indígena da Bodoquena nos Mato Grosso do Sul com seus vastos e extensos campos sempre harmonizou com arrendamentos e parcerias que propiciavam benefícios mútuos até que, por decisões dos tribunais, foram desfeitas anulando sentenças de primeiro grau.

## Capítulo VIII

### As terras indígenas e a Constituição de 1988

#### 1. A evolução no tratamento das terras indígenas

O fato natural da igualdade e da diferença, tudo está a indicar, reside no processo de transformação que age sobre as coisas, em especial sobre os seres, segundo o devir das diversas fases evolutivas de um determinado todo. Daí se afirmar sempre o truísmo da *relatividade* dos juízos conclusivos sobre estas impressões da realidade que nos cerca<sup>188</sup>.

A distinção das diversas fases do Direito Nacional<sup>189</sup> e das formas no tratamento das matérias, de modo particular em relação ao nosso tema (Direito Indígena), demonstram e reafirmam os graus que refletem seu evoluir no processo histórico recompondo no todo a identidade de cada elo do sistema no tempo. A essência do conjunto com todas suas vicissitudes não destoa dos pontos determinados, expostos em função de suas etapas evolutivas ou fases. Assim, e em especial referência ao Direito Maior, como lembra **Carlos Ayres Britto**, toda a história do Direito Constitucional se vê permeada de fases, o que soe a refletir, a seu juízo, na atual intersecção, em um estado holístico, ou fraternal<sup>190</sup>.

<sup>188</sup> Sobre as diferenças e igualdades o filósofo **Georg Wilhelm Friedrich Hegel** mostra que: “O botão desaparece no desabrochar da flor e poderia dizer-se que a flor o refuta; do mesmo modo que o fruto faz a flor parecer um falso ser-áí da planta, pondo-se como sua verdade em lugar da flor; essas formas não só se distinguem, mas também se repelem como incompatíveis entre si. Porém, ao mesmo tempo, sua natureza fluida faz delas momentos da unidade orgânica, na qual, longe de se contradizerem, todos são igualmente necessários. É essa *igual necessidade* que constitui unicamente a vida do todo” (“Fenomenologia do Espírito”, tradução Paulo Meneses, 3ª edição, editora Vozes/Universidade São Francisco, Rio de Janeiro/São Paulo, 2005, pág. 26).

<sup>189</sup> **Haroldo Valladão** percorre as fases do Direito do Brasil Colônia, do Primeiro e do Segundo Império, dos Estados Unidos do Brasil (primeira República), da República Federativa do Brasil, onde expõe um quadro dos valores jurídicos através dos tempos de notável importância para o Direito Nacional (“História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro”, editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1977). Neste trabalho está substanciado que a tutela dos bens jurídicos tiveram mudanças *quantitativas* e menos em sua salvaguarda *qualitativa*.

<sup>190</sup> **Carlos Ayres Britto**, “Teoria da Constituição”, editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, pág. 210.

Também assim no direito indígena que percorreu vários segmentos sem perder o seu original fluido (causa-efeito) através de seus princípios e institutos evoluíram acompanhando as transformações da sociedade e do homem.

Até o advento da atual Carta Política, conforme discorrido, o País, quanto às terras ocupadas pelos indígenas passou por três estágios distintos: 1º Da incorporação da América aos domínios de Portugal até a Constituição de 1824 quando as terras concedidas aos índios eram de domínio pleno destas comunidades sem qualquer restrição<sup>191</sup>; 2º Da Constituição de 1824 até a Constituição

<sup>191</sup> Tome-se por exemplo, que em 4 de junho de 1622 dentre inúmeros outros textos, o registro documental da sesmaria de terras concedidas aos índios de Piratinim da aldeia dos Pinheiros e da aldeia de Ururai, em São Paulo, *verbis*: “Traslado da carta de data de sesmaria das terras dos índios. Jeronymo Leitão, Capitão desta Capitania de São Vicente pelo Senhor Pedro Lopes de Sousa capitão e governador della por el-rei nosso senhor etc., faço a saber a todos os juizes e justiças officiaes e pessoas desta capitania que esta minha carta de dada de terras em Sesmarias de hoje para todo o sempre virem em como a mim enviaram a dizer os indios de Piratinim da aldeia dos Pinheiros e da aldeia de Ururai por sua petição que os indios dos Pinheiros até agora lavraram nas terras dos padres por serem indios christãos e as ditas terras se vão acabando elles descendo esperam por outros do sertão haviam mister quantidade de terras para se poderem sustentar e se a não tiverem por já ser dada aos portugueses que lhes não sentem lavrar nellas elles suplicantes serem naturaes das ditas terras que nasceram por não saberem as não pediram mais cedo e se agora não as derem ser-lhes-á forçado irem viver tão longe que não possam ser doutrinados o que não será serviço de Deus nem de el-rei de nosso senhor, nem proveito dos portugueses os quaes se defendem com os ditos indios... suas fazendas pelo que me pediram que antes que as ditas terras se acabassem de dar houvesse respeito serem elles naturaes da mesma terra e lhes desse de sesmaria seis leguas de terra em quadra onde chamam Carapucuiba ao longo do rio de uma parte e da outra começando donde acabarem as dadas de Domingos Luiz e Antonio Preto e para os da aldeia de Ururay outras seis leguas em quadra começando donde se acabam as dadas que se deram a João Ramalho e Antonio de Macedo que dizem que eram até onde chamam Jaguaporeuba e por serem muitos e cada vez mais pediam tanta terra no que receberiam mercê o que... mandei o tabelião que passasse... aos taes indios e vendo sua petição e as razões que nella alegam serem justas e outrossim a maior parte delles serem christãos e terem suas igrejas estarem sempre prestes para ajudarem a defender a terra e a sustentá-la o que fizeram assim em meu tempo como dos capitães passados pela informação que disso tenho e ser-lhe necessario terras e façam seus mantimentos para sua sustentação e visto como cada dia vem mais gentio para as ditas aldeias o que tudo é proveito e bem da republica pelas quaes razões em nome do dito

de 1934 quando se reconhecia a posse dos índios (direito particular) sobre suas terras (observada a capacidade), sem o respectivo *ius abutendi*<sup>192</sup>; 3º Daquela Constituição até a de 1967 quando as terras foram formalmente revertidas à União remanescendo a

---

senhor Pedro Lopes de Sousa e pelos poderes que delle para isso tenho dou aos suplicantes no logar aonde o pedem seis leguas de terras são para os indios da aldeia de Pinheiros, seis leguas de terras em quadra no sitio aonde pedem que é Carapucuiba ao longo do rio do Umbiaçaba tanto de uma parte como da outra ficando o dito rio no meio as quaes seis leguas se começarão a medir assim de uma parte como da outra do rio onde acabarem as derradeiras dadas que antes desta carta foram dadas aos brancos a qual terra assim dou para os moradores da dita aldeia dos Pinheiros que agora são e pelo tempo em diante forem para nellas fazerem e lavrarem seus mantimentos com a condição da sesmaria e assim pela mesma maneira dou seis leguas em quadra ao longo do rio Ururay para os indios da aldeia do dito Ururay as quaes começarão a partir adonde acabar a dada de João Ramalho e de seus filhos e vão pelo dito rio correndo tanto de uma parte como da outra e até se acabem as ditas seis leguas em quadra as quaes dou para os moradores da dita aldeias que agora são e pelo tempo em diante forem com as condições de sesmaria porque assim hei por bem dar-lhe as ditas seis leguas de terras conforme a ordenação de el-rei nosso senhor de hoje para todo o sempre para os ditos indios e serviço á ordenança e regimento do dito governador que para as dar tenho para que logo os mettam de posse dellas e as aproveitem com as ditas condições de sesmarias lhas hei por dadas como dito é com todas suas entradas e sahidas e aguadeiros fôrras de todos os direitos somente dizimo a Deus e as poderão roçar e mandar roçar sem lhe nisso ser posto duvida nem embargo algum porque assim o 'hei' por bem e esta será sellada com o sello do dito senhor governador e registada no livro do tombo de sua capitania cumpro assim e al não faças dada sob meu signal em esta villa de São Vicente aos doze dias do mez de outubro Antonio Rodrigues tabelião nesta dita villa o fez por meu mandado de mil e quinhentos e oitenta... Jeronymo Leitão pagou nada. Cumpra-se Antão de Mesquita. Cumpra-se Sá fica registada no livro segundo que nesta provedoria e feitoria e alfandega serve onde se registam as cartas das dadas de terras de sesmarias... cento e setenta e nove na... cento e oitenta por mim Francisco Casado escrivão da ouvidoria e feitoria e da dita alfandega nas capitánias de São Vicente e Santo Amaro de que passei a presente certidão de registo por mim feita e assignada em esta villa do Porto de Santos aos trinta e um dias do mez de outubro de mil e quinhentos e oitenta annos pagou nada Francisco Casado... Registra-se São Paulo quatro de junho de mil e seiscentos e vinte e dois annos. Manoel Pires. Francisco Jorge. Manoel Francisco Pinto. André Botelho. Bartolomeu Gonçalves.”

<sup>192</sup> Segundo o art. 3º, da Lei nº 3.348, de 20 de outubro de 1887, sancionada pela Princesa Isabel, os terrenos enfiteúticos das extintas aldeias de índios, que não foram remidos, passarão a pertencer aos municípios onde existem tais terrenos,

eles apenas o usufruto restrito - restrição entendida segundo as normas de ordem pública que sobre este direito incide.

Esta complexa transfiguração dominial ao longo do comando constitucional, refletiu intestinamente, *com poucas diferenças em termos de uso da terra*. Essas fases que se iniciaram pela orientação primitiva de bens privados *sem restrição* para privado com restrição, depois para o público, não representaram melhorias significativas para os indígenas. Apenas é de se constatar que as mudanças de orientação tiveram o escopo de evitar que tais áreas saíssem da posse indígena por mecanismos previstos no Direito Privado. Como hoje se encontra, todavia, é possível imaginar a silhueta, ainda que longínqua, da medieval configuração do senhorio direto<sup>193</sup> e o domínio útil. Mas, tal incauta lembrança, se possível fosse assim procurar alguma similitude, adianta-se, talvez pudesse sugerir eventuais benefícios à comunidade indígena.

Avoca, a trajetória descrita, complexas questões dormentes ainda não submetidas ao Poder Judiciário que o futuro aguarda.

Conforme se apresenta hoje as reservas existentes são terras públicas afetadas a grupos indígenas (dentro da grande variedade das etnias existentes) com uma gama diferenciada de situações perante a sociedade brasileira e com um invólucro de culpa atávica do Estado pelas suas indiferenças no passado, sem a racionalidade de uma efetiva inserção no século XXI. Nesta condição, com a compelição da Lei Maior, é de se observar o abrasivo disposto no artigo 188 da Constituição Federal segundo o qual “a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola” e as terras indígenas em sua condição de públicas estão jungidas a este princípio produtivo. A afetação do bem público significa a vinculação deste bem a um fim determinado que poderia ser alterado em prol da melhoria indígena segundo

---

e os demais terrenos das extintas aldeias indígenas serão do mesmo modo transferidos às Províncias onde se encontram. Muitos anos depois o Decreto Lei nº 9.760, de 1946, dispôs: “Art. 1º. Incluem-se entre os bens imóveis da União: ... h) os terrenos dos extintos aldeamentos de índios e das colônias militares que não tenham passado *legalmente* para o domínio dos Estados, municípios ou particulares” (g. n.).

<sup>193</sup> Antigas aldeias abandonadas na região de Carapicuíba e arredores, em São Paulo, foram recepcionadas pelo Serviço de Patrimônio da União como áreas enfitêuticas e, em relação a alguns proprietários, perduram pendências judiciais de cobrança de foro e laudêmios.

seus interesses e não do que resulta do imaginário dos apologistas sociais<sup>194</sup>.

A vocação agrária das terras indígenas, outrossim, é pronunciamento de direito público, que não pode ser excluída da política agrícola nacional no contexto também da produção de alimentos. Nesta linha, o próprio artigo 231, § 1º, da Carta Magna, reza que as terras indígenas haverão de ser utilizadas para as suas atividades *produtivas*, não se fazendo remissão a práticas extrativas que, esclareça-se, aboja também uma atividade produtiva. Evidentemente tais atividades serão entendidas em rasa conexão com os bens e utilidades em face da sociedade brasilíndia que necessita da produção e demanda de bens primários e secundários, compreendidas também no universo maior das riquezas de um universo de pessoas, conforme já lembrado por **Márcio Santilli**<sup>195</sup>.

Algumas premissas devem ser enfrentadas e superadas, desde que devidamente clausuradas às salvaguardas segundo o ideal acrisolado pelo indigenismo.

## 2. A interpretação sistemática do artigo 231

Em exame preliminar é de se prover uma interpretação dos direitos assegurados *segundo seu modo de ser* em um bloco granítico representado pela expressão *sobre as terras que tradicionalmente ocupam* que vem a constituir a cabeça do artigo sob análise.

<sup>194</sup> Esta questão tem configurado um tabu entre os estudiosos do tema. Por uma vertente constituindo um direito (e não um grilhão prisional) o índio pode abrir mão deste direito, sair da reserva, abandonar a área, romper com seus laços com seus antecedentes. A afetação, que diz respeito a dominialidade pública, “é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como *desafetação* é sua retirada do referido destino. Os bens dominicais são bens não afetados a qualquer destino público”, como faz lembrar **Celso Antonio Bandeira de Mello** (“Curso de Direito Administrativo”, 21ª edição, Malheiros editores, São Paulo, 2006, pág. 868). Despegue-se disso que a afetação está acobertada de interesse público, e neste caso o interesse não é institucional mas limitado aos interesses privados de um grupo social que deve ser consultado. Até porque, como afirmamos no início deste trabalho, *quem é o índio*, se, objetivamente, é uma questão aberta no plano subjetivo está condicionada à concepção que cada um faz de si mesmo.

<sup>195</sup> **Márcio Santilli**, *in Nota* 179.

Todos os parágrafos que se seguem devem se alinhar ao mandamento do *caput*.

Muito se avançou em doutrina no que se relaciona aos estudos teóricos em suas técnicas de interpretação das Leis. Os métodos clássicos que o academicismo nos propiciou são instrumentos úteis na empreitada. Contudo, o nosso guia mais seguro, de clara e radiosa luz, é a razão que nos turge, que aparta as incongruências, seleciona as informações e, ao fim, estabelece o encaixe dos valores no *sistema da ciência* do Direito. Ou seja, o que está no texto é o que está **conforme** o eixo gravitacional do Direito. Esta é a interpretação científica que se faz imperativa.

Estabeleça-se assim, fundamentalmente, que a expressão *sobre as terras que tradicionalmente ocupam* afirma e traduz, a rigor, a comunicação de que estas (terras) se *localizam* no espaço e no tempo identificado, jamais no ideário dos sentimentos que tismam a lógica e a razão. Preleciona o professor **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** expressando enfaticamente que “a Constituição garante aos indígenas a posse das terras que ocupassem (= ocupam) no momento da incidência das terras da Lei Magna. Não as que tivessem ocupado no passado, seja remoto, seja próximo”<sup>196</sup>. Interpretar o substantivo **terra** como realidade de entes ideais (ancestrais), por uma paralela, e a locução *tradicionalmente ocupam* como pertencente ao passado com a sombra *voltada* para o presente<sup>197</sup>, por outra, é operar raciocínio anticientífico, rebelde ao

<sup>196</sup> **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. IV, editora Saraiva, São Paulo, 1995, págs. 117/118.

<sup>197</sup> Nesse sentido esclarece **Moreira Alves** que: “Ocupação tradicional, ao contrário do que ocorria em Constituições anteriores, não significa, como decorre inequivocamente dos trabalhos constituintes, que a ocupação se traduz numa posse indígena imemorial e, portanto, com conotação temporal, mas sim, numa posse que se coaduna com o modo pelo qual os índios se relacionavam com a terra. Com efeito, a referência às terras de posse imemorial dos índios, que se encontrava nos primeiro e segundo substitutivos da Comissão de Sistematização e também no Projeto final dessa mesma Comissão, foi retirada e substituída pela que veio a prevalecer no texto promulgado, que não mais faz qualquer alusão a essa posse imemorial, que era um fator temporal, que não descia, *evidentemente*, até momento anterior ao descobrimento do Brasil, mas que possibilitava se levasse em conta, para a caracterização da posse indígena, a existência desta em época anterior ao desapossamento dos índios pelos não-índios que obtiveram a titulação da propriedade sobre a gleba em questão” (“Parecer”, data 16.05.2005, págs. 05/06), sublinhamento e grifos nossos.

sistema e a *ratio* de Direito que sempre viveu e com morada na insegurança jurídica.

Este assentamento que aboja a comunicação no sentido de que as terras que tradicionalmente ocupam traduzem uma constatação de *fato em acontecimento*, antes de lembrar um ideal étnico, consagram, para os operadores do Direito, uma uma interpretação científico-dogmática.

Sobre o tema da *tradicionalidade* escreve o amazônida e agrarista **Alcir Gursen De Miranda**: “O conceito de áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios deve ser entendido, de acordo com o disposto no § 1º, do artigo 231, da Constituição Federal, e artigo 25 do Estatuto do Índio, considerando-se o ‘caráter permanente’ da habitação, na orientação constitucional, e atender ‘à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação’ na expressão legal. Daí que, a tradicionalidade, teoricamente, pode ser vista sob dois enfoques: 1. Tradicionalidade histórica; e 2. Tradicionalidade de *continuidade viva*. A tradicionalidade histórica não resiste a maior análise, sob pena de se ver amanhã sustentada a pretensão de que todo o território brasileiro pertence aos índios... Já a tradicionalidade de continuidade viva pressupõe efetiva a ocupação das áreas pelos indígenas, ou seja, somente nos casos em que as áreas sejam efetivamente habitadas pelos índios. Se houver alguma interrupção, por determinado período, descaracteriza-se a tradicionalidade: mais que um lustro; excessivo por uma centúria; ideal por uma geração. Critério que valeria para índios e para não-índios”<sup>198</sup>.

Com efeito, as terras que tradicionalmente ocupam são as terras existentes em um determinado espaço físico que serve de lugar de vivência gentílica, espiritual, social e econômica das pessoas indígenas em tempo presente.

### 3. A cabeça do artigo 231 da Constituição Federal

Sobre os antecedentes do artigo 231 do Texto Político, é de se trazer à lembrança que, sob a orientação de **Ulysses Guimarães**,

<sup>198</sup> **Alcir Gursen De Miranda**, “Historiando a terra de Macunaíma - A questão indígena”, *op. cit.*, pág. 155.

em 07.08.1984 foi elaborado um “Compromisso com a Nação”, onde ficou fundamentado que “O Brasil deve ser um país para seu próprio povo, em que seja assegurado o exercício pleno da cidadania, respeitados os direitos humanos, preservadas a *identidade* e a cultura nacionais” (g. n.)<sup>199</sup>. Estava lançada a sinalização semeadora do que viria a ser o art. 231 da Constituição Federal: o Brasil para todos os segmentos de sua população.

Mas é certo que a novidade deste artigo 231 ficou por conta da sede geográfica e dos direitos fundamentais dos indígenas, ou seja, o estabelecimento de sua localização no *status* constitucional refletindo o destaque da matéria e o assentamento de seus princípios como direito autônomo. As normas constitucionais anteriores apenas dedicavam alguns dispositivos ao índio mas sempre relacionando-o com a terra (não ao índio em si). A vigente Carta além de tratar dos direitos pessoais alçou aquelas disposições ao piso maior a um regramento soberbo, normas que já estavam, é preciso que se afirme, corporalizadas na legislação ordinária. Há que ser lembrado para a certificação disso - como antecedente de grande recuo na legislação, um antigo texto contemplado pelo Alvará Régio de 1680 que determinava que os índios deveriam ser respeitados em sua comunidade; ou expressado pela sua literalidade original, nesta situação comunheira existente “não serão molestados”. Outros registros existem que mostram uma senda percorrida até chegar à sede constitucional.

O teor do multicitado e pouco investigado artigo 231 do Diploma Maior se expõe no corpo do Capítulo VIII com a seguinte locução: “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”.

Sob dois eixos gravita este dispositivo: o primeiro assentado na expressão **reconhecimento** do mundo indígena e o segundo na **proteção** de todos os seus bens: reconhecimento e proteção são seus pontos vitais.

A expressão *reconhecidos*, malversada em face da técnica jurídica, de formulação ambígua na fala de **Tércio Sampaio Ferraz**

<sup>199</sup> **Paulo Bonavides**, “História Constitucional do Brasil”, editora OAB, 5ª edição, Brasília, 2004, pág. 789.

**Junior**<sup>200</sup>, pretende, tudo leva no sentido desta interpretação, atribuir uma recepção de *conforme o Direito* o que, adiante-se, não cabe ao legislador constituinte fazer mas ao legislador infraconstitucional na busca do ideal sistemático através das complementações legislativas.

No concernente à proteção em abstrato, consoante dissemos, e neste estrito enfoque, é útil aprofundarmos um pouco mais nos tratamentos positivos correlatos, que constituem a etiologia destas disposições.

Constitucionalmente (Carta Política de 1934) registra a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 5º, XIX, “m”). Consoante se constata, as Constituições mantiveram o foco no mais importante fator do universo indígena qual seja o fato de sua ocupação/posse que, não se pode omitir, indiretamente aboja a aldeia e seu entorno. A Carta de 1937 consignou em seu artigo 154: “Será *respeitada* aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas” (g. n.).

Ainda neste diapasão de reconhecimento protetivo observamos a de 1946: “Art. 216. Será *respeitada* aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não transferirem” (CF de 1946, g. n.). A expressão *respeitada* compreende o núcleo da oração.

Como já lembrado, a de 1967, ao contrário do que acontecia anteriormente no plano legal maior, *pela primeira vez se incluiu entre os bens da União as terras ocupadas pelos silvícolas* (artigo 4º, inciso IV) e mais no artigo 186 assegurou aos silvícolas a posse permanente das terras que habitavam e reconheceu o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Remeta-se à indicação de que a Constituição que antecedeu a vigente, a de 17.10.1969 (Emenda Constitucional nº 1), em seu artigo 198, dispunha 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”. Como se observa a inalienabilidade

<sup>200</sup> **Tércio Sampaio Ferraz Junior**, “Consulta-Parecer”, *op. cit.*, pág. 7.

ficou na dependência de Lei federal que velava a matéria com um vazio legislativo.

Como se defluiu o artigo 231, no esboço constitucional, até 1988, *não existia* - era desconhecido qualquer dispositivo correspondente ou semelhante. Certo é que a matéria concernente aos usos e costumes indígenas no direito positivo brasileiro (ordinário) a despeito disso *não era insólita* na legislação consoante já se adiantou; indubitavelmente remontava, pelo menos, ao início do século passado.

Mas, conferimos melhor esse ponto.

Em 20 de junho de 1910, estatuiu o Decreto nº 8.072, em seu art. 2º, que o Estado e a sociedade observarão o *respeito à organização interna das diversas tribos indígenas no Brasil*; direito este assegurado pelo sistema jurídico nacional, sob a custódia do Serviço de Proteção aos Índios. Esta organização interna significa, porque não se cinde, todo o *ethos* que vai envolver a cultura indígena. O que alguns escritores estão vendo como uma aurora jurídica é sol que já banha a matéria desde recuados tempos. Por sua vez, e no mesmo sentido, o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, *bem antes* da Carta de 1988, determinava e ainda afirma, em seu art. 6º, exatamente o mesmo direito hoje com esboço magno: “*Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessões, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios*”. Não resta, pois, a menor dúvida de que estes bens jurídicos de há muito estão protegidos e incorporados ao direito pátrio. O que se requisita examinar, por decorrência, é quais os diferenciais este artigo 231 da Carta da União, agora com dignidade constitucional, teria em termos de desdobramentos jurídicos no atual direito indígena.

Estou convencido de que o acontecimento da elevação deste direito ancião ao patamar constitucional em nada desfigurou a sua natureza (*substratum*) mas estabeleceu importante foro de princípio ou norma programática decorrente de suas implicações Maiores. Este, sem embargo, constituiu um grande diferencial. Tal constatação revestiu-se de suma importância tanto quanto de complexidade formal e material.

Nesta perspectiva, adiantando na perícia do artigo 231, é pertinente a observação de **Josiane Cristina Cremonizi Gonçalves**

quando afirma que “o direito fundiário reconhecido aos indígenas e o respeito pela sua cultura devem ser observados sob o prisma da Constituição como unidade, que não admite benesses injustificadas<sup>201</sup>, o que, portanto, importará na submissão de tais indivíduos à *equivalência de condições com os demais brasileiros*, em direitos e deveres, nas atividades que ultrapassarem a esfera da preservação de seus valores culturais e tradições”<sup>202</sup> (g. n.).

Realmente, sendo a Constituição, em essência, uma Carta de Princípios e um Programa para a Nação, de inteligência universal e sistemática, a submissão alcança a todos que, diante daqueles verbos soberanos, não se individualizam mas se tornam plurais e interpenetrantes ao tempo que se tornam compactados em um corpo único; neste os direitos e deveres distribuem-se igualmente. Daí decorrer a maior dificuldade de perscrutar suas normas sem desgarrá-las ou discrepá-las do mesmo todo; exige-se, por isso, sempre um pouco mais do publicista na incursão pericial.

Por inferência, alarga a visão nesta paisagem o constitucionalista **Alexandre de Moraes** ao afirmar que o art. 231 veio a *reconhecer* aos índios a organização social, costume, línguas, crenças, tradições, e conclui: “Note-se que, mesmo a ausência dessa previsão, os termos dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos no Título II do texto constitucional, garantiria, implicitamente, aos índios a explícita previsão do art. 231”<sup>203</sup>. Em especial as garantias estabelecidas a todos pelo artigo 5º concernentes à inviolabilidade da liberdade de consciência compreendidos aqui todos os laços étnicos e culturais dos nacionais que compartilham desta Nação.

Semelhante colocação é corolário do esboço evolutivo da matéria ao longo dos processos próprios do Direito Material. Os direitos indígenas nestes estratos étnicos compõem um sistema dentro do Direito Nacional, direitos estes que não nasceram com o art. 231 mas têm raízes em toda a história do Direito.

<sup>201</sup> V. Capítulo V, nº 1, que ocupa da correlação entre direito e dever.

<sup>202</sup> **Josiane Cristina Cremonizi Gonçalves**, in “1º Encontro Estadual de Procuradores do Estado de São Paulo com Atuação na Área Ambiental”, CEPGE, série Eventos, São Paulo, 2008, pág. 113.

<sup>203</sup> **Alexandre de Moraes**, “Constituição do Brasil Interpretada”, editora Atlas, São Paulo, 2ª edição, 2003, pág. 2.068.

Pondo a termo, a cabeça do artigo 231 estabeleceu importante marco para o Direito Indígena ao sediar constitucionalmente o enunciado do reconhecimento e da proteção dos bens indígenas que afinal lograram estabelecer os primados do direito não só fundiário mas também indígena nacional.

#### 4. O parágrafo primeiro do artigo 231 da Constituição

O parágrafo 1º, do artigo 231, agasalha requisitos (predicados necessários ou como designa a doutrina de **José Afonso da Silva**, “quatro condições”<sup>204</sup>) que compõem a interpretação *infra* exposta: “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 ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

A ocupação destes bens da União, de longa data (*longissimi temporis*), distribui tais predicados pelos seus complementos: compreende as habitadas permanentemente<sup>205</sup>, as utilizadas para atividades produtivas, as desfrutadas ao seu bem estar conservando-as, as ocupadas para acasalamento e uso em atividades comunitárias e cultos. Jamais, atente-se, o texto foge da informação de **localidade física** - lugar em que se encontram e mantêm seus laços. A tradição (*tradictio*), outra ubiqüidade não revela senão o fato plasmado em corrente de tempo contínuo. Uma interpretação quer sociológica ou antropológica (social e natural, respectivamente) certamente não altera a contundente semântica dos termos expressos na norma. Quanto a estes predicados da ocupação/posse indígena ensina **Moreira Alves**: “para que essas terras sejam bens da União com esse ônus, é mister que sejam elas tradicionalmente ocupadas pelos índios, o que implica dizer que é dessa ocupação tradicional que resulta aquela titularidade limitada por esse usufruto. Daí a importância, que foi reconhecida pelo constituinte de

<sup>204</sup> **José Afonso da Silva**, “Comentário Contextual à Constituição”, editora Malheiros, São Paulo, 2007, pág. 67.

<sup>205</sup> **Pinto Ferreira** chama de ocupação permanente e **atual** (“Comentários à Constituição Brasileira”, volume VII, editora Saraiva, São Paulo, 1995, pág. 450.

1988, de se estabelecerem os requisitos indispensáveis para que uma área seja considerada terra tradicionalmente ocupada pelos índios. São eles os quatro referidos no § 1º do artigo 231, os quais, por caracterizarem - com base na posse indígena e não na posse civil que não é levada em consideração - o **habitat**<sup>206</sup> dos índios segundo seu modo de ser e sua cultura, têm de ocorrer *conjuntamente*, não sendo, pois, cada um suficiente de per si<sup>207</sup>. E conclui o jurista: “Portanto, a partir da promulgação da Constituição de 1988, só são terras indígenas as que nesse momento preenchassem os requisitos da ocupação tradicional por ela exigidos concomitantemente, independente de qualquer consideração sobre posse imemorial. Aliás, o próprio *caput* do artigo 231 é suficientemente claro a esse respeito, ao aludir às terras que os índios tradicionalmente OCUPAM (presente) - o que implica dizer: no momento de sua promulgação - e não que ocupavam ou tinham ocupado anteriormente”<sup>208</sup>.

Sobre o *habitat* talvez o que melhor concebeu a configuração foi o jurista **Tércio Sampaio Ferraz Junior** quando afirmou que “Direitos originários, portanto, são direitos cuja fonte está no *habitat* natural do índio, ligação ecologicamente harmoniosa do homem com a terra, mas, como logo percebeu a doutrina e a jurisprudência, nada têm a ver com *posse imemorial* anterior ao descobrimento. Ou seja, não revela uma relação temporal, mas se referindo a terras imemorialmente ocupadas, terras ocupadas desde épocas remotas (usucapião imemorial), pois aponta apenas para a circunstância de que não se reconhece nenhum título anterior a eles”<sup>209</sup>. Não é por outra razão que o artigo 231, § 1º, inscreve que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas têm como um de seus elementos definidores centrais as terras *habitadas em caráter permanente*.

Por uma observação *a latere*, **Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior** aditam que a proteção legal da

<sup>206</sup>O *habitat* traduz uma noção de habitualidade à ocupação/posse exercida atraindo a peculiaridade do fato indígena. Não tem correspondência com a morada habitual estabelecida pela Lei nº 601/1850.

<sup>207</sup>**José Carlos Moreira Alves**, in “Parecer”, de 16.05.2005, pág. 05.

<sup>208</sup>*Idem, ibidem*, pág. 06.

<sup>209</sup>**Tércio Sampaio Ferraz Junior**, “Consulta-Parecer”, data 18.12.2001, pág. 09.

terra indígena constitui uma proteção *absoluta* na medida em que o § 6º do art. 231 fulmina de nulidade qualquer outro ato de posse ou propriedade<sup>210</sup>.

Esta dicção, a meu entender, não comporta semelhante simplicidade. A terra indígena não é, para o Direito, isoladamente, um dado *em si*, mas revela uma realidade jurídica sistêmica. Este preâmbulo axiomático exprime o que há muito nossa ciência rejeita: reduzir juízos declaratórios em sentenças absolutas. Significa dizer, nestes limites, que a terra indígena quer constituída por força de reconhecimento do direito (posse efetiva até a Constituição de 1988), quer por concessão via legislativa, devidamente demarcada, homologada, e portanto juridicamente afeiçoada ao patrimônio público - atual e física - *em tese*, não pode ser objeto de ocupação alheia (posse ou propriedade *privada* de outrem). Tal afirmação repõe o óbvio em suas premissas. Do mesmo modo cabe à FUNAI e à comunidade indígena respeitar a propriedade *privada* não índia, legitimamente constituída, porque o direito de propriedade *é um só*, erigido como princípio pétreo constitucional. Não é admissível duas propriedades plenas, diferentes, antagônicas sobre o mesmo objeto. Não é outro o sentido e a afirmação do parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal.

Os termos que fecham o artigo 231 apontam que compete à União *demarcar* as terras *ocupadas/apossadas* pelos índios, mostrando que os verbos são binômios inseparáveis. Por consequência é de se vistoriar, por primeiro, a ocupação e em seguida o ato possessório para chegarmos à apreciação das demarcações das terras indígenas.

## 5. A ocupação indigenista

Inicialmente advirta-se que segundo o sistema do Código Civil a ocupação se submete à aquisição da propriedade *móvel* nos termos do artigo 1.263: “Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa em lei”.

No que concerne às áreas indígenas existentes ainda *não*

<sup>210</sup> **Luiz Alberto David Araujo – Vidal Serrano Nunes Júnior** - “Curso de Direito Constitucional”, editora Saraiva, São Paulo, 12ª edição, 2008, pág. 521.

*demarcadas* até a promulgação da Constituição vigente, a Carta em seu artigo 20, inciso XI, implementou que, sendo bens da União, as terras tradicionalmente **ocupadas** pelos índios (cujas administrações federais têm perdido várias ocasiões facultativas legais para serem demarcadas), teriam mais uma oportunidade para serem cumpridas. A matéria sob este enfoque já foi examinada reprimando, por agora, que remanesce inquestionável o requisito da ocupação/posse atual, intermitente e efetiva. O instituto da ocupação/posse em sua natureza jurídica e aspectos relevantes põe-se agora a outras arestas de vistorias.

A identificação topográfica tem por objetivo separar fisicamente as áreas com *ocupação/posse* indígena dentro dos pressupostos das normas constitucionais indigenistas. Por conseguinte é essencial aclarar, por princípio, a noção jurídica da ocupação indígena.

O vocábulo **ocupação**, em face de nossa ciência, não traduz um termo do *vulgo* ou político ou indígena em si mas tem um sentido técnico e bem antigo em Direito.

Deriva, o instituto da ocupação, como se sabe, da *occupatio* romana que, por sua vez, provém de *ob capatio*; do verbo latino *capio*, *capere* que significa pegar, agarrar, segurar, ter (poder físico sobre) e a preposição *ob* (*diante de*). Constitui, segundo o Direito Romano, o modo originário de adquirir a propriedade da *res nullius*. Por consequência, a premissa é que **ninguém** pode **ocupar** bens de outrem. É mais, por potencializar efeito dominial, o meio pelo qual se materializa é a **posse**. Daí, em relação ao fato indígena, a conveniente utilização a partir, especialmente, da Constituição de 1988, do binômio **ocupação/posse**. O romanista torinese **Alberto Burdese**, em feliz expressão, enfatiza que a ocupação se opera, dogmaticamente, através do ato de *posse* relativa a coisa sem dono<sup>211</sup>. Encontramos no Digesto, pela lição de **Gaio**: *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* (D. 41, I, 3). Instituto, pois, de direito racional (*naturali ratione*) e não do *ius naturale* (direito natural) porque não prescinde da razão consciente, conforme já examinado. Evidentemente compreende as coisas que *não* estão no patrimônio de outrem porque, em contrário, a situação, desde os romanos,

<sup>211</sup> **Antonio Burdese**, “Diritto Privato Romano”, ed. UTET, 3ª edizione, Torino, Itália, 1977, pág. 321.

transfigura-se em outro instituto, o *usus capio* da mesma raiz de *capere*. Consoante dito, a ocupação é ato posse de coisa sem dono como própria<sup>212</sup>. É relevante e indispensável o verbete ato porque implica na voluntariedade. Quanto ao elemento subjetivo (*voluntas*) ele deve estar imanente na ocupação. Esta relação, portanto, não traduz um mero estado de fato, mas um estado juridicamente complexo onde há implemento indispensável da vontade.

O sempre consultado **José Carlos Moreira Alves**, sobre o instituto (ocupação), por sua vez, põe às claras que no Direito Romano, como igualmente acontecia no Direito português e brasileiro, no passado e no presente, se submete aos requisitos: a) a apreensão de uma coisa; b) a intenção de fazê-la própria e c) que a coisa seja sem dono<sup>213</sup>. O que vincula a apreensão do objeto ao direito é a intenção de tê-lo, complementada pela condição de que esta coisa seja sem dono.

Portanto, como se vê, a distinção entre a ocupação e a posse, desde logo, recomenda atenção e desvelos. Segundo **Gans**, referido por **Antonio Joaquim Ribas**, “ter uma coisa por ato de vontade particular é *possuí-la*”<sup>214</sup>. Particularmente, em relação a ocupação/posse que se refere a Constituição como direito indígena, esta mostra-se como reunião do fato jurígeno diferenciado e a permanência reiterada no tempo.

Aquela regra magna da identificação da ocupação/posse foi repetida em algumas Constituições anteriores e consolidada na vigente tendo se estendido em complemento para as Disposições Transitórias da Carta quando se acrescentou, como já visto, em seu artigo 67: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas **no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição**” (g. n.).

<sup>212</sup> De conformidade com o nosso Direito observamos o Código Civil de 1916: “Art. 592. Quem se assenhorear de coisa abandonada, ou ainda não apropriada, para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa *ocupação* defesa em lei” (g. n.). Agora, o Código Civil atual no Art. 1.263: “Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa *ocupação* defesa em lei” (g. n.).

<sup>213</sup> **José Carlos Moreira Alves**, “Direito Romano”, volume I, editora Forense, Rio de Janeiro, 1978, pág. 298.

<sup>214</sup> **Joaquim Antonio Ribas**, *op. cit.*, pág. 16.

Consoante tal mandamento somente as terras que estavam, e estão, **ocupadas/apossadas**, ou seja, sob o poder físico dos índios (habitadas, utilizadas, preservadas, em comunhão física) subsumiriam a *noção* de terras indígenas. A partir do ato jurídico da ocupação (condição legitimante primária) das terras concedidas é que se agrega as demais qualificadoras, ou seja, agregam-se os consectários da utilização, do desfrute à existência indígena, da permanência na área etc. *Isto se justifica porque eventuais terras abandonadas pelos índios revertem a sua condição de terras públicas (terras identificadas, demarcadas ou não) da União ou do Estado*<sup>215</sup>. Neste sentido aponte-se para artigo 1.275, III, do Código Civil que dispõe sobre a perda da propriedade pelo abandono da coisa.

Por relevante, infere-se, outrossim, que, de acordo com o trato do direito nacional antigo, como se lembrou, a condição das terras devolutas dependia de quem as ocupassem; se se tratasse de índios aldeados ou não mas *inimigos* da Coroa eram consideradas terras devolutas (posto que seriam desprezadas e desatendidas as ocupações); se ocupadas por **índios descidos/aldeados** e portanto amigos receberiam do Direito vigente a proteção jurídica.

Se caracterizadas em aldeamentos deveriam se ter por concedidas (respeitadas), e estas, ainda que abandonadas, não

<sup>215</sup> Algumas indagações remanescem sobre os efeitos deste abandono indígena. A meu ver estas áreas convertem, porque deixaram de ser terras públicas federais afetadas, à condição de *res derelictae*, porque estiveram na posse privada - por ser indígena não desborda desta condição (cujos efeitos se equiparam a *res nullius*); e como tal alinha-se à orientação da Carta Política sendo terras públicas estaduais se no Estado se localizam, se não será terra pública federal *conhecida juridicamente*. A Lei nº 3.348, de 20 de outubro de 1887, dispondo sobre o orçamento do império e outras providências, deixou assentado que: “Os foros dos *terrenos das extintas aldeias de índios* que não forem remidos nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 2.672, de 20 de outubro de 1875, passarão a pertencer aos municípios onde existirem taes terrenos; correndo por conta dos mesmos as despesas da respectiva medição, demarcação e avaliação. Os terrenos que não se acharem nas condições do § 3º da Resolução nº 2.672, de 20 de outubro de 1875, e não forem pelo Ministério da Agricultura empregados nos termos da Lei de 18 de setembro de 1850, e os *terrenos das extintas aldeias de índios* serão do mesmo modo transferidos às Províncias em que os houver” (art. 8º, § 3º), g. n. Esta pertença aos municípios pela 1ª Constituição Republicana cindiu as terras públicas devolutas (terras públicas não discriminadas) entre os Estados (as antigas Províncias) e a União.

passariam mais a condição de *devolutas* porque estavam **discriminadas**, ou seja, conhecidas juridicamente. Vale dizer, imóveis inseríveis no patrimônio individualizado da União. Neste sentido encontramos, recuado e distante no tempo (em meio à época oitocentista do Segundo Império), o Aviso nº 172 de 21 de Outubro de 1850 que mandou “incorporar aos **próprios nacionais** as terras dos índios, *que já não vivem aldeados*, mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilizada” (g. n.). E ainda neste mesmo sentido o Aviso nº 67 de 21 de Abril de 1857 que *manda incorporar aos terrenos nacionais* as terras pertencentes a uma aldeia de índios declarando, na conformidade do Aviso nº 172 de 21 de Outubro de 1850, “sejam *incorporadas* aos terrenos nacionais as porções das referidas terras que se acharem *desocupadas*; arrecadando-se, como renda do Estado, os arrendamentos das que se acharem ocupadas por pessoas não descendentes dos índios primitivos.”

É, pois, a ocupação um instituto de direito *privado*; não é, outrossim, um *nomen iuris* com sede na terminologia do direito público e não limitado à taxionomia geográfica ou demográfica.

A ocupação da terra indígena tem significado e efeito fundiário implícito no fato objetivo da relação física com o imóvel considerando dentre seus principais pilares o *habitat* e a relação física *vivencial comunitária*.

Superado isso, na vigência da atual Constituição, alguns outros requisitos foram agregados à compreensão do que se logrou conhecer por ocupação/posse indígena. Nos termos do artigo 231, § 1º, da atual Carta, examinada, constituem requisitos *numerus clausus* ao instituto da *ocupatio* indigenista. Por sua vez, a posse que menciona, adjetivada com o adjunto *permanente*, quer significar a conexão com o *animus* posto que a ocupação se consubstancia com a teleologia possessória (indigenista).

Com efeito, o significado desta locução constitucional **ocupação/posse**, é, pois, inequívoco: refere-se às terras que até esta época (Constituição de 1988, 05 de outubro) tinham **ocupação/posse** indígena de conformidade com o citado artigo da Carta Política. Certo, assim, que o instituto está em relação adstrita com o fato jurídico específico (já que se transfigura em terra pública federal) e a permanência encadeada no tempo.

## 6. O esbulho de terras indígenas

O legislador Maior, ao longo de toda positividade constitucional, não fez qualquer referência ao fato do desapossamento de terras indígenas pelo não índio ou *vice versa*; de ordem, não deveria mesmo fazê-lo. A legislação ordinária tem ocupado, em referências localizadas, das terras abandonadas pelos indígenas sinalizando alguns efeitos decorrentes destes fatos nos registros históricos do Direito.

Isso não significa que não tenha havido, ao longo dos tempos, esbulhos de terras indígenas pelos vizinhos (proprietários rurais) por este imenso tecido agrofunditário brasileiro; tais acontecimentos são de se crer verossímeis, em especial no século XIX onde os conflitos começaram a exteriorizar-se em termos de grandezas e em face das demarcações de áreas particulares. Mas é preciso que se reponha: este é um fato que, não obstante resida, de ordinário, no passado fundiário e agropecuário, não dispensa, para os fins dos momentos de hoje, prova material robusta, substancial, inconcussa - não imaginária ou presuntiva -, porquanto representa, mais que um marco temporal, a constituição de um direito em face das reservas indígenas e dos direitos privados dos não índios, situações e direitos estes que percorreram dezenas de anos e até séculos materializando efeitos jurídicos, transformadores, culturais, humanísticos, morais, familiares, dentre outros que devem ser juridicamente protegidos.

Por sua vez, a jurisprudência do STF já teve oportunidade de pôr em assento em seus julgados este acontecimento quanto ao conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas e o marco temporal da ocupação. Estabeleceu a Suprema Corte em prestação jurisdicional vinculativa: **“O marco temporal de ocupação.** A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.” E prossegue: **“O marco da tradicionalidade da ocupação.** É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de

continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente *esbulho* por parte de não-índios”<sup>216</sup> (g. n.).

Por princípio inafastável o esbulho pressupõe terra indígena demarcada e homologada, com marco pré-Constituição de 1988.

O esbulho possessório tem a natureza de ato ilícito de natureza civil e criminal constituído por definição no ato de destituir ilícita e injusta a posse de quem a detém, podendo, por desforço próprio do possuidor, promover sua restituição. No Direito Penal é erigido como ato típico delitivo o de invadir com o fim de retirar a posse mediante violência ou grave ameaça (artigo 161, II, Código Penal). No Direito Indígena a configuração não se ajusta perfeitamente ao figurino civilista mas tem contornos que se assemelham. Em geral a disputa possessória envolve questões muitas vezes de indefinição de limites na medida em que muitas áreas, especialmente no início das décadas do século passado, não se encontravam topograficamente definidas (demarcadas), tanto particulares quanto indígenas.

Por conseqüência, é preciso o exame dos fatos caso a caso, respeitando a regra da presunção legal que goza a propriedade privada.

Nesta paisagem dos fatos, a História do Brasil tem certificado alguns acontecimentos significativos que resultaram em esbulho possessório de áreas indígenas até certo ponto polêmicos à vista das dubiedades das plotagens fundiárias e, nessa projeção, merece especial referência, a invasão do Presidente paraguaio Solano Lopes em território brasileiro - antigamente conhecida como a região da *Vacaria*, onde existiam fazendas e terras indígenas, áreas estas localizadas ao sul do Mato Grosso (ainda sem a divisão). São conhecidas também nas regiões do Estado de Tocantins e Goiás as disputas envolvendo posses oriundas de “títulos paroquiais” e áreas de interesses indígenas. Nessa linha de remissões não de ser lembradas situações de relocação de terras indígenas pelo Governo como é o caso da Companhia Mate Laranjeiras no centro-oeste de Mato Grosso do Sul.

<sup>216</sup> Ação Popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Britto, Ementário nº 2.375 - 1, publicação 25/09/2009, Dje nº 181.

O esbulho possessório não pode ser presumido pelo julgador, como não se ignora, ou fincado em indícios conforme já se adiantou (fatos discutíveis do passado), mas deve estar assentado em prova segura e incontroversa porque revolve direitos patrimoniais relevantíssimos consolidados tanto em relação aos Estados membros em face da União (com a distribuição territorial feita pela primeira Constituição Republicana) como em esferas privadas.

Não se pode afastar a sinalização orbital de que o direito de propriedade é de estatura soberana inserido que está como cláusula pétrea de garantia dos direitos fundamentais do homem e do Estado.

## 7. O usufruto da terra indígena

Como antecedente fundiário desta relação com a terra - Carta Régia de 02 de Dezembro de 1808, do Príncipe Regente D. João -, extraia-se um registro expressamente significativo: “que no território novamente resgatado das incursões dos Índios Botocudos *ou ainda outros quaisquer*, considereis **como devolutos** todos os terrenos que, tendo sido dados em sesmarias anteriormente, não foram demarcados, nem cultivados até a presente época, e que façais executar o que para semelhantes casos dispõe a Ordenação Livro IV, Tit. 43 e as ordens reais posteriores” (g. n.). O Livro IV, Tit. 43, das Ordenações trata das Sesmarias: o que são, por quem e como deverão ser concedidas, as condições a serem estabelecidas e efeitos pelo não cumprimento das estipulações.

Assim, no que se concerne à conexão entre os direitos indígenas e as terras ocupadas dê-se relevo à recidiva postura de serôdio descaso da União Federal, renitente e revel na legalização - topográfica e formal - das terras devolutas e por reflexo das terras indígenas. Na volatilidade do tempo sempre se admitiu como um fator eficiente para caracterizar, pelo mais evidente sinal, o que se logrou considerar como terras devolutas. Deste sinal não se exclui a ocupação indígena **certa** devendo ser feita especial menção e diferenciação às terras de determinadas tribos consoante já se antecipou. A este respeito, dependente de secundários requisitos, a identificação física sempre foi o traço da caracterização da terra pública *stricto sensu* em face das particulares e desta últimas em face das devolutas, sobretudo após o advento da sempre lembrada Lei nº 601 de 1850.

Particularmente e no momento atual os ocupantes de próprios da União, não sendo as aldeias *terras devolutas* (os Sertões são devolutos), certo é que sobre elas não detêm hoje os índios aldeados *direito individual* mas tão somente lhes são deferidos os direitos à aldeia via usufruto restrito, expressão do acervo constitucional; delas não podem *dispor* segundo seus usos e costumes conforme examinado quando interceptado por um interesse público que a todos vincula. Torna do passado e transparece aqui reprimada aquela erada disposição régia de D. Felipe de 8 de agosto de 1640 que atribuiu direito *negativo* ao índio. A antinomia se expõe porque contempla a tutela dos valores indígenas ou bens jurídicos étnicos (uso do fogo para coivara, extração de bens da floresta, apreensão de espécimes nativos com objetivos diversos etc.) em contraste com a salvaguarda, no âmbito do direito ecológico e ambiental, que os tipificam como infrações civis e crimes contra a flora e a fauna<sup>217</sup>. Proliferam no País exatamente por isso as contusões entre o uso das terras indígenas e os ortodoxos do Meio Ambiente. Não podem estes brasileiros explorar a madeira<sup>218</sup> (que poderiam com sustentabilidade auferir significativos resultados financeiros) em suas áreas demarcadas pelas mesmas restrições impostas aos demais brasileiros. Fica restrito seu *uso exclusivo* à exploração de lavouras já que a pecuária demanda vultosos capitais e investimentos que estes brasileiros não dispõem, relegando proibitivo; tampouco têm eles acesso ao crédito rural se não assistidos pelas instituições competentes (Lei nº 8.171, de 17.01.91).

Com efeito, o legislador constituinte reuniu no mesmo *Código Indígena* o domínio público *lato sensu*, a situação jurídica da ocupação das terras e a posse permanente com o ônus gravoso (não o bônus) do usufruto exclusivo *indisponível* relativo a certos valores jurídicos de alcance global.

A relação com a terra sob a égide do instituto do *usufruto* exige um redimensionamento para que não se tenham engessadas as possibilidades de que os povos indígenas possam, preservando os valores que lhe são caros, ocupar seus bens sem tresmalhar da

<sup>217</sup> Conforme a Legislação Florestal e de Proteção à Fauna brasileira.

<sup>218</sup> Riqueza esta que tem maturação e perda natural e pode ser explorada devidamente se observada a sustentabilidade das espécies existentes.

meta de *sua melhoria como povo* no presente século. Certamente não há razões para recepcionar a presunção da ausência de discernimento dos índios e de sua coletividade para gerir sua própria vida e de sua gente quaisquer que sejam as diferenças existentes entre eles e bem assim entre eles e os não índios.

Aliás, a estrela polar do universo jurídico indígena sinaliza para a propriedade privada das terras indígenas, ou a ampliação dos poderes inerentes à propriedade (que ao Estado cabe sempre repensar), já idealizada e estabelecida na Convenção nº 169 da OIT (Decreto nº 5.051, de 19.04.2004) *verbis*: “artigo 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

Sobre este ponto, diante do que ficou exposto, o que se deve preservar no atual quadrante, mas sinalizando para o amanhã onde iluminarão outros horizontes, é o deferimento aos índios para que possam exercitar o direito de submeterem suas porções ao uso temporário da terra a brasilíndios de outras aldeias ou a não índios o que só agregaria benefícios à reserva.

Tais disposições alçam os princípios e os valores maiores à consecução de bens incontrovertidos para cada sociedade: índia e não índia.

## 8. As reservas indígenas

As reflexões sobre o fato da ocupação/posse exercida sobre as áreas indígenas não são novas e vêm submersas desde o Brasil Império. Neste tema - áreas das aldeias - comentando o dispositivo legal relativo aos extintos aldeamentos, leciona **Teixeira de Freitas** que: “Logo (deve-se concluir juridicamente) não se incorporam nos **próprios nacionais** as *porções ocupadas* das referidas terras dos extintos aldeamentos de Índios, ainda que os ocupantes não se reconheçam arrendatários ou foreiros. Se tais ocupantes, por si e seus antecessores, têm a seu favor a prescrição, devem ser respeitados, e seu domínio legitimado, que tanto vale como legítimo. No caso contrário só é incorporável nos próprios o *direito reivindicatório*, cuja ação pode intentar a Fazenda Nacional”<sup>219</sup>.

<sup>219</sup> Augusto Teixeira de Freitas, *op. cit.*, pág. 68.

Por estas lições mostra-se hialino que havendo posse de *não índio*, em *extintos aldeamentos* de índios, estes últimos têm seus domínios privados por força da prescrição e como tal devem ser respeitados. Cabe à Fazenda disputar tais áreas em Juízo se entender detentora de eventuais direitos fundiários. Todavia, conforme se depara de rosto, a matéria é mais complexa do que se expõe. O Enunciado 650 da Súmula da Jurisprudência do STF, aprovado na Sessão Plenária de 24.09.2003, assim dispôs: “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

Por imperativo de segmento, as reservas legalmente constituídas e ocupadas, pois, haverão de ser consideradas segundo algumas *especificidades* adiante tratadas.

Sobre as terras indígenas dispõe o Estatuto do Índio, a Lei 6.001, de 19.12.1973, separando as áreas: a) reservas indígenas; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena; d) território federal indígena.

Todas estas terras são públicas federais, todavia diferenças entre elas existem.

As reservas indígenas, segundo a Lei, são áreas destinadas ao *habitat* a grupo indígena, com os meios suficientes a sua subsistência. Corresponde ao universo onde a ocupação/posse é exercida permanentemente. O parque indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos Órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região. A colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo Órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional. Por derradeiro, denomina o Estatuto do Índio, território federal indígena a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios (Arts. 27, 28, 29, e 30, respectivamente). Tais diferenciações de terras indígenas perderam importância com o passar do tempo esmaecendo estes matizes jurídicos no início relevantes.

É preciso ainda retocar que o princípio jurídico da presença indígena notoriamente verificada em área *até então desconhecida*, mediante *evidência fática* de ocupação/posse (posse efetiva

e atual), sem superposição com terras particulares, tracionando a certeza suficiente ao prosseguimento dos atos administrativos preliminares a serem encetados, somente assim se poderá dar ensejo à pretensão de identificar as respectivas terras.

Com o exaurimento do quadro acima das terras indígenas resta à União a compra de áreas particulares para a materialização de colônias ou aldeias indígenas quando encontrar presente a estrita necessidade social. Tais hipóteses são constatadas, segundo está implícito na Constituição, através de regras programáticas, em havendo manifesta necessidade social (não o mero interesse) para fins indigenistas. Sob este ponto assevera **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** que o Venerando Acórdão da emblemática ação da Raposa Serra do Sol não deixa dúvida de que descabe a demarcação onde esta já ocorreu: “Já tendo havido a demarcação de terras indígenas guarani-kaiová descabe, a qualquer título, nova demarcação. Se o Estado quiser beneficiar essa etnia, ampliando-lhe o espaço, não poderá fazê-lo por nova demarcação, e, sim pelo meio de direito adequado em caso de necessidade (*latu sensu*) pública”<sup>220</sup>. Jamais, como prefalado, mostra-se possível, em processo administrativo, pretender demarcar terras particulares como se indígenas fossem. Há muito, alongado nos anos (início do século XIX), garante a Provisão de 28 de Setembro de 1819 que, quando duvidosa a situação das propriedades lindeiras não se há de se admitir a inquietação os proprietários destes prédios vizinhos - *in casu*, os aldeamentos dos Índios de São Lourenço em Niterói, “*enquanto (formais palavras) não houver ações competentes de reivindicação e sentenças, e depois de discutido o direito de cada um*”<sup>221</sup>.

O procedimento administrativo de identificação e delimitação de ocupação *imemorial* nos termos do Decreto nº 4.645, de 25 de março 2003, segundo afirma seu intróito, pressupõe lastro discutível de legalidade no disposto no art. 50 da Medida Provisória nº 103, de 1º de janeiro de 2003, fincado doutro vértice nas atribuições do art. 84, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição Federal, conforme veremos.

<sup>220</sup> **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, “Parecer”, *op. cit.*, pág. 27.

<sup>221</sup> Conforme **Augusto Teixeira de Freitas**, “Consolidação das Leis Civis”; comentários ao art. 60 (*op. cit.*, pág. 69).

Outrossim, o procedimento administrativo não despreza os requisitos constitucionais da legalidade encontrando-se em subsunção apreciativa de todo o processo ao Poder Judiciário federal a quem cabe, em última instância, a decisão final que leve a modificação do domínio privado para o público.

#### 9. O prazo para demarcação das áreas possuídas pelos índios

Desde a Lei 601, de 1850, o *dever* do Estado de demarcar as terras públicas apartando-as das particulares (donde incluíam as áreas com ocupação indígena) encontrava-se formalmente consignado, dentre outros dispositivos, mas com especial ênfase no artigo 10: “O Governo proverá o módulo prático de extremar o domínio público do particular, segundo as regras acima estabelecidas, incumbindo a sua execução às autoridades que julgar mais convenientes, ou a comissários especiais, os quais procederão administrativamente, fazendo decidir por árbitros as questões e dúvidas de fato, e dando de suas próprias decisões recursos para o Presidente da Província, do qual o haverá também para o Governo”. Era o começo do muito que teria que ser feito e, por razões de Governança, se deixou de fazer.

Ficaram sempre, os desafios fundiários, a segundo plano, inflexionada a máxima de que o Estado em suas prioridades, através da consubstanciação de normas materiais de essencialidade - originariamente corporificada como Carta de Princípio ou Programática - ao menos teoricamente, devesse exaurir apenas na teleologia de eleição de valores fundamentais da sociedade constitucionalmente eleitos. Neste diagrama, e conforme esta natureza, esgotou-se, quanto a esse tema, na fixação da *competência* para o fim de demarcações das ocupações/posses indígenas existentes atribuindo-a à União.

Quanto a esta competência não incorporou um fato novo para o Direito porque desde as Constituições anteriores eram as terras indígenas integrantes do patrimônio da União e nada mais lógico que a ela competisse demarcar. O que os Estados Membros poderiam legitimamente defender e aduzir nesta carta territorial é que com eventuais identificações de *novas áreas* indígenas com *ocupação/posse até 1988*, tal acontecimento iria, como em tese e

de fato acontece, efetivamente desfalcando o patrimônio estatal, em raríssimos casos também o municipal, com prejuízo destes, por único efeito de um fato, até então, incerto e desconhecido do mundo jurídico.

Mas a complexidade da atual Constituição fica por conta do complemento do artigo trazido pelo Ato das Disposições Transitórias que faz concluso: “Art. 67: *A União **concluirá** a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição*” (g. n.).

Convencido de que continua no comando a cabeça do artigo 231 da Constituição segundo o qual, penso suficientemente aclarado, as demarcações a que refere este artigo são daquelas áreas com atual e efetiva ocupação/posse, já identificadas em sua realidade física no contexto fundiário *mas que dependiam tão somente da **conclusão demarcatória***. O prazo constitucional de caráter cogente (concluirá), irrefragavelmente, sujeitou-se ao destino do tempo – de 5.10.1988 (*dies a quo*) até o dia 5.10.1993 (*dies ad quem*), pelo não exercício da **conclusão** demarcatória pela União. Quanto a este ponto, em tese, penso inexisterem divergências não obstante os Tribunais Superiores não tenham enfrentado esta aporia.

Outro sítio do mapa constitucional para o qual exige-se a devida atenção é que sinaliza o art. 67 do Ato das Disposições Transitórias ao se referir às terras ocupadas pelas comunidades indígenas na atualidade da promulgação da Carta e portanto **possuídas e já conhecidas** do direito fundiário federal. As terras indígenas *possuídas* presentemente *mas não conhecidas* - como aquelas entranhadas na imensa floresta tropical. Quanto a estas, hoje, em subserviência ao princípio constitucional da complementação privativa de suas normas por leis supraordinárias, é possível que novo prazo possa ser assinalado segundo o caráter genérico, principiológico e programático da norma Maior. O que não se pode conceber é que as áreas **desconhecidas efetivamente ocupadas e possuídas pelos indígenas, detectadas após a Constituição de 1988**, deixem de ser, doravante, localizadas, identificadas e demarcadas.

Quanto a estas últimas não flui, por óbvio, prazo demarcatório algum.

Superado isso, é preciso que se finalize, por síntese, que as dimensões das terras não crescem sem causa legal ou natural, nem *retornam do passado*, o que, portanto, faz-se impositivo recepcionar que as terras sob o poder dos brasilíndios, quinhão sagrado indígena, venham a consubstanciar necessariamente em fruto objetivo fato/direito (ocupação/posse) e se mantenham na constância do tempo. Cabe ao Estado fazer respeitá-las mais do que deve e menos do que restringe.

#### 10. Princípios que submetem a demarcação das terras públicas ocupadas/possuídas

A demarcação das terras indígenas pela União é feita por *processo administrativo* que, pela homologação do Presidente da República, põe-se fim ao ato demarcatório. O devido processo legal estabelecido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal faz referência à absoluta impossibilidade de que alguém seja privado de seus bens sem a observação do devido processo.

A discussão quanto ao direito resultante da demarcação com final homologatório, se este ato tem natureza constitutiva ou declaratória, é desfocada. Penso que a natureza decorre de Lei constitucional e o ato administrativo sendo meramente declaratório gera efeitos jurídicos sempre provisórios. Até porque a Administração na sua condição de parte (Poder de Execução) - só o Judiciário é o Todo - ainda que observe o contraditório e a ampla defesa, seus atos estarão restritos a sua natureza administrativa. Somente o ato judicial, ao aplicar a lei, é constitutivo: cria, modifica ou extingue direitos. São princípios fundamentais com raízes no núcleo do Sistema de Direito.

Esta atividade administrativa, por qualquer objeto que tenha, obedece a parâmetros constitucionais quais sejam o *da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa* e, quanto aos seus efeitos, observados os *limites à vista da competência*, constitucionalmente fixada.

O princípio da legalidade pressupõe que o objeto seja lícito porquanto o artigo 231, *caput*, da Constituição Federal cinge-se à demarcação das terras *públicas federais* indígenas (terras da União), não outras. Por sua vez, o artigo 19 da Lei nº 6.001/1973

circunscreve que deverão ser demarcadas pelo órgão federal as *terras indígenas* ocupadas, *não terras desocupadas ou sem posse*. Com efeito, o binômio da liciedade do objeto está sustentado em dois pressupostos prévios: que a terra seja pública e que seja ocupada/possuída pelos índios. A disposição do artigo 19 do Estatuto do Índio, a rigor, pouco acrescenta. Nesta razão o que se procura demarcar são terras federais por primeiro, observando a titularidade, e por segundo que estejam ocupadas pelos índios. Daí porque a certeza da ocupação é que determina a legalidade do objeto. Superado o princípio da legalidade é de se adentrar no devido processo legal.

O devido processo legal diz com a subsunção dos atos administrativos aos estabelecimentos da Lei. São atos vinculados que não podem desbordar dos estritos ditames formais e materiais consubstanciados nos mandamentos legais (ser público, material, publicístico e dialético).

O contraditório e a ampla defesa são corolários do devido processo legal e têm por escopo a preservação dos direitos e garantias individuais fundamentais dos cidadãos aos processos judiciais e administrativos.

A observância das formalidades processuais requisitadas por atribuição administrativa, seus atos e procedimentos com suas publicidades próprias (certeza nas intimações) são insuperáveis e quando inobservados nulificam todo o processo. Dentre este atos há o imperativo de observância de exigências constitucionais erigidas em princípios: da literalidade, dos aprazamentos, do contraditório e da ampla defesa do administrado/jurisdicionado.

A ampla defesa é a faculdade pessoal de poder antepor, no assecuramento de seus direitos, todos os meios de convencimento e provas permitidas em direito à apreciação administrativa e judicial.

O contraditório é a faculdade de dinamizar o ritual que permite o conhecimento da tese e da antítese (ação e contra-ação) no jogo processual judicial válido.

Neste tripé - devido processo legal, ampla defesa, contraditório - assenta-se a segurança fundamental dos direitos subjetivos salvaguardados pelo sistema jurídico.

## 11. Outros aspectos da demarcação feita pela FUNAI

A identificação e demarcação administrativas de terras públicas federais submetem, como dito, à legalidade (matéria constitucional, leis federais infraconstitucionais e demais que compõem o Direito Posto). E ainda sua legalidade deve ser precedida da prática de alguns atos aos quais a FUNAI denomina identificação e delimitação *prévia* representados na colheita de informações ambientais, históricas, cartográficas e fundiárias<sup>222</sup> a fim de justificar

<sup>222</sup> A Portaria da FUNAI nº 179 de 26 de fevereiro de 2009 dispõe: “O Presidente da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, no uso das atribuições conferidas pelo art. 23 do Estatuto aprovado pelo Decreto nº 4.645, de 25 de março de 2003, de conformidade com o art. 19 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e com o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, resolve: OBJETIVO. Art. 1º. Estabelecer os procedimentos a serem observados pelos Grupos Técnicos, constituídos pela Portaria PRES/FUNAI nº 788, 789, 790, 791, 792, 793, de 10 de julho de 2008, publicadas no Diário Oficial da União em 14 de julho de 2008, Seção 2, no âmbito dos estudos de identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos Guarani Kaiowa e Nhandeva na região das bacias denominadas Amambaipegua, Dourados-Amambaipegua, Iguatempigua, Brilhantepegua, Nhandevapegua e Apapegua, situadas no estado de Mato Grosso do Sul. DO PROCEDIMENTO DOS ESTUDOS DE IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO. Art. 2º. Os estudos de identificação e delimitação visando o levantamento em campo de dados históricos, antropológicos, ambientais, cartográficos e fundiários necessários para a caracterização da ocupação indígena nas áreas objetos das portarias serão realizados pelos membros dos Grupos Técnicos, nos termos do art. 2º, § 1, § 2, § 3 e § 4 do Decreto nº 1.775/96. Art. 3º. Havendo necessidade do Grupo Técnico realizar levantamento de dados em imóveis de particulares ou de terceiros, bem como utilizar dos mesmos como meio de acesso as aldeias Guarani (Tekoa), a FUNAI notificará previamente o Governo do Mato Grosso do Sul para que designe um servidor com a finalidade de acompanhar os trabalhos do Grupo Técnico, na qualidade de observador, em áreas de ocupação de terceiros, no âmbito dos estudos de identificação e delimitação. Art. 4º. O levantamento fundiário visando a caracterização da ocupação de terceiros inserida nos limites das propostas de delimitação das terras indígenas, em cumprimento da Portaria MJ nº 14/96 será realizado por Grupo Técnico específico, no qual será possibilitada a participação do INCRA e do órgão fundiário do estado do Mato Grosso do Sul, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data de recebimento da solicitação da FUNAI. Art. 5º. No prazo de trinta dias a partir da publicação da presente portaria, é facultado as entidades civis e aos órgãos públicos do estado do Mato Grosso do Sul prestar informações à FUNAI sobre as áreas objetos das portarias que poderão servir de subsídios aos Grupos Técnicos para elaboração dos respectivos Relatórios

o encetar do procedimento. Este ao final chega à homologação administrativa.

Todavia, aqui aninham desarmonias. A Portaria MJ nº 14, de 9 de janeiro de 1996, que estabelece regras sobre a elaboração do Relatório de identificação e delimitação das terras indígenas, aduz que o decreto homologatório do Presidente da República previsto no artigo 5º do Decreto nº 1.775, de 08.01.75, *tem efeito declaratório*

---

Circunstanciados de Identificação e Delimitação das terras indígenas. Art. 6º. Finalizada a etapa do levantamento de dados em campo e do levantamento fundiário, precedidos dos estudos bibliográficos e documentais, os Grupos Técnicos apresentarão à FUNAI os Relatórios Circunstanciados de identificação e Delimitação das terras ocupadas pelos Guarani Kaiowa e Nhandeva na região das bacias denominadas Amambaipaguá, Dourados-Amambaipaguá, Iguatemiaguá, Brilhanteaguá, Nhandevaguá e Apaguá, contendo a caracterização da terra indígena a ser demarcada, bem como proposta de delimitação, para análise pela Diretoria de Assuntos Fundiários e aprovação pela presidência do órgão indigenista, nos termos dos art. 2º, § 6º e § 7º do Decreto nº 1.775/96. Art. 7º. O Grupo Técnico elaborará, com base nas informações do levantamento fundiário, quadro demonstrativo de ocupantes não indígenas, contendo nome, situação jurídica da ocupação, tempo de ocupação, localidade, área do imóvel incidente na proposta da terra indígena, que será parte integrante do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da terra indígena. DA GARANTIA À AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. Art. 8º. Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação do resumo dos Relatórios Circunstanciados de Identificação e Delimitação das terras indígenas, objetos das Portarias PRES/FUNAI nº 788, 789, 790, 791, 792, 793, de 10 de julho de 2008, nos Diários Oficiais da União e do estado do Mato Grosso do Sul, contado este prazo da última publicação, poderão o estado do Mato Grosso do Sul e municípios em que se localizem as áreas sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando à FUNAI razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, dos referidos relatórios, conforme disposto no art. 2º, § 7º do Decreto nº 1.775/96. § 1º. Todas as manifestações e contestações apresentadas tempestivamente, nos termos do *caput* do artigo, serão devidamente autuadas em apenso ao procedimento administrativo para a demarcação da terra indígena em questão e sobre as quais serão emitidos pareceres pelo Departamento de Assuntos Fundiários e pela Procuradoria Federal Especializada, ambos da FUNAI, em conformidade com o disposto no art. 2º, § 9º do Decreto nº 1.775/96. Art. 9º. Os estudos de identificação e delimitação não implicam na remoção dos ocupantes não indígenas das áreas objetos dos estudos. DAS DISPOSIÇÕES FINAIS. O disposto na presente Portaria se aplica exclusivamente aos estudos de identificação e delimitação das terras

do domínio da União sobre a área demarcada<sup>223</sup>. Por princípio - sistemático-positivo - só a Lei, como *essentia iuris*, em tese, cria, modifica ou extingue direitos, não o Decreto, a Portaria ou outro Ato. Outrossim, fincado ainda por outra razão, tal dicção administrativa (Portaria MJ nº 14/96) não tem arrimo no Decreto citado pois aquele dispositivo (artigo 5º) fala, tão somente, que a demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo, será homologada mediante decreto<sup>224</sup>. Doutra assentada, este mesmo Decreto nº 1.775/96, pretendendo regulamentar o artigo 2º, inciso IX da Lei nº 6.001/73, *não afirma ou declara que uma vez homologada a demarcação esta tem efeito declaratório de domínio da União*, confira-se: Artigo 2º, inciso IX: “garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes”. Como se observa o que aduz a Portaria MJ nº 14/96 não tem sustentação no Decreto nem na Lei. O descuido torna-se ainda mais grave na medida em que a Portaria alude em seu primeiro *Considerando* que a demarcação homologada será levada ao “ofício imobiliário competente, tem efeito desconstitutivo do domínio privado”. Ora, o Decreto nº 1.775/96 quando fala - ainda que em colisão com a reserva de lei - será levado a registro em cartório imobiliário tal ato não avança além de um averbação à matrícula. Consequentemente não tem efeito de transladação dominial como é de comezinha sabença.

---

tradicionalmente ocupadas pelos Guarani Kaiowa e Nhandeva na região das bacias denominadas Amambaípegua, Dourados-Amambaípegua, Iguatemipegua, Brilhantepegua, Nhandevapegua e Apapegua, situadas no estado do Mato Grosso do Sul, objeto das Portarias PRES/FUNAI nº 788, 789, 790, 791, 792, 793, de 10 de julho de 2008. Art. 11. Esta Portaria entra em vigor a partir de sua publicação.”

<sup>223</sup> Portaria nº 14 - MJ - 09.01.1996: “CONSIDERANDO que o decreto homologatório do Sr. Presidente da República, previsto no art. 5º do Decreto nº 1.775, tem efeito declaratório de domínio da União sobre a área demarcada e, após o seu registro no ofício imobiliário competente, tem o efeito desconstitutivo do domínio privado eventualmente incidente sobre a dita área (art. 231, 6 da CF)”.

<sup>224</sup> Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, artigo 5º: “A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.”

Por sua vez, o artigo 19, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) dispõe que: “§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras”. É tudo quanto dispõe. O registro em livro imobiliário da União não lhe confere direito patrimonial porquanto não extrapola a natureza administrativa deste ato e em livro do registro imobiliário, dada a natureza do ato causal, não vai além da anotação cautelar.

No referido Decreto nº 1.775/96, ainda há que se observar, emerge de seu texto uma *contradictio lege* (fere letalmente liciedade do objeto), quando cria um “grupo técnico especializado”, coordenado por um *antropólogo*, “com finalidade de realizar estudos” (dentre os quais jurídicos) “necessários à delimitação” da área indígena. Deste grupo, o que era de se esperar, seria fazer prospecção no sentido de identificar ou não, possíveis áreas indígenas; estranhamente, *tem por fim delimitá-la*.

Estas simplórias observações são feitas apenas no indicativo de comensurar os defeitos quanto às técnicas legislativas e seus vícios lesivos à jurisdição.

Algumas premissas já estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal coactadas com a matéria de fato, então *sub judice*, fizeram por merecer consideração.

A Excelsa Corte balizou a questão das demarcações das terras indígenas sob as condicionantes de vários pontos para que fossem admitidas sob o crivo da demarcação administrativa em terras ainda não submetidas ao *discrimen*, a partir de razões que vieram servir de inafastáveis balizas.

Naquela emblemática e histórica decisão (*Informativo do STF* nº 532) ficou estereotipado que as demarcações administrativas se submetem a requisitos imprescindíveis assim assentados: “1. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe artigo 231, § 6º, da CF, o interesse público da União, na forma da lei complementar; 2. O usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos naturais, que

dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; 4. O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, dependendo se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5. O usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes - o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional - serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; 6. A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; 7. O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como a caça, a pesca e o extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipulados pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e os costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI; 10. O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipuladas pela administração; 11. Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; 12. O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13. A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza

também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas; 15. É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16. Os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18. Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.”

Dentre estes cabe dar o devido destaque ao marco da *signalização temporal* cuja tradicionalidade da posse deve alcançar a *promulgação da Lei Maior de 1988*; e ainda, de soberba importância, a regra estabelecida (que espanca interpretações em contrário) do direito adquirido de índios e não índios. Vale dizer, reserva demarcada não pode ser alterada em seus limites. É vedada a *ampliação* da terra indígena demarcada.

Estas realidades (*áreas demarcadas*), formal ou fisicamente, são a maior parte das áreas em muitos Estados brasileiros, e, especialmente naqueles onde ainda existe significativa população indígena.

## Capítulo IX Princípios do Direito Indígena

### 1. Autonomia científica

O Direito reverbera os valores sociais (fluidos da estratificação cultural de um Povo) e, na teia desta axiologia jurídica

que permeia o mundo jurisdicente<sup>225</sup>, expõe - para nós brasileiros - o ramo que conhecemos como **Direito Indígena**. Perfaz este Direito aquele arcabouço jurídico que somente a partir do Estatuto do Índio e a da Constituição de 1988 começou a tomar foros de autonomia formal, doutrinária e didática, sem embargos de seu recuo na forja legislativa da vida da sociedade brasileira.

Com efeito, a decantação dos valores indigenistas, em constante devir, fez por lavrar princípios peculiares e normas autônomas em meio às fontes do Direito, edificando, incontestável, sua autonomia entre as disciplinas jurídicas. Sem embargo, os estudos sobre o jusindigenismo, que hoje se reproduzem em quantidades significativas no País, já mostram, deste Direito, alguns enunciados específicos, outros ainda em germinação. Ao longo de quatro séculos de compostos adstringentes (Direito Luso Colonial e do Direito Brasileiro), no momento atual podem ser traduzidos por **princípios** e institutos próprios deste ramo jurídico que já apresentam peculiaridades susceptíveis de identificações.

É certo, outrossim, que as autonomias de determinadas disciplinas jurídicas estão submetidas ou sujeitas à singular maturação e também se subsumem ao tempo de convivência com outras disciplinas que, por sua vez, se intercomunicam na grande malha da dogmática jurídica onde interagem na formidável complexidade da vida socioinstitucional.

## 2. O princípio da participação

Este princípio é nuclear ao Direito Indígena porquanto centraliza o eixo de ligação com os demais institutos.

É de prefaciá-lo ao adentramento de seu exame que no Direito Ambiental encontra-se consignado o princípio da **participação** como sendo o primado que impõe a necessidade de ação conjunta em defesa do meio ambiente à luz do que dispõe o artigo 225 da Constituição Federal. Portanto, sob as instituições do Direito Ambiental a preservação é um dever coletivo<sup>226</sup>. Mas cabe indagar se este dever, sob os dogmas ambientalistas e ecológicos,

<sup>225</sup> O termo *jurisdicente* é aplicado no texto como ciência do Direito.

<sup>226</sup> Cf. **Celso Antonio Pacheco Fiorillo**, *op. cit.*, pág. 51.

a todos alcança e em que medida, de maneira isonômica referindo-se particularmente aos valores indígenas (uso da terra, hábitos, costumes, tradições etc.); até que ponto os bens jurídicos ambientais podem conviver com os valores indigenistas. Esta equação deve ser posta sob o foco de ambas as disciplinas e suas normas íntimas (institutos próprios).

Primeiramente, é imperativo que se esclareça que este confronto envolve em doutrina a investigação teórica da distinção prévia entre as **normas** submetidas ao conceito dogmático e não a análise ao mundo zetético<sup>227</sup>.

Firmado isso, em especial nos traz interesse a separação entre a norma geral e a norma especial, ou seja, a norma genérica (ampla, abstrata) e a norma especial ou particular relativa a determinadas relações, lembrando que, no plano teórico, abstrato ou ideal, as normas não dispõem de forma contrária entre si mas apenas tutelam valores diferentes ou bens jurídicos distintos, no caso, o ambiente e o *modus* indígena de ser.

Nesta linha de inteligência, todas as disciplinas jurídicas autônomas - comercial, agrário, ambiental etc. - são do tipo especial. Contudo a dificuldade se apresenta quando se contrapõem duas normas especiais (que em alguns aspectos possam se antinomializar) que regem o objeto ou bem jurídico biangulares. Penso que o princípio da participação proclamado pelo Direito Ambiental alcança e submete (inclusive em suas sanções) a realidade do mundo indígena e tudo quanto a ele se refira. Isto porque a existência destes brasileiros depende, como de resto de todas as pessoas, da preservação maior que nos intima o ambiente e a ecologia planetária.

É de rigor, nesta imbricação, fazer referência ao artigo 18 do Estatuto do Índio que proíbe a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou as comunidades indígenas, a prática de atividade extrativa, bem como a caça, pesca ou coleta de frutos. É possível interpretar que esta proibição destinada ao não índio por reflexo determinaria o direito aos moradores das terras indígenas no sentido de agirem conforme de hábito e costume na prática de queimadas (coivaras), caça e pesca, extração de madeiras etc. em

<sup>227</sup>Cf. **Tércio Sampaio Ferraz Jr.** - “Introdução ao Estudo do Direito”, editora Atlas, 4ª edição, São Paulo, 2003, pág. 127.

*contrariedade* com as Leis florestais, de proteção à fauna e ao ambiente? Estou, consoante antecipado em capítulo antecedente, convencido que não. Os bens ambientais e ecológicos são de ordem supracomunitária e como tal não comportam exceções.

Como efeito desta precessão, podemos identificar como sobrelevante, dentre os princípios que escoram a autonomia do Direito Indígena, o princípio da **participação**<sup>228</sup>.

*Para os fins indigenistas, todavia, a palavra participação tem um sentido social e menos natural, ou seja, o bem jurídico protegido são os valores da comunidade indígena e não os bens de seu entorno.*

Poder-se-ia indagar se este instituto fundamentante (da participação) seria um mero fato permanente em seus efeitos ou realmente um princípio jurídico. É evidente que quando se persegue um marco distintivo se refere ao teor da instituição jurídica que traduz ou revela. Por conseguinte a participatividade é uma categoria jurídica sem deixar de ser um fato social.

Segundo estas premissas, os direitos próprios que envolvem as relações fundiárias-humanas inseridas no universo indígena *emergem e fazem parte* do fato jurígeno nacional e como tal são regidos<sup>229</sup>.

<sup>228</sup> Expressão que pretende significar e representar o que é parte *ab initio* de um determinado universo jurídico.

<sup>229</sup> É de se enfatizar que a origem do império do Brasil teve como amálgama de composição o fato da nação indígena. Esta *religio*, particularmente assumida no Segundo Império, fez a sedimentação entre o Fato indígena e Nação brasileira (terra-povo); plenamente compostos, formal e substancialmente, esta substância constituiu o genoma do que veio a ser o povo brasileiro. Em 1869, pela divulgação de emblemática configuração, é possível bem constatar esta face indígena-nacionalista da realidade nacional onde o índio é mostrado, com ostentação, *representando o Império* e, nesta condição, *coroa* - com louros - D. Pedro II, como Defensor Perpétuo do Brasil. Também é de observar este fato, de singular representatividade, a escultura de Francisco Chaves Pinheiro de 1872, onde aparece também o índio a simbolizar a *Nação brasileira*. Segundo **Lilia Moritz Schwarcz** a escultura referida representa “o documento mais emblemático de sua geração ao embutir no título da obra a intenção do projeto indianista. Com uma postura corporal idêntica à do imperador em sua imagem oficial elaborada por Pedro Américo (...) que o retrata na Fala do Trono, o indígena de Chaves carrega o cetro da monarquia em vez de sua arma, um escudo com o brasão imperial em lugar de sua borduna. O cocar está na cabeça, mas é o manto do rei que cobre a ‘nudez natural’ desse ‘símbolo nobre e puro de nossa origem’. Meio índio, meio nobre; meio selvagem, meio rei, o indígena

Nessa recepção há um certo paralelismo entre os agentes (*brasílndios*) e as teorias *assimilacionistas* ou *integracionistas*, cujas teses pressupõem um juízo indigenista complementar ou gregário, sendo todavia indubitável que o índio, no Brasil, **é fonte** primária de nacionalidade e razão fundamental do Estado brasileiro. Com a marca da complementaridade são todos os outros nacionais que se integraram a eles na origem desta Nação.

A simbiose entre os povos autóctones e o português, desde a progenitura da nacionalidade brasileira, não ensejou que se fizesse uma cisão de sangue e por decorrência de outros componentes na interação, firmando, por determinismo cultural, que a civilização européia se introjetar à dos brasílndios sem que isto constituísse, em si, demérito destes últimos ou prejuízo aos primeiros. A superestrutura cultural brasileira encontra-se com amálgama indígena e em decorrência o genoma das instituições nacionais.

Esta *participação* expõe o hibridismo da alma brasileira e seu modo de ser, traduzindo isto em nossa cultura e na substância etnogênica do Direito brasileiro.

O Decreto nº 4.886, de 20.11.2003, em seu anexo, ao estabelecer a política nacional da igualdade racial, reconheceu formalmente o caráter pluriétnico da sociedade brasileira ocupado pela cultura indígena como integrante da nacionalidade e do processo civilizatório nacional.

Importa, por conseguinte, acentuar que do princípio da participação decorre, passando a conformações subsequentes, resultar institutos jurídicos peculiares. Registre-se, dentre os mais relevantes, o da *receptividade*. Na esteira da receptividade o fato da nacionalidade *brasíndia* (representativa dos primeiros brasileiros) foi recepcionada como pessoa da terra do Brasil pelo Direito português e posteriormente pelo Direito brasileiro; instituto este que herdamos pelas vias da sucessão cultural e que, em razão deste fato, veio a constituir uma gentílica original donde se germinou a **cultura brasileira**. Esta eticidade do País é vicejante

---

da escultura de Chaves sintetiza e torna concretas representações dispersas” (“As Barbas do Imperador D. Pedro II, um Monarca nos Trópicos”, editora Cia. das Letras, 1998, pág. 147).

em meio às instituições públicas e privadas. Recepcionou-se, é significativo lembrar um exemplo, a prática do escambo e do extrativismo e suas várias modalidades de remuneração<sup>230</sup>. Nessa direção muitos outrora costumes: “como o do muxirão ou mutirão, em que os roceiros se socorrem uns aos outros nas derrubadas de mato, nos plantios, nas colheitas, na construção de casas, na fiação de algodão, teriam sido tomados de preferência ao gentio da terra e fundam-se, ao que parece, na expectativa de auxílio recíproco, tanto quanto na excitação proporcionada pelas ceias, as danças, os descantes e os desafios que acompanham obrigatoriamente tais serviços”<sup>231</sup>.

A recepção constituiu um fato natural jurídico-cultural na medida em que jamais se dissociou do binômio povo-superestrutura - os nativos miscigenados à contribuição lusitana recém chegada aos campos e alvoredos dos trópicos. Outros povos, depois, vieram, foram recebidos e integrados ao estrato da sociedade brasileira.

Quem é parte age como tal em todo o substrato nacionalista e este agir, hoje, é legitimado pelo artigo 232 da Constituição Federal: “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”. Esta legitimação cuja interpretação pelos Tribunais ainda é esparsa, não pode, a meu exame, sofrer restrições porque o texto donde promana não inscreve limitações.

Sob o pálio da participação, um outro importante instituto jurídico que se pode identificar em face dos direitos indígenas é o do *privativismo intersocial* onde certificamos uma relação essencialmente privada desde o primevo fato exurgente da colonização. Desde então entremeou-se, sobretudo, brasilíndios, religiosos e colonos - estes últimos como *substância* européia. Situação intestina sob a égide colonialista, livres, semicativa ou

<sup>230</sup> À margem destes usos e costumes transacionais que constituíram fontes do direito outras práticas como o modo de lavrar e obter alimentos especialmente através das coivaras, que o caboclo brasileiro vem repetindo desde tempos remotos da colonização originária da cultura indígena.

<sup>231</sup> Cf. **Sérgio Buarque de Holanda**, “Raízes do Brasil”, editora Cia. Das Letras, 26ª edição, São Paulo, 2009, pág. 60.

parcerias, mas seguramente, com direitos efetivos pavimentados na *iniciativa privada* com vistas ao processo de desbravamento dos Sertões. Com efeito, é preciso consignar que, com a concepção jurídica **participativa**, as disputas entre os nacionais *brasilíndios* e *portugueses* (e brasileiros colonos) eram, como são até os tempos atuais, inteiramente de interesse privado voltadas à composições intervencionais e à edificação de uma urbanização cívica.

A Constituição em seu artigo 5º, VI, quando afirma a liberdade de consciência e de crença assegurando o seu exercício, estabelece o reconhecimento dos usos e costumes, tradições, como inseridos no complexo mosaico da vida nacional.

É de se observar nesse direcionamento ainda que o princípio da participação, como prefalado, compreende o dever de preservação segundo o qual é ínsito aos índios o direito-dever inalienável à preservação de seu ecossistema necessário como parte de sua identidade integrada à comunhão nacional. Como faculdade inerente às liberdades privadas ativas, de seus usos e costumes decorrentes de suas diferenças históricas, emerge o reverso destes direitos: exatamente o princípio que impõe a preservação destes valores, patrimônio da sociedade brasileira em geral, conforme já tratado.

Esta discussão de choque de valores, entre os hábitos e costumes por um lado e em especial a produção de alimentos para a sobrevivência por outro, suscita mais algumas digressões em acréscimo às que já foram feitas quando se abordou o tema. Sobretudo há nestes entremeados de especialidades interdisciplinares a eloquente questão da função social da propriedade da terra.

Nesta matéria ao se atribuir aos povos indígenas o **direito** à conservação e à proteção do meio ambiente e da *capacidade produtiva de sua terras* (artigo 16 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas), ficou assentado que não estão imunes às determinações da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e tampouco da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Sobre a regra preservacionista *das terras indígenas produtivas* em face de seu usufruto exclusivo aduz **Juliana Santilli**, (referência já feita) que quando as atividades se destinassem a fins *comerciais* apenas em tais hipóteses estariam sujeitas às normas

legais restritivas, inclusive de natureza ambiental (g. n.)<sup>232</sup>. Quero crer, em divergência parcial, além das proibições trazidas pelo direito ecológico e ambiental, as limitações alcançam a suas atividades tradicionais de forma abrangente. Estas se submetem àquelas restrições independentemente do destino destes produtos. Quanto ao mérito destas atividades tenho convicção de que não podem estar engessadas em ações primitivas, como tenho referido, mas devem estar voltadas para os brasileiros índios de hoje e do futuro e seus progressos diante dos desafios do século XXI.

### 3. O princípio da atributividade

Um outro importante **princípio** típico do jusindigenismo, pode ser inscrito como da **atributividade específica**.

Significa que as origens dos direitos indígenas decorrem da *acessão* do fato de sua naturalidade ao direito-civilização, consolidado na corporação gentílica e na filiação das terras indígenas ao patrimônio público (português-brasileiro). Na natividade deste rol de direitos se encontra a cártula de direitos fundamentais indígenas: direito à terra, ao matrimônio (como célula *mater* a família e por consequência da sociedade índia e brasileira<sup>233</sup>), direito a seus usos, costumes, tradições etc. Lembre-se, ainda, o direito às áreas consideradas reservas legais contíguas, o direito de posse e propriedade das coisas móveis, o trabalho como valor em si, em suma, todos os direitos subjetivos da pessoa do Brasilíndio.

O Direito Nacional conquanto estabeleça o respeito as

<sup>232</sup> **Juliana Santilli**, “O Usufruto exclusivo das Riquezas Naturais Existentes nas Terras Indígenas”, *op. cit.*, pág. 660.

<sup>233</sup> Antes de todos os valores subjaz um fato que constitui o valor primário, ou o laço valorativo originário: a família. O estabelecimento destes laços e sua evolução consequente constituiu o início da sociedade e do Estado da qual germinaram os demais valores. Estas noções levaram **Hobbes** a afirmar que “a constituição do *meu*, e *teu* e *seu* quer dizer *propriedade*;... onde não há Estado, como já se mostrou, há uma guerra perpétua de cada homem contra seu vizinho, e portanto cada coisa é de quem a apanha e conserva pela força; o que não é propriedade nem comunidade, mas incerteza” (“*Leviatã*”, *op. cit.*, pág. 146).

tradições, costumes e hábitos, não descarta dos imperativos cogentes que a todos subjagam como *próprios* da humanidade. A proteção pública e privada dos direitos indígenas decorre do princípio da participação que arrima o Direito Indígena.

Neste sentido também o princípio da atributividade se imbrica perfeitamente com o da participação.

A Constituição estabeleceu princípios pétreos de certeza destes direitos assegurados que estão compreendidos na amplitude do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º, *caput*).

## CAPÍTULO X

### Conclusões

Por via de síntese, é preciso contemplar, com a abrangência conectiva, que o Brasil, desde sua origem, sempre se identificou por processo evolutivo natural, ou como querem alguns vegetativo, em seu curso e vertentes<sup>234</sup> ao contrário de outras sociedades no mundo que foram marcadas de determinação valorativa nítida. Esta característica não sugeriria interpretar como um possível demérito de nossa civilização mas, tão somente, mostra a peculiaridade de nossa sociedade<sup>235</sup>. Não significa, outrossim, que ocorrem diferenças no tocante à alma dos povos existentes ainda que inegáveis as aparências dessemelhantes.

Mas, especialmente, o grau de maturação social que tinge os institutos que permeiam o *Código* Indígena tende sugerir a composição de uma base horizontal no sistema jurídico à luz de

<sup>234</sup> A questão é pouco tratada pelos sociólogos ficando quase em sua totalidade ocupada pelos economistas e políticos e, ainda, talvez sob alguns enfoques traduz uma falsa questão. Sem prejuízo disto penso ser possível investigar o tema e meditar sobre critérios macroculturais de cada civilização.

<sup>235</sup> Especula-se sobre a formação da civilização brasileira assentada no fato da escravidão que teria amolecido a flama vivencial do nosso povo. O trabalho que se destinou as elites como apenas *de mando* desde os nascedouros de nossa economia e produção espetado no trabalho efetivo de braços cativos ou semicativos (seja indígena, negro ou imigrante) não pode desmerecer nenhum dos edificadores desta Nação. De sua contribuição **Sérgio Buarque de Holanda** em sua obra clássica traz sugestiva revelação da personalidade do brasileiro: o homem cordial.

princípios que sedimentaram os valores da nossa civilização e que não é reflexiva (não tem paralelo) com nenhuma outra nem se apequena ou aceita seja tracionada a reboque de teorias alienígenas.

Em adequada comparação, **José Reinaldo de Lima Lopes** aponta que no Brasil sempre se observou, quanto à política indigenista, a ideologia integracionista, cuja crítica já tivemos oportunidade de discorrer, não só em relação aos índios mas também face a outras culturas acolhendo a integração de todos que aqui aportaram trazendo suas diferenças exógenas e comportamentais. Não discriminá-los sempre foi o princípio alimentador de nossa cultura que tem, no mundo, poucos exemplos similares, haja vista a sociedade norte-americana que convive numa realidade de compartimentos com outras populações imigrantes conforme já lembrado. E a ideologia brasileira constituída mais ainda se robustece em relação aos índios porquanto estes, em nosso seio, sempre foram *parte* do que somos como nacionalidade. Nestes alinhamentos, finaliza o autor retrocitado que: “O mesmo vale para as reivindicações de minorias étnicas ou outras, visto que também aqui o que está em jogo é o reconhecimento universal do valor intrínseco de cada ser humano (a *dignidade humana*, na frase de **Kant**). Como no caso da distribuição das riquezas, na distribuição do ‘respeito’ joga papel importante a consideração de violências e injustiças passadas sofridas por grupos sociais e culturalmente minoritários, que não reivindicam hoje a segregação, autarquização, *apartheid*, guetos ou isolamentos. Reivindicam, ao contrário, **participação** sob o signo do respeito igual”<sup>236</sup> (g. n.).

Penso que se qualifica, como vimos, este pensamento como nuclear amostra do princípio do direito participativo, que dá melhor a notícia do gene científico jurídico indigenista. É preciso, todavia, que se desperte para a natureza essencial da realidade destes direitos indígenas antes que se deteriore por força das inanições ou das interpretações assistemáticas e obtusas.

O *Código* Indígena tem *fator jurídico* próprio que impõe seja respeitado, sistematizado e observado dialeticamente sem desagregação no seio da civilização brasileira.

<sup>236</sup> **José Reinaldo de Lima Lopes**, “Desigualdades Jurídicas - Povos Indígenas, Favelados e Sem-Terras”, in Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano I, número cinco, Brasília, outubro/dezembro/2002, pág. 85.

Dos princípios mostrados, por decorrência deste amálgama institucionalizado, outrossim, sobreleva-se ser possível extrair que há, sem embargo, autonomia do direito indígena entre nós e com específicas características no campo das disciplinas autônomas. A isto se agrega um componente dinâmico determinado pelo cumprimento da função social pela dogmática indígena. A despeito disso poucas Faculdades de Direito têm esta disciplina na sua grade curricular.

Por outra face o preservacionismo, é preciso que fique sublinhado, em relação aos silvícolas que se presumem existir em nosso Território, que devem ser conhecidos e localizados como brasileiros titulares da nossa soberania sem todavia relegá-los ao atraso em que vivem (considerando os seus estágios evolutivos). O País tem por meta em sua Carta Política a incorporação de todos os indígenas que se crê existir nas regiões mais remotas e desconhecidas. Tal empreitada que é atribuição do Estado é também um dever social e impositivo de toda a sociedade brasileira.

É preciso não descurar dos fatos enquanto iguais e desiguais. A igualdade examinada no tópico referente aos tratamentos constitucionais entre a pessoa e o cidadão é indistinta e conseqüentemente deve se submeter ao mesmo tratamento jurídico considerando, entretanto, suas diferenças. Assim, o índio e o silvícola são iguais como nacionais considerando as situações e realidades diferentes entre eles.

Em relação aos habitantes das aldeias, é importante que se reconheça a integração gerencial à *sociedade* indígena a ser exercitada através de poderes inerentes ao domínio comum sobre tudo quanto refira o senhorio de suas terras, segundo limites a serem fixados pela comunidade e transpostos para o *Código Indígena, ligados à concepção de sociedade também econômica*. Nestes parâmetros aos integrantes destas sociedades é de ser reconhecida a liberdade individual quanto aos direitos concernentes ao uso da coisa comum considerando parcerias que venham a beneficiar as pessoas e a aldeia.

Ainda no que toca ao princípio da atributividade específica é de se reasserar que, a **cidadania plena** não se exaure na realização apenas formal mas com a promoção efetiva destas pessoas aos bens culturais e econômicos da sociedade brasileira

especialmente a educação, dignidade e liberdade de opção de vida (cidadania efetiva). Sobretudo, a consciência subjetiva de que ser índio é uma aresta indisponível da pessoa.

As reservas indígenas situadas na faixa de fronteira como requisito de preservação da segurança do Estado deveriam, *de lege ferenda*, submeter-se à legislação clausular de reserva quanto à disponibilidade a semelhança daquelas existentes no **Direito Agrário**, ordinariamente estatuídas.

Assegure-se ao se apresentar a inserção no *Código* Indígena, antes de se reconhecer a condição de índio para os fins e efeitos que se quer determinar, que se faz preciso ter presente que a individualidade índia se impõe com o fato *humano*; após redimensiona-se o indivíduo como *pessoa* com a dignidade universal; do indivíduo sobreleva o *cidadão* com seus deveres para com a sociedade e o Estado; por fim o *indigenismo* como faculdade inerente à sua origem gentílica brasileira. Muito se deve reconhecer ao índio para que não seja ele sempre marcado pela diferença prejudicial que lhe travou nas páginas do tempo. Na igualdade desta matriz todos os potenciais não podem sofrer restrições. A discriminação positiva que alguns acolhem irrestritamente pode representar faces altamente deletérias e deve ser recepcionada com razoabilidade.

O humanismo vem da semente (origem), fonte de toda vida individual e segundo **Pico della Mirandola** acrisola a essência da liberdade: “Para que compreendamos, a partir do momento em que nascemos na condição de sermos o que quisermos, que o nosso dever é preocuparmo-nos sobretudo com isto: ... a livre escolha que ele (Deus) nos concedeu. Que a nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentarmos com as coisas medíocres, mas de anelarmos as mais altas, de nos esforçarmos por atingi-las, com todas as nossas energias, desde o momento em que, querendo-o, isso é possível”<sup>237</sup>.

Em última razão, o homem (pessoa) é o destino de todo o direito - *omne ius hominum causa constitutum est* - e de conformidade com esta máxima de nossa ciência não se recepciona qualquer *obrigação* de viver por imposição de costumes ou de hábitos,

<sup>237</sup> **Pico della Mirandola**, “Discurso Sobre a Dignidade do Homem”, edições 70, Lisboa, s/d, pág. 55.

voltados para perenizar o pretérito mas um direito a ser exercido; nada justifica a limitação de suas faculdades jurídicas mas exclusiva e restritivamente os dispositivos em que a Constituição Federal prevê e na forma de seus exercícios.

A ampla cidadania é o universo dos direitos fundamentais no facultativo privado. Como visto alarga-se para além dos horizontes do direito externo; alastra-se por toda a perspectiva dos direitos que vicejam dentro do périplo das células sociais.

Dentro do Estado, no concerto das nações estratificadas, a brasilidade decorre dos imperativos da soberania e portanto não se apartam os direitos essenciais dos bens da vida.

Estabelecida esta fundação ao *Código* Indígena verificamos que os direitos que o sediam têm a teleologia de uma comunidade de indivíduos sempre em permeio à sociedade multirracial como a chamada *unidade nacional brasileira*. De todas as contribuições raciais temos um pouquinho; de duas especialmente temos preponderante a ameríndia e a afrodescendente.

A proteção deve vir sempre como viés de promoção aos anseios inerentes às faculdades individuais para a realização pessoal e secundada pela imbricação da identidade social do grupo a que pertence. Conforme **Couto de Magalhães**: “Este grande colosso, que se forma ainda com o nome de Brasil, é um imenso cadinho onde o sangue europeu se veio fundir com o sangue americano”<sup>238</sup>, acrescentada a participação do sangue vindo da África. Ou como registra **Leandro Narloch**: “Muitos historiadores mostram números desoladores sobre o genocídio que os índios sofreram depois de conquista portuguesa. Dizem que a população nativa diminuiu dez, vinte vezes. As tribos passaram mesmo por um esvaziamento, mas não só por causa de doenças e ataques. Costuma-se deixar de fora da conta o *índio colonial*, aquele que largou a tribo, adotou um nome português e foi compor a conhecida miscigenação brasileira ao lado de brancos, negros e mestiços - e cujos filhos, pouco tempo depois, já não se identificavam como índios. Não foram poucas vezes, nem só no Rio, que isso aconteceu. Por todo o Brasil, índios foram para as cidades e passaram a trabalhar na construção de pontes, estradas, como marceneiros, carpinteiros, músicos, vendendo chapéus, plantando

<sup>238</sup> **General Couto de Magalhães**, “O Selvagem”, *op. cit.*, pág. 22.

hortaliças e cortando árvores - e até caçando negros fugitivos. Nas aldeias ao redor de São Paulo, não se sabe de cargos vitalícios como entre os Souza de Niterói (Araribóia), mas há sinais de que os índios aldeados também se integraram. Em 2006, o historiador Marcio Marchioro achou documentos com nome, cargo, idade, profissão e número de filhos dos chefes indígenas na virada do século 18 para o século 19. São todos nomes portugueses, todos antecidos da palavra 'índio'. Esses nativos da terra devem ter ajudado a tornar comuns alguns sobrenomes brasileiros"<sup>239</sup>.

Muitos Silva, Lima, Botelhos, Corrêa, etc., estão entre os incomensuráveis elos dos proprietários rurais por todo o Brasil que sofrem e ainda se desincumbem das ingentes tarefas de produzir alimentos, com todas suas mazelas, hoje, para o mundo. Outros, com os mesmos nomes, estão estigmatizados por impositivo de sombras que os cientistas naturalistas teimam em aprisioná-los no atraso para a apreciação daqueles que julgam as paisagens sem atentar a espiritualidade.

Exatamente por isso, *índios* somos, um pouco, todos nós brasileiros; uns há mais tempo outros mais recentes.

Nós somos eles e eles nós; somos os que escravizaram e os escravos, os que mataram e os que morreram: somos, enfim, o resultado do ontem.

## BIBLIOGRAFIA

(Ordem de citação)

1. **Barbujani**, Guido - "A Invenção das Raças", tradução Rodolfo Ilari, editora Contexto, São Paulo, 2007;
2. **Marconi**, Marina de Andrade e **Pressotto**, Zélia Maria Neves - "Antropologia uma Introdução", editora Atlas, São Paulo, 2007;
3. **Pena**, Sérgio D. J. - "Humanidade Sem Raças?", editora Publifolha, São Paulo, 2008;
4. **Silva**, Nuno J. Espinosa Gomes da - "História do Direito Português", editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006;

<sup>239</sup> **Leandro Narloch**, "Guia Politicamente Incorreto da História do Brasil", *op. cit.*, pág. 40.

5. **Oliveira Martins** - “História de Portugal”, Guimarães Editores, Lisboa, 1987;
6. **Levinas**, Emmanuel - “Totalidade e Infinito”, tradução José Pinto Ribeiro, editora Edições 70, Portugal, 1980;
7. **Nietzsche**, Friedrich Wilhelm - “Humano, Demasiado Humano”, tradução Paulo César de Souza, editora Scwarcz, São Paulo, 2007;
8. **Ansell-Pearson**, Keith - “Nietzsche Como Pensador Político”, tradução Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama, editora Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1997;
9. **Bertonha**, João Fábio - “Os Italianos”, editora Contexto, São Paulo, 2008;
10. **Santos Filho**, Roberto Lemos - “Apontamentos Sobre o Direito Indigenista”, editora Juruá, Curitiba, 2005;
11. **Hegel**, Georg Wilhelm Friedrich - “Filosofia da História”, tradução Maria Rodrigues e Hans Harden, 2ª edição, editora UnB, Brasília, 2008;
12. **Toledo**, Roberto Pompeu de - “A Capital da Solidão - Uma História de São Paulo das Origens a 1900”, editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2003;
13. **Bittar**, Eduardo C. B. - “Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos”, editora Manole, São Paulo, 2004;
14. **Beviláqua**, Clóvis - “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil - Comentado”, edição histórica, editora Rio, Rio de Janeiro, 1979;
15. **Matos**, Raimundo José da Cunha - “Corografia Histórica da Província de Minas Gerais - 1837”, volume 2, editora Itatiaia/EDUSP, São Paulo/Minas Gerais, 1981;
16. **Gonzaga**, João Bernardino - “O Direito Penal Indígena - à Época do Descobrimento do Brasil”, editora Max Limonad, São Paulo, s/d;

- 17. Ricardo**, Carlos Alberto (editor) - “Povos Indígenas no Brasil (1996/2000)”, edição do Instituto Socioambiental, São Paulo, 2000, 831 páginas;
- 18. Couto de Magalhães**, General - “O Selvagem”, editora USP/Livraria Itatiaia, São Paulo, edição comemorativa do centenário da 1ª edição, 1975;
- 19. Silva**, José Afonso da - “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2007;
- 20. Narloch**, Leandro - “Guia Politicamente Incorreto da História do Brasil”, editora Leya, São Paulo, 2009;
- 21. Amado**, Janaína e **Figueiredo**, Luiz Carlos (organização) - “Brasil 1500 - Quarenta Documentos”, editora UnB, Brasília, 2001;
- 22. Stefanini**, Luiz de Lima - “A Propriedade no Direito Agrário”, editora RT, São Paulo, 1978;
- 23. José**, Oiliam - “Indígenas de Minas Gerais”, editado pelo Governo de Minas Gerais, 1965;
- 24. Villares**, Luiz Fernando - “Direito e Povos Indígenas”, editora Juruá, Curitiba, 2009;
- 25. Del Priore**, Mary e **Venâncio**, Renato - “Uma História da Vida Rural no Brasil”, editora Ediouro, Rio de Janeiro, 2006;
- 26. Garcia**, Paulo - “Terras Devolutas”, editora Oscar Nicolai, Belo Horizonte, 1958;
- 27. Saint-Hilaire**, Auguste de - “Viagem pelo Distrito dos Diamantes e Litoral do Brasil”, tradução de Leonam de Azevedo Penna, editora Itatiaia, Belo Horizonte, 2004;
- 28. Lévi-Strauss**, Claude - “Tristes Trópicos”, tradução Rosa Freire D’Aguiar, editora Cia. das Letras, São Paulo, 2009;
- 29. Ribas**, Antonio Joaquim - “Da Posse e das Ações Possessórias - segundo o Direito Pátrio Comparado com o Direito Romano e Canônico”, editora Miguel Melillo, São Paulo, 1901;

- 30. Teixeira de Freitas**, Augusto - “Consolidação das Leis Civis”, volume 1º, 3ª edição, Livraria Garnier, Rio de Janeiro/Paris, 1875;
- 31. Bueno**, Eduardo - “Brasil: Uma História – A Incrível Saga de Um País”, 1ª edição, editora Ática, São Paulo, 2002;
- 32. Saraiva**, José Hermano - “História de Portugal”, Publicações Alfa, Lisboa, 1993;
- 33. Fernandes**, Florestan - “A Função Social da Guerra na Sociedade Tupinambá”, 3ª edição, editora Globo, São Paulo, 2006;
- 34. Staden de Homberg**, Hans - “A Verdadeira História dos Selvagens, Nus e Ferozes, Devoradores de Homens, Encontrados no Novo Mundo, a América”, tradução Pedro Sússekind, editora Dantes, Rio de Janeiro, 1998;
- 35. Nabuco**, Joaquim - “O Direito do Brasil”, volume VIII, edição Instituto Progresso Editorial, São Paulo, 1949;
- 36. Langer**, William - “Crónica Histórica Ilustrada del Paraguay - I Paraguay Colonial”, Distribuidora Quevedo de Ediciones, Buenos Aires, 1998;
- 37. Perrone-Moisés**, Beatriz - “Índios Livres e Índios Escravos”, in “História dos Índios do Brasil”, organização Manuela Carneiro da Cunha, editora Cia. das Letras, São Paulo, 1992;
- 38. Vasconcelos**, Diogo de - “História Antiga das Minas Gerais”, editora Itatiaia/EDUSP, Belo Horizonte, 1999;
- 39. Otoni**, Teófilo - “Notícia Sobre os Selvagens do Mucuri”, editora UFMG, Belo Horizonte, 2002;
- 40. Miranda**, Alcir Gursen de - “Historiando a Terra de Macunaíma - A Questão Indígena”, editora EBV, Boa Vista, Roraima, 2002;
- 41. Stefanini**, Luiz de Lima - “A Questão Jusagrarista na Amazônia”, editora CESUP, co-edição da Associação dos Magistrados do Estado do Pará, 1984;

- 42. Del Priore, Mary e Venâncio, Renato Pinto** - “O Livro de Ouro da História do Brasil”, editora Ediouro Publicações, São Paulo/Rio de Janeiro, 2001;
- 43. Alcântara Machado** - “Vida e Morte do Bandeirante”, Livraria Martins editora, São Paulo, 1965;
- 44. Russell, Bertrand** - “História da Filosofia Ocidental”, livro quarto, tradução Brenno Silveira, editora Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1968;
- 45. Ameal, João** - “História de Portugal”, 2ª edição, editora Livraria Tavares Martins, Porto, Portugal, 1942;
- 46. Novais, Fernando A.** - “História da Vida Privada no Brasil”, volume 1, editora Cia. das Letras, São Paulo, 1997;
- 47. Gomes, Laurentino** - “1808-- Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil”, editora Planeta do Brasil, São Paulo, 2008;
- 48. Gamboa, Pedro Sarmiento de** - “Crónica Histórica Ilustrada del Paraguay - I Paraguay Colonial”, Distribuidora Quevedo de Ediciones, Buenos Aires, 1998;
- 49. Andrada e Silva, José Bonifácio (1763-1838)** - “Projetos para o Brasil”, organização Miriam Dolhnikoff, editora Cia. das Letras, São Paulo, 1998;
- 50. Dias, Manuel Nunes** - “A Companhia Geral do Grão Pará e Maranhão (1757 - 1778)”, 2 volumes, editora Universidade do Pará, Belém, 1990;
- 51. Walsh, Robert** - “Notícias do Brasil - 1828/1829”, editora Itatiaia/USP, Belo Horizonte, 1985;
- 52. Slemian, Andréa e Pimenta, João Paulo G.** - “A Corte e o Mundo”, editora Alameda Casa editorial, São Paulo, 2008;
- 53. Junqueira, Messias** - “As Terras Devolutas na Reforma Agrária”, editora RT, São Paulo, 1964;

- 54. Mendes Junior**, João - “Os Indígenas do Brasil, seus Direitos Individuais e Políticos”, editora Tipografia Hennies Irmãos, São Paulo, 1912;
- 55. Mommsen**, Theodorus e **Krueger**, Paulus - “Corpus Iuris Civilis - Digesta”, volume primeiro, ed. Weidmann, Dublin/Zurich, Alemanha, 1973;
- 56. Biondi**, Biondo - “Istituzioni di Diritto Romano”, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1972;
- 57. Arangio-Ruiz**, Vincenzo - “Istituzioni di Diritto Romano”, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1978;
- 58. Stefanini**, Luiz de Lima - “Quod Natura Animalia Ominia Docuit”, in “Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região”, nº 81, São Paulo, jan.-fev./2007;
- 59. Hobbes**, Thomas - “Leviatã”, tradução Heloisa da Graça Burati, 1ª edição, editora Rideel, São Paulo, 2005;
- 60. Cretella Júnior**, José - “Curso de Direito Romano”, editora Forense, Rio de Janeiro, 1978;
- 61. Campanhole**, Adriano - “História da Fundação de Assis”, editora CIP - Brasil, São Paulo, 1985;
- 62. Moreira Alves**, José Carlos - “Parecer”, data 16.05.2005;
- 63. Kant**, Immanuel - “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, tradução Leopoldo Holzbach, editora Martin Claret, São Paulo, 2002;
- 64. Ribeiro**, Darcy - “Os Índios e a Civilização”, 3ª reimpressão, editora Cia. das Letras, São Paulo, 2004;
- 65. Serpa Lopes**, Miguel Maria de - “Curso de Direito Civil”, volume 1, 2ª edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro/São Paulo, 1957;
- 66. Barros Monteiro**, Washington de - “Curso de Direito Civil”,

Parte Geral, volume 1, 5ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 1963;

**67. Rodrigues, Silvio** - “Direito Civil”, volume I, 11ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 1981;

**68. Gomes, Orlando** - “Introdução ao Direito Civil”, 5ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 1977;

**69. Nery Jr., Nelson e Andrade Nery, Rosa Maria de** - “Código Civil Anotado”, 2ª edição, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003;

**70. Santilli, Juliana** - “O Usufruto Exclusivo das Riquezas Naturais Existentes nas Terras Indígenas”, *in* “Direito Agrário Brasileiro”, coordenador Raymundo Laranjeira, editora LTr, São Paulo, 2000;

**71. Canotilho, J. J. Gomes** - “Direito Constitucional”, editora Almedina, Coimbra, Portugal, 1993;

**72. Cunha, Manuela Carneiro da** - “Legislação Indigenista do Século XIX”, editora EDUSP, São Paulo, 1992;

**73. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves** - “Curso de Direito Constitucional”, editora Saraiva, São Paulo, 1983;

**74. Ferraz Junior, Tércio Sampaio** - “Consulta-Parecer - A Demarcação de Terras Indígenas e seu Fundamento Constitucional”, data 18.12.2001;

**75. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti** - “Comentários à Constituição de 1967”, Tomo 1, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, s/d;

**76. Santilli, Márcio** - “Os Brasileiros e os Índios”, editora SENAC, São Paulo, 2000;

**77. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves** - “Parecer”, data 26.10.2009;

**78. Lima, Antonio Carlos de Souza Lima** - “O Governo dos Índios sob a Gestão do SPI”, *in* “História dos Índios do Brasil”,

organização Manuela Carneiro da Cunha, editora Cia. das Letras, São Paulo, 1992;

**79. Fiorillo**, Celso Antonio Pacheco - “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, 9ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 2008;

**80. Tourinho Neto**, Fernando da Costa - “Os Direitos Indígenas e a Constituição”, editora Fabris, Porto Alegre, 1993;

**81. Pontes de Miranda**, Francisco Cavalcanti - “Comentários à Constituição de 1946”, 2ª edição, editora Max Limonad, São Paulo, 1953;

**82. Cavalcanti**, Themístocles Brandão - “A Constituição Federal Comentada”, editora José Konfino, Rio de Janeiro, 1956;

**83. Osório**, Joaquim Luiz - “Direito Rural”, 2ª edição, editor José Konfino, Rio de Janeiro, 1948;

**84. Hegel**, Georg Wilhelm Friedrich - “Fenomenologia do Espírito”, 3ª edição, tradução Paulo Meneses, editora Vozes/Universidade de São Francisco, Rio de Janeiro/São Paulo, 2005;

**85. Valladão**, Haroldo - “História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro”, editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1977;

**86. Ayres Britto**, Carlos - “Teoria da Constituição”, editora Forense, Rio de Janeiro, 2003;

**87. Bandeira de Mello**, Celso Antonio - “Curso de Direito Administrativo”, 21ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2006;

**88. Ferreira Filho**, Manoel Gonçalves - “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, volume IV, editora Saraiva, São Paulo, 1995;

**89. Bonavides**, Paulo - “História Constitucional do Brasil”, 5ª edição, editora OAB, Brasília, 2004;

**90. Gonçalves**, Josiane Cristina Cremonizi - “1º Encontro Estadual

de Procuradores do Estado de São Paulo com Atuação na Área Ambiental”, edição CEPGE, série Eventos, São Paulo, 2008;

**91. Moraes**, Alexandre de - “Constituição do Brasil Interpretada”, 2ª edição, editora Atlas, São Paulo, 2003;

**92. Silva**, José Afonso da - “Comentário Contextual à Constituição”, editora Malheiros, São Paulo, 2007;

**93. Pinto Ferreira** - “Comentários à Constituição Brasileira”, volume VII, editora Saraiva, São Paulo, 1995;

**94. Araujo**, Luiz Alberto David/**Nunes Júnior**, Vidal Serrano - “Curso de Direito Constitucional”, 12ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 2008;

**95. Burdese**, Antonio - “Diritto Privato Romano”, 3ª edizione, Unione Tipografico-editrice Torinese - UTET, Torino, Itália, 1977;

**96. Moreira Alves**, José Carlos - “Direito Romano”, volume I, editora Forense, Rio de Janeiro, 1978;

**97. Ferraz Junior**, Tércio Sampaio - “Introdução ao Estudo do Direito”, 4ª edição, editora Atlas, São Paulo, 2003;

**98. Schwarcz**, Lilia Moritz - “As Barbas do Imperador D. Pedro II, Um Monarca nos Trópicos”, editora Cia. das Letras, São Paulo, 1998;

**99. Holanda**, Sérgio Buarque de - “Raízes do Brasil”, 26ª edição, editora Cia. das Letras, São Paulo, 2009;

**100. Lopes**, José Reinaldo de Lima - “Desigualdades Jurídicas - Povos Indígenas, Favelados e Sem-Terras”, in Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano I, nº 5, Brasília, outubro/dezembro de 2002;

**101. Pico della Mirandola** - “Discurso Sobre a Dignidade do Homem”, edições 70, Lisboa, s/d.

## APÊNDICE

PETIÇÃO 3.388 - Roraima  
Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal  
Ação Popular de Demarcação da Terra Indígena Raposa  
Serra do Sol

Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto  
Advogado: Antônio Márcio Gomes das Chagas  
Requerida: União Federal  
Advogado: Advogado-Geral da União  
Relator: Min. Ayres Britto

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro CARLOS AYRES BRITTO - (Relator):  
Trata-se de ação popular contra a União, ajuizada em 20 de maio de 2005. A Ação da autoria do senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, portador do título eleitoral (...). Assistido ele, autor popular, pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (...).

2. De pronto, esclareço que o processo contém 51 (cinquenta e um) volumes, sendo que a inicial impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Daí o pedido de suspensão liminar dos efeitos da Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15.04.2005, este do Presidente da República. **No mérito, o que se pede é a declaração de nulidade da mesma portaria.**

3. Para atingir seu objetivo, o autor popular junta cópia de um laudo pericial já constante de uma outra ação popular, ajuizada perante a Justiça Federal de Roraima. Refiro-me ao Processo nº 1999.42.00.000014-7, extinto sem apreciação do mérito, por efeito do julgamento da Reclamação 2.833. Como faz a juntada, por aditamento à petição inicial, de cópia do “Relatório parcial da Comissão Temporária Externa do Senado Federal sobre demarcações de terras indígenas”. Relatório elaborado em 2004.

4. É assim baseado nesses documentos que o requerente sustenta que a portaria em tela mantém os vícios daquela que a antecedeu (a de nº 820/98). Vícios que remontam ao processo

administrativo de demarcações, que não teria respeitado as normas dos Decretos nºs 22/91 e 1.775/96. Alega, nesse ponto, que não foram ouvidas todas as pessoas e entidades afetadas pela controvérsia, e que o laudo antropológico sobre a área em questão foi assinado por apenas um profissional (Dra. Maria Guiomar Melo), o que seria prova de uma presumida parcialidade. Tese que é robustecida com a alegação de fraudes e insuficiências múltiplas nos trabalhos que redundaram na demarcação em causa.

5. A título de novo reforço argumentativo, foi argüido que a reserva em área contínua traria conseqüências desastrosas para o Estado roraimense, sob os aspectos comercial, econômico e social. Quanto aos interesses do País, haveria comprometimento da segurança e da soberania nacionais. Tudo a prejudicar legítimos interesses dos “não-índios”, pessoas que habitam a região há muitos anos, tornando-a produtiva no curso de muitas gerações.

6. Por último, argumenta o autor que haveria desequilíbrio no concerto federativo, visto que a área demarcada, ao passar para o domínio da União, mutilaria parte significativa do território do Estado. Sobremais, ofenderia o princípio da razoabilidade, ao privilegiar a tutela do índio em detrimento, por exemplo, da livre iniciativa.

7. Prossigo nesse reavivar dos fatos para dizer que a ação foi proposta neste Supremo Tribunal Federal por motivo do julgamento proferido na Reclamação 2.833. Ocasão em que ficou decidido competir “a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena” (Raposa Serra do Sol).

8. Dito isso, averbo que indeferi a liminar. Decisão que foi confirmada no julgamento do subsequente agravo regimental.

9. Na seqüência, a União apresentou sua defesa (fls. 309/328, Volume 2), rebatendo – um a um – os fundamentos articulados na inicial. Antes, porém, a ré fez um levantamento histórico da ocupação indígena em toda a região, paralelamente à evolução legislativa sobre o assunto, desde o Brasil-colônia.

10. Para além de tudo isso, a contestante, dizendo-se respaldada pelo art. 231 e parágrafos da Carta Magna, arrematou o seu raciocínio com o juízo de que “não é o procedimento demarcatório que cria uma posse imemorial, um **habitat** indígena, mas somente delimita a área indígena de ocupação tradicional, por

inafastáveis mandamentos constitucionais e legais”. Donde o seguinte acréscimo de idéias: a) não há lesão ao patrimônio público; b) o autor não comprovou a ocorrência dos vícios apontados na inicial; c) a diferença de 68.664 hectares, detectada entre a área da Portaria nº 820/98 e a da Portaria nº 534/2005, “é perfeitamente comum e previsível nas demarcações”.

11. Anoto, agora, que as partes não requereram outras prova (fls.) e somente a União ofereceu razões finais de fls.

12. Ato contínuo, o processo foi remetido à Procuradoria-Geral da República, de cuja análise retornou em 28.04.2008 e com parecer pela improcedência da ação (fls.). Parecer cujos fundamentos estão sintetizados na seguinte ementa:

“Petição. Ação Popular. Ato de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e respectiva homologação. Delineamento do modelo constitucional atual em relação aos índios. Necessidade de demarcação das áreas tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas, como a de que tratam os autos, para a preservação de sua tradição e cultura. Distinção entre o conceito de posse indígena e aquela do Direito Civil. Legitimidade do procedimento administrativo de que decorreram os autos questionados, regido por decreto específico. Estudo antropológico realizado por profissional habilitado para tanto. Respeito ao contraditório e à ampla defesa. Risco à soberania nacional que, se existente não possui imediata implicação com o modelo de respeito ao direito de posse dos indígenas, no que diz com o elemento geográfico, havendo de ser avaliado e, se for o caso, eliminado por mecanismos outros de proteção. Abalo à autonomia do Estado de Roraima elidida pelo caráter originário e anterior do direito dos indígenas. Processo natural em território que sempre contou com a presença de numerosos grupos indígenas. Parecer pela improcedência do pleito.”

13. Acresce que, somente em 05.05.2008, quando já encerrada a instrução do processo, compareceu a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para requerer “seu ingresso no feito na qualidade de juridicamente interessada” (petição de fls.). Para o que

anexou, por meio da petição, cópias de numerosos documentos (processos administrativos, fotografias, mapas e relatórios), pugnando, em nada menos que 35 (trinta e cinco) laudas, pela improcedência do pedido inicial. Oportunidade em que perfilhou o entendimento da União, revitalizando-lhe os fundamentos. No conjunto, os documentos apresentados pela FUNAI compuseram os volumes de nºs 2 a 19, fls.

**14. Dois dias depois (07.05.2008), foi a vez de o Estado de Roraima fazer idêntico movimento, na outra ponta do processo** (petição). Pelo que, ao cabo de 120 (cento e vinte) laudas de minuciosa exposição e escorado em abundantes cópias de documentos, aquela unidade federativa também requereu “seu ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência de litisconsórcio necessário..., possibilitando, assim, a defesa de seu patrimônio” (fls.). Defesa que animou o peticionário a fazer um retrospecto de todos os atos e episódios que confluíram para demarcação, **de forma contínua**, da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Tudo a compor um processo administrativo que estaria crivado de nulidades formais e materiais, já apontadas na inicial.

15. Não é só. O Estado roraimense houve por bem agregar novos fundamentos à causa do autor popular e seu assistente, assim resumidos: **a)** inconstitucionalidade do Decreto nº 22/91; **b)** nulidade da ampliação da área indígena, cuja demarcação demandaria feitura de lei; **c)** impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais; **d)** ofensa ao princípio da proporcionalidade; **e)** necessidade de audiência do Conselho de Defesa Nacional; **f)** impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por meio de simples decreto presidencial.

16. Nessa mesma toada de intermináveis dissensos é que foram assestados novos pedidos, aplicáveis a “*qualquer demarcação de terras indígenas*”, saber: a) adoção da forma descontínua, ou “em ilhas”; b) exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; c) exclusão da área de 150 km, referente à faixa de fronteira; d) exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988; e) exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Cotingo e do Parque Nacional de Monte Roraima. Imprescindível anotar que tais postulações fazem parte das

causas de pedir do autor, a exigir uma única solução jurídica: a nulidade da portaria do Ministério da Justiça.

17. Por último, o Estado requereu a expedição de ordem à União para que ela se abstinhasse “de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc.”

18. Passo averbar que, **nos dias 13, 14 e 16 do mês de maio do fluente ano, também acorreram ao processo Lawrence Manly Harte e outros (petição nº), a Comunidade Indígena Barro e outras (petição nº) e, bem assim, a Comunidade Indígena Socó (petição nº)**. Os primeiros, com a finalidade de integrar o pólo ativo da ação (fls. vols.). Já as comunidades indígenas, o que elas pretendem é se colocar no pólo passivo da demanda (fls., vols.). Todos eles, requerentes, louvados em fundamentos que, de uma forma ou de outra, já constavam dos autos.

19. Seja como for, o certo é que, no tocante a esses novos pedidos de ingresso no feito, determinei abertura de vista às partes originárias do processo, sobrevindo o pronunciamento apenas da União (fls., vol.). Pronunciamento no sentido de admitir o ingresso da FUNAI e das comunidades indígenas há pouco referidas, nada dizendo, contudo, sobre os pedido de Lawrence Manly Harte e outros.

20. Já no que toca ao requerimento do Estado de Roraima, a União entende que ele é de ser desentranhado dos autos, juntamente com os respectivos documentos, por veicular pedidos e causas de pedir não oportunamente submetidos ao contraditório, o que significa descabida inovação da lide. Haveria, portanto, a “*impossibilidade do ingresso do Estado ao processo como litisconsorte ativo necessário*.” Mesmo porque, se isso acontecesse, o feito teria de voltar à “estaca zero”, com a abertura de novo prazo para a defesa.

21. Quando muito - já num segundo momento -, a União assente com a admissão do Estado de Roraima, contanto que “*na condição de assistente litisconsorcial, recebendo o processo na fase em que se encontra, não mais podendo formular novos pedidos ou juntar documentos, tudo em respeito ao princípio da eventualidade e sob pena, repita-se, de nulidade do processo*.”

22. Como ponto de arremate, a União repisa os fundamentos

que aportou em sua contestação e razões finais.

23. Registro, agora, que, nos termos do art. 232 da Constituição Federal, abri vista ao Ministério Público Federal de todos os pedidos de ingresso na lide. Do que resultou a manifestação de fls. (vol.), **no sentido de acatar os fundamentos dos requerentes e, conseqüentemente, reconhecer seu interesse jurídico no desfecho da causa.**

24. Muito bem. Sob esse dilargado histórico dos autos, o que se tem como derradeira constatação é o surgimento de múltiplas questões processuais **quando já encerrada a instrução do feito.** Refiro-me aos pedidos de ingresso na lide, formalizados a partir de 05.05.2008. Data em que já se encontrava suficientemente *maduro* o processo para julgamento por este Plenário, o que me levou a considerar como temerária a atuação solitária do relator para decidir sobre tantos e tão subitâneos pedidos. Decisão solitária que, seguramente, ensejaria a interposição de recurso pelas partes que se sentissem prejudicadas, de modo a retardar, ainda mais, uma definitiva prestação jurisdicional em causa de grande envergadura constitucional e sabidamente urgente. Por isso que, antes mesmo da apreciação do mérito da ação, encaminho ao Plenário, **em questão de ordem**, o exame de todo esse entrecruzar de pedidos de ingresso no feito. Exame que servirá, além do mais, para a definição daqueles atores que poderão fazer sustentação oral.

É o relatório.

## VOTO

O Senhor Ministro CARLOS AYRES BRITTO - (Relator):

36. Resolvida a questão de ordem, imperioso é confirmar a incomum relevância político-social desta causa, toda ela a suscitar investigações teóricas e apreciações empíricas da mais forte compleição constitucional. Por isso que principio por remarcar o seguinte: a competência originária desta Suprema Corte para o caso vertente foi reconhecida quando do julgamento da Reclamação 2.833. Ocasão em que ficou assentada a natureza federativa do conflito entre partes, de modo a deflagrar a incidência da alínea *f* do inciso I do art. 102 da Constituição Federal.

37. Isto remarcado, o que se me impõe é ajuizar que a demarcação de qualquer terra indígena se faz no bojo de um

processo administrativo que tem suas fases disciplinadas a partir da Constituição e passando tanto pela Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) quanto pelo Decreto nº 1.775/96, que alterou o Decreto nº 22/91. Fases processuais que assim se desdobram: a) identificação e delimitação antropológica da área; b) declaração da posse permanente, por meio de portaria do Ministro de Estado da Justiça; c) demarcação propriamente dita; ou seja, assentamento físico dos limites, com a utilização dos pertinentes marcos geodésicos e placas sinalizadoras; d) homologação mediante decreto do Presidente da República; e) registro, a ser realizado no Cartório de Imóveis da comarca de situação das terras indígenas e na Secretaria do Patrimônio da União.

38. Feita essa *tomada de cena procedimental*, afunilo o retrospecto da causa para a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Isto para anotar que o primeiro documento merecedor de observação é a Portaria nº 820, de 11.12.98, do Ministro de Estado da Justiça. Deram-lhe suporte o Despacho nº 009/93, do Presidente da FUNAI, bem como o Despacho nº 50/98, do mesmo órgão ministerial, que julgou improcedentes todas as contestações opostas à identificação e à delimitação da área sob comento, então com superfície aproximada de 1.678.800 hectares.

39. Sete anos depois, foi publicada a Portaria nº 534/2005, que ratificou, com ressalvas, a de nº 820/98. Agora com a superfície fixada em 1.743.089 hectares, a abranger os municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã. Tal declaração de posse permanente favorece as etnias indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana, e alcança, ao norte, o marco “*localizado sobre o Monte Roraima, na trijunção das fronteiras Brasil/Venezuela/Guiana*”. Portaria que, dado seu conteúdo, corretamente afasta o conhecimento da ação quanto a questões que já não antagonizam as causas de pedir dos acionantes e os termos do ato editado pelo Ministro da Justiça. Refiro-me à pretensão autoral de excluir da área demarcada o 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), o núcleo urbano da sede do Município de Uiramutã (a sede do município de Normandia já estava do lado de fora da demarcação desde a portaria nº 820/98), os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, mais as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais que também existem nos dias presentes.

Como tais pretensões já se encontram atendidas, não conheço do pedido, no ponto. É como dizer: sinto-me desobrigado de entrar na discussão sobre a possibilidade de um decreto federal extinguir Municípios, pois o fato é que nenhum deles foi extinto por ato do Presidente da República. Sem falar que o ato em si de demarcação de terras indígenas não significa *varrer do mapa* qualquer unidade municipal, já que não se pode confundir (veremos isso) titularidade de bens com senhorio de um território político. Ademais, é de todo natural que o município de Uiramutã seja ocupado por índios em quase sua totalidade, porquanto, ali, mesmo no censo anterior à reclamada extrusão, os índios somavam 90% da população local. E quanto à sede do município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na “Terra Indígena São Marcos”, nada tendo a ver, portanto, com a presente demanda.

40. Avanço ainda um tanto na elucidação do feito para assentar que, pelo art. 3º da Portaria nº 534/2005, a terra indígena, “*situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, § 2º, da Constituição*”. Ela se estende por uma área “*considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei*”. Peculiaridade cujo exame retomarei mais à frente, já em condições de me aprofundar pelos domínios do Direito Constitucional, no tema.

41. Por ora, o que me parece de todo recomendável é *passar em revista* os precedentes deste nosso STF em matéria de demarcação de terra indígena. Sendo certo que, neste ponto, *minha lente de observação* também se movimenta do geral para o particular. Quero dizer: após resgatar alguns julgados sobre casos similares, farei remissão à ADI 1.512 e ao MS 25.483, que, em certa medida, trataram especificamente da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Após o que, afastados os questionamentos periféricos, terei o ensejo de submeter as matérias de fundo àquilo que se me afigurar como coordenadas genuinamente constitucionais de irrecusável aplicabilidade.

42. Esta a razão pela qual inicio com a invocação do RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello, que dizia respeito à Comunidade Indígena de Jaguapiré, do Mato Grosso do Sul. Já nesse precedente, de 10.12.96, ficou assentado que “*a disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental*

*da questão indígena no Brasil.*” Reconheceu-se, ainda, que a demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República é “*ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade*”.

43. Bem mais tarde, mais exatamente em 28.04.2005, ao julgar o MS 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal consignou que, “*ao estabelecer procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/1996 não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa*”. Tal mandado de segurança referia-se às terras indígenas da Tribo Xucuru, em Pernambuco.

44. Fechando ainda mais o ângulo visual da pesquisa sobre os nossos julgados internos, deparo-me com o caso mais emblemático de todos, porque inaugural da discussão sobre a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol e antecipador das controvérsias que adviriam da respectiva demarcação. Refiro-me à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.512, da relatoria do ministro Maurício Corrêa, por meio da qual o Procurador-Geral da República impugnou as leis nºs 96 e 98, do Estado de Roraima, ambas de 1995, que instituíram os Municípios de Pacaraima e Uiramutã. A impugnação ficou adstrita à parte em que se determinou que as sedes dos Municípios então criados seriam instaladas nas vilas com os mesmos nomes. Vilas localizadas, respectivamente, na terra indígena São Marcos e na Raposa Serra do Sol.

45. Certo que a mencionada ADI não foi conhecida pelo Tribunal, em função da impropriedade do processo objetivo para a solução da lide, que exigia “*a apuração de um estado de fato concreto e contraditório.*” Entretanto, esse julgamento teve a grande virtude de levantar os antecedentes antropológicos que bem ilustram a história da região, evidenciando o trabalho desenvolvido por Joaquim Nabuco, nos idos de 1903 a 1904, e pelo Marechal Cândido Rondon, no ano de 1927, na defesa das fronteiras brasileiras e no estudo dos povos indígenas.

46. Registre-se, agora, que o eminente relator, no seu minucioso voto, retrocedeu aos idos de 1768 para retratar os fatos relacionados com a ocupação das áreas do atual Estado de Roraima, concluindo que é muito antigo o debate em torno da forma de demarcação da citada reserva: se contínua, ou insular. No ponto,

entendo que a preocupação do Ministro Maurício Corrêa com a inevitabilidade de um “grande contencioso” para deslindar o caso guarda conformidade com os receios que vocalizei ao relatar o MS 25.483, afinal denegado, na parte em que foi conhecido.

47. Pronto! Aplainado o terreno para o enfrentamento das questões propriamente jurídicas da causa, passo ao núcleo do meu voto. O que faço pela nomeação de tópicos ou segmentos temáticos, para um mais facilitado acompanhamento da incursão que passo a empreender pelos domínios cognitivos da Constituição Federal. Viagem em demanda de um conhecimento que para se desprender limpidamente do Magno Texto Federal reclama do intérprete/aplicador o descarte de formas mentais aprioristicamente concebidas. Uma decidida postura de auto-imposição de *carga ao mar* com tudo que signifique pré-compreensão intelectual de um tema – esse da área indígena Raposa Serra do Sol – sobre o qual profundamente divergem cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas, oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG’s e igrejas. Razão de sobra para que busquemos na própria Constituição, e com o máximo de objetividade que nos for possível, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena em nosso País.

#### Os índios como tema de matriz constitucional

48. Pois bem, com este declarado propósito investigativo, devo ajuizar que os índios brasileiros têm na Constituição Federal de 1988 uma copiosa referência. Referência tão copiosa quanto qualificada, ajunte-se, a ponto de se traduzir na abertura de todo um capítulo constitucional exclusivamente para eles, sob o mais decidido intuito de favorecê-los. Cuida-se do “Capítulo VIII” do título também de nº VIII, dedicado este à “Ordem Social”.

49. O capítulo em causa é denominado, por direta enunciação vernacular, “Dos Índios”. Vai do art. 231 ao 232, o primeiro deles a se decompor em sete (7) parágrafos. Logo, estamos a lidar com um bloco normativo-constitucional que abarca nada menos que nove (9) dispositivos ou preceitos. Confira-se:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos

originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

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

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

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

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

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

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

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”<sup>1</sup>.

50. De parilha com esses 9 (nove) centrados dispositivos, a Constituição aporta outros 9 (nove) comandos esparsos sobre o mesmo tema dos índios brasileiros, como teremos o ensejo de identificar e sobre todos eles discorrer ao longo do presente voto. Comandos esparsos que ora excepcionam, ora complementam o focado capítulo de nº VIII, como também demonstraremos no curso desta nossa empreitada de interpretação/aplicação de Direito Constitucional. Tudo a exigir, portanto, compreensão rigorosamente sistêmica ou contextual da nossa Lei Republicana sobre o tema de que nos ocupamos.

#### O significado do substantivo “índios”

51. Diga-se em continuidade que o substantivo plural “índios” foi recolhido pela Constituição com o mesmo sentido que a palavra tem em nossa linguagem coloquial. Logo, o termo traduz o coletivo de índio, assim entendido o “Índigena da América” (Enciclopédia e Dicionário Koogan e Houaiss da língua portuguesa, Edições Delta, 1994). Saltando à evidência que indígena da América não pode ser senão o “nativo”, o “aborígine”, o “autóctone”, na acepção de primitivo habitante desse ou daquele País americano. Isso por diferenciação com os principais contingentes humanos advindos de outros países ou continentes, ora para atuar como agentes colonizadores, ora para servir de mão-de-obra

<sup>1</sup> Eis o que dizem os §§ 3º e 4º do art. 174 da Constituição acerca das atividades de garimpo, proibidas em terras indígenas: “O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros”; “As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei”. Quanto ao motivo em si da proibição do garimpo em terras indígenas, é por se tratar, inicialmente, de atividade significativamente degradante do meio ambiente, sobretudo pelo despejo de mercúrio em águas correntes. Sobremais, o convívio com os garimpeiros tem acarretado para os índios, historicamente, um sem número de vícios e doenças extremamente danosos à sua reprodução física e cultural.

escrava, como, no caso do Brasil, os portugueses e os africanos, respectivamente.

52. Acrescenta-se que, versado assim por modo invariavelmente plural, o substantivo “índios” é usado para exprimir a diferenciação dos nossos aborígenes por numerosas etnias. Compreendendo-se por etnia todo “Grupamento humano homogêneo quanto aos caracteres lingüísticos, somáticos e culturais” (conforme Dicionário Escolar da Língua Portuguesa, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, ano de 1983). No caso brasileiro, etnias aborígenes que se estruturam, geograficamente, sob a forma de aldeias e, mais abrangentemente, vilarejos. Aldeias e vilarejos em cujo interior se constroem suas habitações (por vezes chamadas de “ocas”) e se relacionam tribos, comunidades, populações. Não sendo por outra razão que o art. 231 fala de “línguas” indígenas” (esse primeiro traço de identidade de cada etnia) e o art. 232 saca de expressões como “os índios e suas comunidades e organizações”. Isso de parilha com o fraseado “ouvidas as comunidades afetadas”, constante do § 3º do art. 231, revelador do propósito constitucional de retratar uma diversidade aborígene que antes de ser *interétnica* é, sobretudo, *intraétnica*.

Os índios como parte essencial da realidade política e cultural brasileira

53. É cada qual dessas etnias indígenas e suas particularizadas formas de organização social que se põem como alvo dos citados arts. 231 a 232, sem prejuízo da idéia central de que todas elas reunidas compõem um segmento ainda maior; um verdadeiro macro-conjunto populacional-aborígene que se vem somar àqueles constitutivos dos afro-descendentes e dos egressos de outros países ou continentes (a Europa portuguesa à frente). Dando-se que todos esses grandes conjuntos ou grupos humanos maiores são formadores de uma só realidade política e cultural: a realidade da nação brasileira. Entendida por nação brasileira essa espécie de linha imaginária que ata o presente, o passado e o futuro do nosso povo. É dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã, a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra. É o que se infere dos seguintes dizeres constitucionais:

I - “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (§ 1º do art. 215);

II - “A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes grupos étnicos nacionais” (§ 2º do art. 215);

III - “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)” (art. 216, cabeça);

IV - “O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro” (§ 1º do art. 242).

54. Esses e outros dispositivos constitucionais, adiante indicados, são as âncoras normativas de que nos valemos para adjetivar de brasileiros os índios a que se reportam os arts. 231 e 232 da Constituição. Não índios estrangeiros, “residentes no País”, porque para todo e qualquer estrangeiro residente no Brasil já existe a genérica proteção da cabeça do art. 5º da nossa Lei Maior (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”). Assumindo tal qualificação de pessoas naturais brasileiras, ressalte-se, decisivas conseqüências hermenêuticas para a compreensão do tema da demarcação das terras indígenas, pois as “organizações”, “comunidades” e “populações” a que se refere o inciso V do art. 129 da Magna Carta Federal são constituídas de coletividades humanas genuinamente nacionais, todas alocadas em solo pátrio.

As terras indígenas como parte essencial do território brasileiro

55. Deveras, todas “as terras indígenas” versadas pela nossa

Constituição fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. Não o Direito emanado de um outro Estado soberano, tampouco o de qualquer organismo internacional, a não ser mediante convenção ou tratado que tenha por fundamento de validade a Constituição brasileira de 1988.

56. Mais claramente falando, cada terra indígena de que trata a Constituição brasileira está necessariamente encravada no território nacional. Todas elas são um bem ou propriedade física da União, conforme os seguintes dizeres constitucionais: “Art. 20. São bens da União: (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, submetem-se unicamente ao primeiro dos princípios regentes das nossas relações internacionais: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). Sendo que, entre nós, a figura jurídica da soberania nacional se manifesta:

I - no plano territorial interno, pelo esquema federativo da divisão do poder de governar e de criar primariamente o Direito entre as ordens jurídicas da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios (*caput* do art. 1º, combinadamente com a cabeça do art. 18 da Constituição, a saber: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)”; “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (...)”;

II - no plano territorial externo, pela exclusiva representação jurídica da União, de acordo com a seguinte dicção constitucional: “Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”. Dando-se que tal representação é de se formalizar por atos que tenham por suporte de validade a própria Constituição brasileira, a partir das seguintes e categóricas normações: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”; “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

57. Assente, pois, que terras indígenas se inscrevem entre os bens da União, e, nessa medida, são constitutivas de um patrimônio cuja titularidade não é partilhada com nenhum outro sujeito jurídico, seja de direito público interno, seja de direito público externo, nem por isso os índios nelas permanentemente situados deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam. Como sucede, aliás, com toda população radicada no território brasileiro, a entretecer com a União e os nossos Estados e Municípios (além do Distrito Federal, conforme o caso) relações jurídicas tanto de proteção como de controle, notadamente nos setores da saúde, educação, meio ambiente e segurança pública, aqui embutidas as atividades de defesa civil.

58. Afirme-se, porém, que nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de pessoa político-geográfica. Isto a partir da singela, mas robusta proposição de que o regramento constitucional-topográfico de todas elas se deu no título versante sobre a “Ordem Social” (título de nº III). Não no título devotado à “Organização do Estado”, que é, precisamente, o título constitucional de nº III. Tampouco no título constitucional de nº IV, alusivo à “Organização dos Poderes” de cada qual das pessoas estatais federadas. Numa frase, terra indígena é categoria jurídico-constitucional, sim, mas não instituição ou ente federado.

O necessário controle da União sobre os Estados e Municípios, sempre que estes atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena

59. Também é de se afirmar, com todo vigor, que a atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. É que subjaz à normação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal o fato histórico de que Estados e Municípios costumam ver as áreas indígenas como desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração do seu patrimônio e sério obstáculo à expansão do setor primário, extrativista vegetal e minerário de sua economia. Donde a expedição, por eles (Estados e Municípios), dos títulos de legitimação fundiária a que se referiu o ministro Maurício Correia no bojo da ADIN 1.512,

favorecedores de não-índios. Tanto quanto a práxis das alianças políticas de tais unidades federadas com agropecuaristas de porte, isolada ou conjugadamente com madeireiras e empresas de mineração, sempre que se põe em debate a causa do indigenato. Pelo que, entregues a si mesmos, Estados e Municípios, tanto pela sua classe dirigente quanto pelos seus estratos econômicos, tendem a discriminar bem mais do que proteger as populações indígenas. Populações cada vez mais empurradas para zonas ermas ou regiões inóspitas do País, num processo de espremedura topográfica somente rediscutido com a devida seriedade jurídica a partir, justamente, da Assembléia Constituinte de 1987/1988.

60. É nesse panorama histórico-normativo que toma vulto a competência constitucional da União para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada também contra os Estados e Municípios, se necessário. Não só contra os não-índios. Donde as seguintes afirmações de Vincenzo Lauriola, pesquisador do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), a respeito, precisamente, da área indígena Raposa Serra do Sol: “O Estado enquanto instituição está personificado por grupos de poder oligárquicos anti-indígenas”. “Para entender o ponto de vista dos índios, é preciso aceitar que eles não se relacionam com as instituições, mas com as pessoas. Com o governo local, eles estão há 30 anos em luta” (*vide* Boletim Informativo do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, n. 12, pp. 21/29).

61. Seja como for, é do meu pensar que a vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. Mas sempre sob a firme liderança institucional da União, a se viabilizar por diretrizes e determinações de quem permanentemente vela por interesses e valores a um só tempo “inalienáveis”, “indisponíveis” e “imprescritíveis” (§ 4º do artigo constitucional de nº 231). Inalienabilidade e indisponibilidade, como forma de proteção das terras indígenas. Imprescritibilidade, como forma de proteção dos direitos dos índios sobre elas. Ainda que o eventual opositor desses direitos seja um Estado Federado,

ou, então, Município brasileiro, conforme um pouco mais à frente melhor demonstraremos. Sendo que o papel de centralidade institucional que é desempenhado pela União não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público, a teor dos seguintes dispositivos constitucionais:

“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”.

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:  
I - (...)  
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”

As terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas. O desabono constitucional aos vocábulos “povo”, “país”, “território”, “pátria” ou “nação” indígena

62. Esta revelação do querer objetivo da nossa Lei Maior em prol da causa indígena conhece, porém, um contraponto que é preciso expor com toda clareza: ela, Constituição, teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. É que todo território se define como parte elementar de cada qual das nossas pessoas jurídicas federadas. Todas elas definidas, num primeiro e lógico momento, como o conjunto de povo, território e governo (só num segundo instante lógico é que toda pessoa federada se define como o conjunto dos seus órgãos de poder: Legislativo, Executivo e Judiciário, com a ressalva de que este último não faz parte da estruturação do Município). Governo soberano, tratando-se da República Federativa do Brasil; governo autônomo, cuidando-se de qualquer das pessoas políticas de direito público interno. E já ficou demonstrado que terra indígena e ente federativo são categorias jurídicas de natureza inconfundível. Tal como *água e óleo*, não se misturam.

63. Sem dúvida que se trata de uma diferenciação fundamental - essa entre terras indígenas e território -, pois somente o

território é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou, então, autônoma (Kelsen, sempre ele). O lócus por excelência das primárias relações entre governantes e governados, que são relações de natureza política. E cujas linhas demarcatórias são fixadas por modo irrestritamente contínuo, pois no seu interior: a) circulam com todo desembaraço (essa é a regra) pessoas naturais e todo e qualquer dos grupos étnicos formadores do povo brasileiro; b) são instalados equipamentos e construídas vias de comunicação que propiciam aquele mais desembaraçado trânsito de pessoas e de bens.

64. Já o substantivo “terras”, 11 vezes referido ao conjunto das etnias indígenas, é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural. Não política. Tanto assim que os índios fazem parte de um título constitucional fora daquele rotulado como “Da Organização do Estado” (Título III) e também descolocado do título versante sobre a “Organização dos Poderes” (Título IV). A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada, insista-se na proposição. Como não constituem a figura que o art. 33 da Constituição designa por Território Federal, pois o certo é que tais grupamentos não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Menos ainda da autonomia político-administrativa que é própria de cada qual das quatro pessoas jurídicas de direito público a que se reportam os art. 1º e 18 da Constituição Federal: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Por isso mesmo que também se privam de qualquer dos três elementares Poderes Públicos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

65. Com efeito, uma coisa é ajuizar que as terras indígenas e os direitos que sobre elas incidem são, no limite, oponíveis a Estados e Municípios; outra, porém, é querer, à revelia da Constituição: a) conferir a essas terras o *status* de um território federado, em paralelo à base física de qualquer outra das nossas pessoas genuinamente governamentais (União, Distrito Federal, Estados e Municípios); b) reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional, ainda que virtualmente.

66. Daqui se deduz que, não se elevando à categoria política de território, as terras indígenas não comportam mesmo a livre circulação de pessoas de qualquer grupamento étnico. Assim

como não se disponibilizam integralmente para a instalação de equipamentos públicos e obras de infra-estrutura econômica e social, senão sob o comentado regime de prévio acerto com a União e constante monitoramento por esta. Sempre coadjuvada, assentamos, pelos índios e suas comunidades, mais o Ministério Público, preservado o constitucional *leit motiv* da demarcação de toda terra indígena: sua afetação aos direitos e interesses de uma dada etnia aborígine.

67. Em boa verdade, nem território político nem propriedade privada cabem na definição do regime de apossamento e utilização das terras indígenas. Tudo nelas é juridicamente peculiar, especialíssimo até, segundo vimos demonstrando e prosseguiremos a fazê-lo com lastro em enunciados de escalão exclusivamente constitucional. Dentre eles, os que cimentam a nossa convicção de que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, “País”, “Pátria”, “território nacional”, ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos *aspeados* (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. Sem divisão ou separatismos, como se lê da alínea *c* do inciso I do art. 12, combinadamente com o arts. 219, 142 (cabeça), § 2º do art. 20 e § 1º do art. 242. Donde a conclusão de que, em tema de índios, não há espaço constitucional para se falar de *pólis*, território, poder político, personalidade geográfica; quer a personalidade de direito público interno, quer, com muito mais razão, a de direito público externo. O que de pronto nos leva a, pessoalmente, estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem, formalmente, aos termos da recente “Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas” (documento datado de 13 de setembro de 2007), porquanto são termos afirmativos de um suposto direito à autodeterminação política, a ser “exercido em conformidade com o direito internacional”. Declaração, essa, de que os índios brasileiros nem sequer precisam para ver a sua dignidade individual e coletiva juridicamente positivada, pois o nosso Magno Texto Federal os protege por um modo tão próprio quanto na medida certa. Bastando que ele, Magno Texto Brasileiro, *saia do papel* e passe a se incorporar ao nosso cotidiano existencial, num itinerário que vai da melhor normatividade para a melhor

experiência. É a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria no plano sócio-econômico e histórico-cultural, e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por bem intencionada que seja.

O instituto da demarcação das terras indígenas e suas coordenadas constitucionais. A demarcação como competência do Poder Executivo da União

68. Como a centrada matéria que nos interessa é a demarcação das terras indígenas, anotamos que, tal como regradada pelo art. 231 do nosso Texto Magno, ela não cai sob o poder discricionário de quem quer que seja. Há precisas coordenadas constitucionais para a identificação das terras a demarcar, sendo que tais coordenadas já antecipam o conteúdo positivo de cada ato demarcatório em si. Vale dizer, coordenadas que significam a indicação do que seja terra indígena para fins especificamente demarcatórios. Com o que, em grande parte do tema, a nossa Constituição se revela como norma de eficácia plena ou de pronta aplicação, no sentido de que *prescindente* da intercalação da lei infraconstitucional para cumprir os desígnios a que se preordena.

69. Veremos cada qual desses conteúdos, não sem antes ajuizar que somente à União compete instaurar, seqüenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente. Mas instaurar, seqüenciar, concluir e efetivar esse processo por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo Federal, pois as competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, se esgotam nos seguintes fazeres: a) “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais” (inciso XVI do art. 49); b) pronunciar-se, decisoramente, sobre o ato de “remoção de grupos indígenas de suas terras” (§ 5º do art. 231, assim redigido: “É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponham 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 esse risco”). Com o que se mostra plenamente válido o precitado artigo 19 da Lei Federal nº 6.001/73

(Estatuto do Índio), também validamente regulamentado pelo Decreto de nº 1.775/96, que torno a transcrever:

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

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

70. Tinha que ser assim, pois o fato é que demarcar é assinalar os limites. Colocar os marcos físicos ou fincar as placas sinalizadoras de cada terra indígena, na perspectiva dos quatro pontos cardeais do norte/sul/leste/oeste. Sem o que não se tem uma precisa orientação cartográfico-geodésica. Marcos de terras indígenas, repise-se, e não de terras devolutas. Tarefa tão empírica ou concreta quanto os próprios deveres estatais de permanentemente “proteger e fazer respeitar” (parte final do art. 231, cabeça, da CF) todos os bens situados nas terras afinal demarcadas. Que são cometimentos próprios, específicos, naturais do Poder Executivo da União, atuando esta por seus órgãos de Administração Direta ou centralizada, ou, então, pelas suas entidades de Administração Indireta ou descentralizada. Nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar, querendo, o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira.

A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal

71. Mais ainda é preciso dizer do ato em si da demarcação em tela para exaltar a sua postura jurídica de mecanismo concretizador de interesses e valores que fazem dos índios brasileiros protagonistas centrais da nossa História e motivo do mais vívido orgulho nacional. Por isso que a parte final da cabeça do art. 231 da Constituição impõe à mesma União o dever de, mais

que demarcar as terras indígenas, “proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (materiais e imateriais, naturalmente). Tudo com o fim de exprimir a essencialidade e a urgência do processo demarcatório, tão bem retratadas no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assim vernacularmente posto: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

72. Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito - quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade -, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional compensatória de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro. Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão “sociedade fraterna”, e que se põe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º: “construir uma sociedade livre, justa e **solidária**” (sem destaque no original).

73. Nesse mesmo fluir do pensamento é que os arts. constitucionais de nºs 231 e 232 têm que ser interpretados como densificadores da seguinte idéia-força: o avançado estágio de integração comunitária é de se dar pelo modo mais ativo e respeitoso de protagonização dos segmentos minoritários. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasiva quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto signifique uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. Como num aparelho

*auto-reverse*, pois também eles, os índios, *têm o direito de nos catequizar um pouco* (falemos assim).

74. Justamente para dar conta do advento de um constitucionalismo fraternal foi que eu mesmo escrevi o último capítulo do meu livro “Teoria da Constituição”, publicado no início de 2003 pela Editora Forense. E sobre o tema da fraternidade como princípio jurídico foi que o filósofo político italiano Antonio Maria Baggio coordenou a feitura de uma preciosa coletânea que traz, já na sua orelha, o seguinte comentário:

“O pensamento moderno desenvolveu a liberdade e a igualdade como categorias políticas, mas não fez o mesmo com a fraternidade – embora esta seja o alicerce das outras duas –, seja por fraqueza, por medo das suas implicações, seja pela eclosão do conflito entre religião e modernidade, que tornou particularmente cheio de obstáculos o terreno da fraternidade. No entanto, a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor. A fraternidade poderia ajudar na realização do projeto da modernidade. Esta última, de fato, não deve ser negada; ao contrário, seu projeto deve ser retomado, adequando-o, porém, à plenitude de conteúdo dos valores que ele proclama” (em “O Princípio Esquecido”, editora Cidade Nova, São Paulo, ano de 2008).

O falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento

75. O que estamos a descrever não é senão a própria base filosófica da mais firme opção constitucional em favor dos índios, traduzida no macro-entendimento de que é direito fundamental de cada um deles e de cada etnia autóctone:

I - perseverar no domínio de sua identidade, sem perder o *status* de brasileiros. Identidade que deriva de um fato complexo ou geminado, que é o orgulho de se ver como índio e etnia aborígene, é verdade, mas índio e etnia genuinamente brasileiros. Não uma coisa ou outra, alternativamente, mas uma coisa e outra, conjugadamente. O vínculo de territorialidade com o Brasil a comparecer como elemento *identitário* individual e étnico;

II - poder inteirar-se do *modus vivendi* ou do estilo de vida dos brasileiros não-índios, para, então, a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente. É o que se chama de aculturação, compreendida como um longo processo de adaptação social de um indivíduo ou de um grupo, mas sem a necessária perda da identidade pessoal e étnica. Equivale a dizer: assim como os não-índios conservam a sua identidade pessoal e étnica no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não-índios, pois a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas. É um somatório, e não uma permuta, menos ainda uma subtração;

III - ter a chance de demonstrar que o seu tradicional *habitat* ora selvático ora em lavrados ou campos gerais é formador de um patrimônio imaterial que lhes dá uma consciência nativa de mundo e de vida que é de ser aproveitada como um componente da mais atualizada idéia de desenvolvimento, que é o desenvolvimento como um crescer humanizado.

Se se prefere, o desenvolvimento não só enquanto categoria econômica ou material, servida pelos mais avançados padrões de ciência, tecnologia e organização racional do trabalho e da produção, como também permeado de valores que são a resultante de uma estrutura de personalidade ou modo pessoal-indígena de ser mais obsequioso: a) da idéia de propriedade como um bem mais coletivo que individual; b) do não-enriquecimento pessoal à custa do empobrecimento alheio (inestimável componente ético de que a vida social brasileira tanto carece); c) de uma vida pessoal e familiar com simplicidade ou sem ostentação material e completamente avessa ao desvario consumista dos grandes centros urbanos; d) de um tipo não-predatoriamente competitivo de ocupação de espaços de trabalho, de sorte a desaguar na convergência de ações do mais coletivizado proveito e de uma vida social sem *narsísicos* desequilíbrios; e) da maximização de potencialidades sensoriais que passam a responder pelo conhecimento direto das coisas presentes e pela premonição daquelas que a natureza ainda mantém em estado de germinação; f) de uma postura como que religiosa de respeito, agradecimento e louvor ao meio ambiente de que se retira o próprio sustento material e demais

condições de sobrevivência telúrica, a significar a mais fina sintonia com a nossa monumental biodiversidade e manutenção de um tipo de equilíbrio ecológico que hoje a Constituição brasileira rotula como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*), além de condição para todo desenvolvimento que mereça o qualificativo de sustentado.

76. Fácil entender, assim, que, por um lado, a Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios para agregar valor à subjetividade deles (fenômeno da *aculturação*, conforme explicado). Para que eles sejam ainda mais do que originariamente eram, beneficiando-se de um estilo civilizado de vida que é tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e de ser votado, marcadamente. Já o outro lado da norma constitucional, este reside na proposição de que as populações ditas civilizadas também têm a ganhar com sua aproximação com os índios. Populações civilizadas de quem se exige: a) solidariedade, no plano do reconhecimento de que os aborígenes precisam do convívio com os não-índios; b) humildade, para reconhecer que esse convívio é uma verdadeira *estrada de mão dupla*, porquanto reciprocamente benfazejo. Esse tipo de humildade, justamente, que refreia e dissipa de vez todo ímpeto discriminatório ou preconceituoso contra os indígenas, como se eles não fossem os primeiros habitantes de uma *Terra Brasilis* cuja integridade física tão bem souberam defender no curso da nossa história de emancipação política, de parilha com uma libertária visão de mundo que talvez seja o mais forte componente do nosso visceral repúdio a toda forma de autocracia, ao lado da nossa conhecida insubmissão a fórmulas ortodoxas de pensar, fazer e criar. Essa libertária visão de mundo que se inicia com a própria noção de deslimite geográfico deste nosso País-continente e que tanto plasma a santa rebeldia cívica de um Tiradentes quanto o mais refinado engenho tecnológico de um Santos Dumont, em par com a mais desconcertante ousadia estética de um Tom Jobim, um Garrincha, um Manoel de Barros, um Oscar Niemayer, uma Daiane dos Santos. Onde o padre Antônio Vieira falar que “seria mais fácil evangelizar um chinês ou um indiano do que o selvagem brasileiro. Os primeiros seriam como estátuas de mármore, que dão trabalho para fazer, mas a forma não muda. O índio brasileiro, em compensação, seria como estátua de murta. Quando você pensa

que ela está pronta, lá vem um galho novo revirando a forma”. É o depoimento que se colhe em Viveiros de Castro, professor do Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em entrevista concedida a Flávio Pinheiro e Laura Greenhalgh, jornal O Estado de São Paulo, 20 de abril de 2008. Mesmo texto em que o famoso antropólogo brasileiro fala da contribuição dos índios para a defesa da integridade territorial do nosso País, a partir dos Estados situados na Região Norte, *verbis*: “Há outras reservas em terras contínuas, em fronteiras. É o caso da Cabeça de Cachorro, no município de São Gabriel da Cachoeira, no Estado do Amazonas. E o Exército está lá, como deveria estar. A área indígena não teria como impedir a presença dos militares. O que a área indígena não permite é a exploração das terras por produtores não índios. Dizer que o Exército não pode atuar é um sofisma alimentado por políticos e fazendeiros que agem de comum acordo, numa coalizão de interesses típica da região. Roraima é um Estado que não se mantém sozinho, ou melhor, que depende do repasse de recursos federais. Um lugar onde 90% dos políticos nem sequer são nativos. Onde o maior arroteiro, que está à frente do movimento contra a reserva, arvora-se em defensor da região, mas veio de fora. É um gaúcho que desembarcou por lá em 1978, e não há nada de mal nisso, mas combate os índios que justamente serve de ‘muralha dos sertões’, desde os tempos da colônia. Os índios foram decisivos para que o Brasil ganhasse da Inglaterra. Dizer que viraram ameaça significa, no mínimo, cometer uma injustiça histórica. Até o mito do Macunaíma, que foi recolhido por um alemão, Koch-Grünberg, e transformado por um Paulista, Mário de Andrade, foi contado por índios daquela área, os Macuxi, os Wapichana. Eles são co-autores da ideologia nacional”. Com outras palavras, é o que também se lê na Enciclopédia Eletrônica “WIKIPÉDIA”, a saber: em Niterói, onde se situa a estátua do índio Araribóia. Índio tupi que expulsou os franceses e que, por seus atos de bravura, recebeu da coroa portuguesa a sesmaria de Niterói.

77. Daqui se infere o despropósito da afirmação de que “índio só atrapalha o desenvolvimento”, pois o desenvolvimento como categoria humanista e em bases tão ecologicamente equilibradas quanto sustentadas bem pode ter na cosmovisão dos indígenas um dos seus elementos de propulsão. Por isso que ao Poder Público

de todas as dimensões federativas o que incumbe não é hostilizar e menos ainda escorraçar comunidades indígenas brasileiras, mas *tirar proveito* delas para diversificar o potencial econômico dos seus territórios (territórios dos entes federativos, entenda-se) e a partir da culturalidade *intraétnica* fazer um desafio da mais criativa reinvenção da sua própria história sócio-cultural. Até porque esse é o único proceder oficial que se coaduna com o discurso normativo da Constituição, no tema. **Um discurso jurídico-positivo que já não antagoniza colonização e indigenato**, mas, ao contrário, intenta conciliá-los operacionalmente e assim é que nos coloca na vanguarda mundial do mais humanizado trato jurídico da questão indígena. Mais que isso, cuida-se de fórmula constitucional que nos redime, perante nós mesmos, de uma visão maniqueísta que nos arrastou para um tipo de insensatez histórica somente comparada à ignomínia da escravidão dos nossos irmãos de pele negra. “Legiões de homens negros como a noite (Castro Alves, “O Navio Negreiro), seqüestrados dos seus países, arrancados de seus lares e aqui torturados, condenados a trabalhos forçados, vendidos e separados dos seus filhos, mulheres, esposos, todos sistematicamente domesticados a açoites, correntes e coleiras de ferro, como recorda o senador Cristóvão Buarque em artigo publicado no “Jornal de Brasília” de 25 de julho do fluente ano. Por isso que falamos, precedentemente, da desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas, hoje, pois nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa Constituição em modernidade e humanismo, quando se trata de reconhecer às causas indígenas a sua valiosidade intrínseca. Mas uma modernidade e humanismo que por nenhum modo significa emancipá-los de um País que também é deles e com eles quer viver para todo o sempre.

### **O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas**

78. Passemos, então, e conforme anunciado, a extrair do próprio corpo normativo da nossa Lei Maior o conteúdo positivo de cada processo demarcatório em concreto. Fazemo-lo, sob os seguintes marcos regulatórios:

I - **o marco temporal da ocupação**. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação

dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar *uma pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro**. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígene. Exclusivo **uso e fruição** (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às “riquezas do solo, dos rios e dos lagos” existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que “os recursos minerais, inclusive os do subsolo”, já fazem parte de uma outra categoria de “bens da União” (inciso IX do art. 20 da CF);

**II - o marco da tradicionalidade da ocupação.** Não basta, porém, constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação do nosso Texto Magno. É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente **tradicional** de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras

enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o *status* de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígine transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação lingüística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação dominial ou formação de uma cadeia sucessória. **E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão.** Noutros termos, tudo a configurar um padrão de cultura nacional precedente à do colonizador branco e mais ainda a do negro importado do continente africano. A mais antiga expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos “*direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*”. **O termo “originários” a traduzir uma situação jurídicosubjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios.** Termo sinônimo de **primevo**, em rigor, porque revelador de uma cultura *pré-européia* ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que “os direitos originários” sobre as terras indígenas não eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, “**reconhecidos**” (parte inicial do art. 231, *caput*); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 não restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento. Daí a regra de que “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 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 a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”. Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal. Também assim o prefalado absurdo jurídico de se afirmar que “índio atrapalha o desenvolvimento”, pois o desenvolvimento que se fizer sem os índios, ou, pior ainda, contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, será o mais rotundo desrespeito ao objetivo fundamental que se lê no inciso II do art. 3º da nossa Constituição, assecuratório de um de um tipo de “desenvolvimento nacional” francamente incorporador da realidade indígena. Como deixará de cumprir o objetivo igualmente fundamental de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso III do mesmo art. 3º da CF). Em suma, a carga de proteção constitucional que se extrai do reconhecimento de “direitos originários” é logicamente maior do que a defluente da simples outorga de direitos que não gozam de tal qualificação. É a diferença que existe entre norma especial e norma geral, esta a sucumbir perante aquela. Quanto mais que, em matéria de tutela dos “direitos e interesses indígenas”, as normas constitucionais se categorizam como de natureza especialíssima, carregadas que são de uma finalmente clara consciência histórica de compensação e de uma cósmica percepção de que nos índios brasileiros é que vamos encontrar os primeiros elos de uma identidade nacional que urge, mais que tudo, preservar. Essa identidade que nos torna sobremodo criativos e que o cronista Eduardo Gonçalves de Andrade (o “Tostão” da memorável Copa do Mundo de 1970) assim magistralmente sintetiza: “O futebol e a vida continuam prazerosos e bonitos, porque, mesmo em situações previsíveis, comuns e repetitivas, haverá sempre o acaso e um artista, um craque, para transgredir e reinventar a história” (artigo publicado no Jornal “Folha de São Paulo, edição de 18 de maio de 2008, Caderno D, p. 3);

**III - o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional.** Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio “tradicionalmente”, grafado no *caput* do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer,

áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (§ 1º do art. 231). Do que decorre, inicialmente, o *sobredireito* ao desfrute das terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios. **Sobredireito que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção** (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que os índios mantêm com o meio ambiente uma relação natural de *unha e carne*). Depois disso, o juízo de que a Constituição mesma é que orienta a fixação do perímetro de cada terra indígena. Perímetro que deve resultar da consideração “dos usos, costumes e tradições” como elementos definidores dos seguintes dados a preservar em proveito de uma determinada etnia indígena: a) habitação em caráter permanente ou não-eventual; b) as terras utilizadas “para suas atividades produtivas”, mais “as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas. São os quatro **círculos concêntricos** a que se refere Nelson Jobim na decisão administrativa que proferiu, a propósito da demarcação da reserva indígena “Raposa-Serra do Sol”, quando ainda ministro de Estado da Justiça (decisão de 20 de dezembro de 1996). Mas quatro círculos concêntricos que explicitam o propósito constitucional de fazer dessa qualificada ocupação (porque tradicional) de terras indígenas o próprio título de constitutividade do direito a uma posse permanente e ao desfrute exclusivo das riquezas nelas existentes. Com o que, no ponto, o ato de demarcação passa a se revestir de caráter **meramente declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente**. Situação que a nossa Lei Fundamental retratou como formadora de um indissociável laço entre cada etnia indígena e suas terras *congenitamente* possuídas; ou seja, **possuídas como parte elementar da personalidade mesma**

**do grupo e de cada um dos seus humanos componentes.** O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse fundiária um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Visto que terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, deixa de ser um mero objeto de direito para ganhar a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. É o que Boaventura de Sousa Santos chama de “hermenêutica diatópica”, para dar conta do modo caracterizadamente cultural de interpretação dos direitos fundamentais<sup>2</sup>. Metodologia interpretativa que, no caso dos indígenas, sedimentada na própria Constituição, nos orienta para fazer dos referidos “usos, costumes e tradições” o engate lógico para a definição da semântica da posse indígena, da semântica da permanência, da semântica da habitação, da semântica da produção, e assim avante;

**IV - o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”.** Esse novo marco regulatório-constitucional é também uma projeção da metodologia diatópica de que há pouco falamos. Por ela, o próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, **ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo.** Quero dizer: se, para os padrões culturais dos não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, no sentido de que **“somente é dos índios o que lhes for não mais que o suficiente ou contidamente imprescindível à sua sobrevivência física”**, já sob o visual da cosmogonia indígena a equação é diametralmente oposta: **“dêem-se aos índios tudo que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) a reprodução de toda a sua estrutura social primeva.** Equação que bem se desata da locução constitucional **“são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”**, pela cristalina razão de que **esse reconhecimento opera como declaração de algo preexistente.** Preexistente, por exemplo, à própria

<sup>2</sup> Ver: “A Gramática do Tempo”: para uma nova cultura política, vol. 4, São Paulo: Cortez, pp. 433/469.

Constituição. Como também preexistente, enfatize-se, à transformação de um Território Federal em Estado-membro. Pois o que se tem, nesse tipo de transformação de Território em Estado-membro é apenas a concessão ou o deferimento de um *status* de ente federado a quem não o detinha. Daí o § 1º do art. 14 do ADCT bem assinalar que a instalação dos Estados do Amapá e de Roraima ocorreria (somente ocorreria, entenda-se) “com a posse dos governadores eleitos em 1990”. Por conseqüência, **o novo Estado já nasce com seu território jungido a esse regime constitucional da preexistência de direitos à ocupação de terras que, por serem indígenas, pertencem à União**. É a diferença entre o “doravante”, favorecedor dos novos Estados, e o “desde sempre”, superiormente favorecedor dos indígenas. Não cabendo falar, então, frente a “direitos originários”, de coisas como redução do patrimônio ou subtração do território estadual a cada ato de demarcação de terras indígenas. Assim o quis a Lei Republicana e contra esse querer normativo só podemos render vassalagem. Como rendemos vassalagem a ela, Constituição, na parte em que obsequiou os Estados-membros com a titularidade dominial das terras devolutas “não compreendidas entre as da União” (inciso IV do art. 26). Até porque pensar diferente, para desproteger as populações aborígenes, seria a continuidade de uma soma perversa que a nossa Lei Maior quis apagar do mapa do Brasil: a soma de um passado histórico de perseguição aos índios com uma hermenêutica jurídica da espécie restritiva. Esta, uma segunda subtração, constitutiva do que se tem chamado de “arma limpa”, por implicar um processo de dizimação sem derramamento de sangue. Sem que esse especialíssimo regime constitucional de proteção indígena, contudo, venha a significar recusa a cada qual dos entes federados brasileiros da adoção de políticas públicas de integração dos nossos índios a padrões mais atualizados de convivência com o todo nacional. Políticas públicas de mais facilitado acesso à educação, lazer, saúde, ciência, tecnologia e profissionalização, de permeio com assistência na área da segurança pública e desfrute dos direitos políticos de votar e até de ser votado. Tudo na linha do pensamento *integracionista* que marcou a militância indigenista do Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon (ele mesmo um descendente de índios) e conforme dispositivos constitucionais de que o § 2º do art. 210 chega a ser emblemático:

“O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. O advérbio “também” a patentear que as línguas maternas dos aborígenes não de conviver com o domínio do português, para que eles, os índios, melhor se comuniquem com os seus irmãos brasileiros não-índios e vice-versa. Isto porque a fraternidade como signo constitucional de última geração axiológica é de preservar características étnicas, renove-se a proposição quantas vezes for necessário, mas sem o viés separatista dos que pretendem fazer de cada área de concentração indígena um apartado e cômodo laboratório de enfatuidas teses acadêmicas, à moda de ajardinamento antropológico (talvez por isso que a nossa Constituição preferisse, como de fato preferiu, não usar da expressão “reserva indígena”, mas “terras indígenas”).

### **O modelo peculiarmente contínuo de demarcação das terras indígenas**

79. Agora é de se perguntar, naturalmente: o modelo geográfico de demarcação das terras indígenas é orientado pela idéia de continuidade, no sentido de evitar, ao máximo, interrupção física entre o seu ponto de partida e o de chegada? Como se dá, funcionalmente, com o território de cada pessoa estatal federada, apenas interrompido pelos marcos do território federativamente alheio? Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que, no âmbito delas, tanto se viabilize o exercício de um poder administrativo (não político) quanto se forme um perfil coletivo e ainda se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária? Modelo bem mais serviente da idéia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento? Por conseguinte, modelo contraposto ao tracejamento por “ilhas”, blocos ou porções geográficas de identificação prática entre demarcação e asfixia espacial ou confinamento sem grades?

80. A resposta é afirmativa, desde que observado o peculiaríssimo regime constitucional das terras indígenas. Terras que não são uma propriedade privada nem um território federado, mas um espaço fundiário que tem suas riquezas afetadas ao exclusivo desfrute de uma dada etnia autóctone. **Etnia que, no**

**seu espaço físico de tradicional ocupação e auto-suficiência econômica, detém autoridade para ditar o conteúdo e o ritmo de sua identidade cultural, partilhando com a União competências de índole administrativa.** À diferença, porém, de uma propriedade privada, o título de domínio é de um terceiro (a União) que somente o possui para servir a eles, índios de uma determinada etnia. E também diferentemente do território de uma pessoa estatal-federada, cuida-se de terras que somente se vocacionam para uma livre circulação dos seus usufrutuários (índios de uma destacada etnia).

### **A conciliação entre terras indígenas e a visita de não-índios, tanto quanto com a abertura de vias de comunicação e a montagem de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública**

81. Não se pense, contudo, que a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras indígenas seja inconciliável com a **eventual** presença dos não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos tecnológicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública. A conciliação das coisas é possível, reafirme-se, **desde que tudo se processe debaixo da liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas.**

82. Em tais situações, o que é preciso assegurar de logo avulta: de uma parte, que as visitas de não-índios em nada signifique desproteção dos indígenas; de outra, que as empreitadas estatais nunca deixem de contribuir para a elevação dos padrões de bem-estar das próprias comunidades autóctones, embora também possam irradiar seus benéficos efeitos para a economia e as políticas de saúde, educação, transporte e segurança pública desse ou daquele Estado. **O que já impede que os indígenas e suas comunidades façam justiça por conta própria contra quem que seja, como, por exemplo, interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas, invadir estabelecimentos públicos.** É que, se as terras permanecem indígenas, a despeito dos

empreendimentos públicos nela incrustados, nem por isso a União decaí do seu poder-dever de comandar ou coordenar o uso comum de tais empreendimentos.

83. Tudo isso dito com outras palavras, **o formato de toda e qualquer demarcação de terras indígenas é o contínuo**, porque somente ele viabiliza os imperativos constitucionais que o ministro Nelson Jobim resumiu nos quatro mencionados círculos concêntricos. Imperativos que respondem pela vertente fundiariamente generosa da Constituição, inclusive para o efeito de incorporar todos os recursos ambientais servientes da reprodução física e cultural de uma dada etnia. Sem prejuízo, porém, do regime constitucional-integracionista dos índios, propiciador da monitorada interação com outras etnias indígenas e com não-índios. E também sem impossibilitar a construção de vias de comunicação e outros empreendimentos públicos, pois o que se reserva para o usufruto exclusivo das populações nativas são as riquezas do solo, dos rios e dos lagos em terras indígenas (§ 2º do art. 231 da CF).

Observado, claro, o seguinte dispositivo da nossa Constituição:

“Art. 231. (...)

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

### **A relação de pertinência entre terras indígenas e meio ambiente**

84. O momento é propício para remarcar a perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental, pois o fato é que a Constituição dá por suposto o que dissemos um pouco mais atrás: índios e meio ambiente mantêm entre si uma natural relação *de unha e carne*. Não são como *óleo e água*, que não se misturam. Com o que de pronto ressaí a seguinte compreensão das coisas: **mais que uma simples relação de compatibilidade,**

**o vínculo entre meio ambiente e demarcação de terras indígenas é de ortodoxa pertinência.** Razão pela qual o decreto homologatório das Terras Indígenas Raposa-Serra do Sol (antecipado o juízo) é inclusivo do Parque Nacional do Monte Roraima, conferindo-lhe, redundantemente, aliás, uma dupla afetação: a ecológica e a propriamente indígena.

85. No particular, nada mais confortador do que trazer de volta o abalizado testemunho intelectual de Viveiros de Castro, a nos dar inteirar de que, no Estado do Mato Grosso, “o único ponto verde que se vê ao sobrevoá-lo é o Parque Nacional do Xingu, reserva indígena. O resto é deserto vegetal. Uma vez por ano, o deserto verdeja, hora de colher a soja. Depois, dá-se-lhe desfolhante, agrotóxico... E a soja devasta a natureza duplamente. Cada quilo produzido consome 15 litros de água” (continuação da mesma entrevista concedida ao Jornal Estado de São Paulo). Depoimento que reforça, já por um ângulo pragmático, a generosa vontade constitucional objetiva para com o modelo peculiarmente contínuo da demarcação das terras indígenas. Afinal, os índios são os brasileiros *de vista mais alongada e pernas mais solicitadas*, porque virginalmente afeitos à imensidão territorial deste País-continente. O que já se reflete nas técnicas de um manejo temporalmente mais curto de suas terras agricultáveis e também de suas pastagens. Numa frase, os índios brasileiros são visceralmente avessos a qualquer idéia de guetos, nichos, cercas, muros, grades, viveiros, que são práticas apropriadas para uma demarcação parcimoniosamente insular ou do tipo *queijo suíço*. Sendo que o formato contínuo, ora sustentado, fica restrito a cada etnia aborígine. Com o que também se peculiariza o regime de visitas dos não-índios e se baliza a implantação de empreendimentos públicos em qualquer das áreas demarcadas. Respeitando-se, ademais, a identidade cultural que a nossa Constituição igualmente assegura às etnias aborígenes lindeiras.

86. Que o final deste núcleo temático coincida com duas novas proposições, que tenho como de sólido assento constitucional: a primeira é a de que não *descontinuam* as terras demarcáveis como indígenas os comentados empreendimentos públicos (estradas, instalações tecnológicas, prédios, etc.); a segunda está em que eventual e significativo agravo à natureza, pelos próprios índios, tem na Constituição Federal possibilidade de pronto reparo, pois

“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, VI). Reação estatal, no entanto, que é de ser coordenada pela União, e somente por ela, por se tratar da pessoa federada em cujos bens se incluem as terras indígenas e de cujas competências faz parte a mais centrada proteção aos índios de toda e qualquer etnia aborígine.

### **A demarcação necessariamente endógena ou *intraétnica***

87. Por esse modo de ver as coisas, o que afinal se homenageia é a própria realidade plural-endógena dos índios. Cada etnia autóctone a ter para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social, seus usos e costumes, tradições, artes, culinária, terapias, meios e técnicas de subsistência econômica e de reprodução física. Trato de terra ou de terras ocupadas por modo tão permanente quanto tradicional, por isso que referidas à memória e à psicologia de cada tribo em especial, cada população aborígine em seu ontologicamente distinto modo de falar, produzir, invocar seus deuses, conceber e praticar a vida, enfim.

88. **Esse modelo peculiar ou restritamente contínuo de demarcação é *monoétnico*** portanto (não *pluriétnico*). Formato que deve atentar para a vontade fundiariamente generosa da Constituição, é lógico, mas ainda assim balizado pela realidade de cada etnia. Logo, interditado fica todo impulso, tentação ou veleidade antropológica de conectar, mais que os tradicionais espaços de ocupação fundiária por uma destacada etnia, aqueles que também englobam diferenciados grupos étnicos no interior de um só Estado-membro, inclusive os espaços que por acaso sejam de outra ou de outras etnias igualmente aborígenes. Sem o que resulta inconstitucionalmente desconsiderada a própria interculturalidade étnico-nativa, com a circunstância agravante de acarretar movimentos de incorporações e fusões que são próprias de Municípios (§ 4º do art. 18 da CF), mas não de etnias indígenas.

89. Convém insistir na advertência: **é de se excluir da demarcação das terras indígenas os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra**, até para não aproximar

demasiadamente tribos eventualmente inimigas e de línguas diferentes, nem criar gigantescos vazios demográficos. Vazios demográficos que poderão dificultar a efetiva presença de Estado, com o risco de vir a configurar a chamada “ameaça não-armada” à soberania nacional: a solerte, maliciosa, *esperta* divulgação estrangeira de que o Brasil não tem competência para cuidar desse *pulmão do mundo* - mais que isto, desse melhor quinhão do mundo que é a Amazônia (região brasileira de maior concentração indígena, como amplamente sabido).

90. Conforme dissemos a partir do tópico de nº 51 deste voto, a Constituição não falou de “índio”, assim no singular. E não falou de índio, assim no singular, por não ser ele uma categoria humana puramente abstrata ou fora de qualquer realidade geográfica e social concreta. Corresponde a dizer: a Constituição não mencionou o vocábulo índio como categoria individual-platônica ou tão-só imaginária, supostamente apetrechado com o divino dom da ubiqüidade para merecer *prerrogativado* amparo jurídico em qualquer lugar do País ou situação existencial em que se encontrasse. Ela não fez de cada índio isolado um favorecido centro subjetivado de direitos pelo exclusivo fato de ser ele o primitivo habitante do Brasil e se dotar de caracteres físicos, lingüísticos e culturais salientemente distintos do colonizador europeu do africano para aqui forçosamente importado. **Não foi somente por isso.** A Constituição falou de “índios”, na forma plural, também para dar conta de mais de uma centena de etnias autóctones já conhecidas no território brasileiro por ocasião dos trabalhos constituintes de 1987/1988 (227 etnias e 180 línguas ou dialetos, segundo dados oficiais da Fundação Nacional do Índio - FUNAI). Sendo assim, não há como refugar o juízo de que os índios foram normatizados numa dada situação social-endógena (*intra* ou *monoétnica*, destarte) e num concreto ambiente fundiário, porquanto coletivamente considerados de permeio com as terras por eles tão originária quanto permanentemente possuídas e tradicionalmente ocupadas. Exatamente porque dessa espécie de perdurável relação orgânica entre cada etnia indígena e o seu ainda rústico *habitat* **é que se pode falar de direitos originários. Como também se pode falar de uma cultura tão diferenciada quando geradora de todo um perfil coletivo.** Tudo a ser documentado em criteriosos laudos antropológicos, pois a sociedade “pluralista” de que trata o preâmbulo da

nossa Constituição é do tipo social genérico, e, por isso mesmo, copiosa o bastante para alcançar as próprias diferenças entre os índios de uma etnia e de outra.

### **A permanência do modelo peculiarmente contínuo ou *intraétnico*, mesmo nos casos de etnias lindeiras**

91. Esse desabono constitucional a demarcações de camбуlhada ou *interétnicas* se mantém até mesmo na situação em que duas ou mais etnias indígenas se caracterizem pela contigüidade geográfica. Etnias lindeiras ou *vizinhas de porta*, então, o que propicia um mais freqüente visitar de tribos distintas. **Mas ainda assim os marcos geodésicos e as placas sinalizadoras devem separar os espaços *interétnicos***; ou seja, cada etnia indígena deve saber onde começa e onde termina o espaço de trabalho e de vida que por direito originário lhe cabe com exclusividade (*monoeticamente*, reitere-se). Essa é a regra geral a observar, de matriz diretamente constitucional, embora perfeitamente previsível que prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes possa gerar, com o passar dos anos, uma *condivisão* empírica de espaços que em muito dificulta uma precisa fixação de fronteiras *interétnicas*.

92. Desponta claro, portanto, que o referido conceito fundiariamente extensivo do princípio da proporcionalidade aumenta a possibilidade de aproximação física entre as diferenciadas etnias autóctones. **Se tal ocorrer no plano dos fatos, não há como falar de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.** Todavia, entre as próprias etnias nativas a demarcação permanece com seu constitucional formato *intraétnico*. Uma etnia somente circulando com toda liberdade pelos espaços da outra, na medida em que haja o consentimento daquela cujas terras se façam objeto de visitas.

93. Em síntese, tudo consiste em saber, primeiro, se os índios se isolaram dos não-índios por sua espontânea vontade, **criando intervalados espaços que não passam, só por isso, à condição de terras estaduais devolutas, nem se disponibilizam para uma apropriação da espécie privada.** Segundo, se os intervalos fundiários apenas separam uma etnia aborígene de outra, **situação em que as terras por inteiro são de natureza indígena.**

Apenas com sua demarcação vincada ao formato *intraétnico* de que vimos falando.

94. Em palavras outras, se uma terra indígena deixa de confinar com outra, o espaço intermediário que então se forma não é um indiferente jurídico: ele cai sob o regime comum da propriedade privada, ou é automaticamente incorporado aos bens de um certo Estado-membro como terra devoluta, ou se disponibiliza para a criação e instalação de um novo Município. Na primeira hipótese, todo o espaço que separa uma etnia indígena da outra é, em princípio, vocacionado para apropriação a título privado. Daí os seguintes dizeres da Constituição: a) “é garantido o direito de propriedade” (inciso XXII do art. 5º); b) “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada”. Já na segunda hipótese, o artigo constitucional a reger as coisas é o de nº 26, com o seu inciso de nº IV, que manda incluir “entre os bens do Estado” “as terras devolutas não compreendidas entre as da União”. E quanto à terceira prefiguração, enfim, aí o dispositivo a aplicar é o § 4º do art. 18 da Constituição, assim escrito: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”.

95. Pois bem, **exclusivamente** nessa hipótese de não-contigüidade de terras indígenas é que se pode falar de prevalência tanto do princípio federativo quanto da livre iniciativa. Afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígenes. **Retração que deve ser contemporaneamente espontânea**, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, **é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa**. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional.

Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre “quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”, nos precisos termos do comando final do § 6º do art. 231 da Constituição).

**96. Avanço no raciocínio para asseverar que, nessa hipotetização de terras indígenas efetivamente lindeiras, já não vale o argumento do risco de uma demarcação contínua que termine por acarretar vazios democráticos ou a não-presença de Estado. E não vale o argumento, porque a não-presença de Estado é de ser imputada a ele mesmo, Estado brasileiro.** Não aos índios, *que não podem pagar a fatura por uma dívida que não contraíram*. Afinal, nada juridicamente impede, mas antes obriga, que o Poder Público brasileiro, sob a liderança institucional da União (nunca é demais repetir), cumpra o seu dever de assistir as populações indígenas. Dever que não se esgota com o ato em si de cada demarcação por etnia, pois ainda passa pela indispensável atuação das nossas Forças Armadas, isolada ou conjuntamente com a Polícia Federal, sempre que em jogo o tema fundamental da integridade territorial do Brasil (principalmente nas denominadas faixas de fronteira).

### **A perfeita compatibilidade entre faixa de fronteira e terras indígenas**

97. Como derradeiro tópico nominado deste voto, afirmamos, sempre com base na Constituição, a serena compatibilidade entre apropriação usufrutuária de terras indígenas e faixa de fronteira. Isto pela consideração inicial de que, ao versar o tema das terras indígenas, a Magna Carta Federal não fez nenhuma ressalva quanto à demarcação abrangente de faixa de fronteira ou nela totalmente situada.

98. Mas não é só. Além de não incluir nenhuma faixa de

fronteira entre os bens pertencentes à União, a Constituição ainda deixou expressa a possibilidade de uso e ocupação não-estatal de qualquer delas. Apenas arrematando o seu discurso com a regra de que tal ocupação e uso “serão regulados em lei”, tendo em vista que toda faixa de fronteira é de logo qualificada por ela, Constituição, como “fundamental para defesa do território nacional”. Eis o texto:

“A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei” (§ 2º do art. 20).

99. Uma dessas possibilidades de uso de faixa de fronteira, por sinal, já vem disciplinada na própria Constituição. Diz respeito às atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, a saber:

“A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas” (§ 1º do art. 176).

100. Não podia ser diferente essa compatibilidade, que apenas retrata o fato de que justamente nas fronteiras terrestres do Brasil é que mais se concentram as nossas populações indígenas, especialmente nas regiões norte e centro-oeste. Concentração contemporânea da descoberta do País, é sabido, assim como por efeito de migrações espontâneas, ou, então, forçadas pela intolerância e perseguição por parte dos não-índios (a espremedura topográfica a que nos referimos no capítulo de nº 61). Seja como for, concentração indígena que se fez e se faz decisiva para a preservação da integridade territorial brasileira (esse elemento da

soberania nacional), pois os nossos aborígenes, amantes e profundos conhecedores da nossa geografia, sempre souberam se opor com toda eficiência e bravura às tentativas de invasões estrangeiras em nosso País.

101. Realmente, os nossos indígenas sempre se dispuseram a defender a integridade do território brasileiro, ora por si mesmos, ora em articulação com lideranças patrióticas nacionais. O que nos dá a certeza da continuidade dessa colaboração junto às Forças Armadas e à Polícia Federal, esta última no desempenho de sua função constitucional de polícia de fronteiras (inciso III do § 1º do art. 144), e, aquelas, no cumprimento do seu mister igualmente constitucional de defesa da Pátria (art. 142, cabeça). Donde escrever, em artigo recente, a atual senadora e ex-ministra do Meio Ambiente, Marina da Silva, também ela uma grande conhecedora da região norte desta nossa Terra de Santa Cruz: “A defesa das nossas fronteiras na Amazônia sempre recebeu grande contribuição das comunidades indígenas. Por exemplo, pela incorporação de seus jovens ao Exército para ações em áreas onde ninguém quer ou sabe ir” (jornal Folha de São Paulo, Caderno A, p. 2, edição de 4 de agosto de 2008). Isto sem deixar de tecer comentários sobre a particular situação do Estado de Roraima, a propósito, justamente, da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, *literis*: “A população de Roraima não chega a 400 mil habitantes. Para os cerca de 350 mil não-índios há quase 11 milhões de hectares de terras disponíveis, diz estudo do Instituto Socioambiental. Comparando, Pernambuco tem 9,8 milhões de hectares para cerca de 8 milhões de habitantes”.

102. Nesse contexto, longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das nossas faixas de fronteiras, **a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as duas citadas instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal) se façam também permanentemente presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias, agentes e tudo o mais que possa viabilizar a mais otimizada parceria entre o Estado e as nossas populações nativas.**

103. Conforme dito precedentemente, se o Poder Público se faz ausente em terras indígenas, tal omissão é de ser debitada exclusivamente a ele, Estado, e não aos índios brasileiros. Índios

que não podem se opor a essa presença (juridicamente não podem, frise-se) e ainda necessitam dela para a contínua elevação dos seus padrões de segurança, politização, educação, saúde, transporte e demais itens de bem-estar material. Não é por aí, portanto, que se pode falar de abertura de flancos para o tráfico de entorpecentes e drogas afins, nem para o tráfico de armas e exportação ilícita de madeira. Tampouco de perigo para a soberania nacional, senão, quem sabe, como uma espécie de desvio de foco ou *cortina de fumaça* para minimizar a importância do fato de que empresas e cidadãos estrangeiros é que vêm promovendo a internacionalização fundiária da Amazônia legal, pela crescente aquisição de grandes extensões de terras. A cupidéz estrangeira a se aproximar cada vez mais, acrescente-se, das nossas incomparáveis reservas de água doce, biodiversidade e jazidas de urânio, nióbio, ouro, diamante e cassiterita, além petróleo e gás natural (ao menos na franja da divisa do Brasil com a Venezuela).

104. Enfim, quem proíbe o Estado brasileiro, mormente o Estado-União, e mais especificamente ainda o Estado-Forças Armadas e o Estado-Polícia Federal, - quem proíbe o Estado brasileiro, dizia eu, de ocupar o espaço funcional que lhe cabe em terras indígenas? Quem impede o governo brasileiro de responder às ONG's estrangeiras, e até mesmo à ONU, com toda altivez e *em alto e bom som*, que neste nosso território somos nós que mandamos? Quem obsta o Estado soberano do Brasil de *espalhar pelos quatro cantos do mundo* que nenhum outro Estado independente avançou tanto na questão indígena, tutelarmente, como o Estado brasileiro pós Constituição de 1988? E que, portanto, nenhum outro povo tem lições pra nos dar na matéria? Resposta: unicamente ele mesmo, Estado brasileiro, certamente por motivo de uma acanhada interpretação das suas próprias competências constitucionais, no tema, como, por exemplo, a que assiste à União para "assegurar a defesa nacional", de permeio com a execução dos "serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras" (incisos III e XXII, respectivamente, do art. 21 da Constituição). Despercebidas, talvez, as nossas autoridades, tanto civis quanto militares, do enorme trunfo que é poder conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência malsã de certas ONG's, mobilizá-los em

defesa da soberania nacional e reforçar neles o sentimento de brasilidade que nos irmana a todos. Missão até favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. *Olho e pálpebra* que são de uma terra que lhes dá um multimilenar sustento e que lhes povoa o sonho imemorial de nela viver em paz para todo o sempre.

### **O caso concreto da demarcação da terra indígena “Raposa Serra do Sol”**

105. Chego à derradeira parte deste voto, que outra não pode ser senão o exame do caso concreto. Fazendo-o, enfrento, como de estilo, as questões formais. Isso para de logo me contrapor às alegações de nulidade do processo demarcatório, por suposta agressão às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois as duas situações jurídicas ativas foram plenamente exercitadas tanto pelo Estado de Roraima quanto pelos demais atores processuais.

106. No ponto, anoto que os trabalhos de demarcação da área indígena Raposa/Serra do Sol começaram em 1977, data a partir da qual o tema ganhou todas as tintas dos chamados “fatos públicos e notórios”. Daí porque, em acréscimo a essa publicidade natural, o estudo de 1991/1992 foi sinteticamente publicado no diário oficial da União já em abril de 1993<sup>3</sup>, tudo conforme os dizeres do § 7º do art. 2º do Decreto 22/91 e como decorrência do aforismo do *tempus regit actus* e do princípio processual da instrumentalidade das formas. **Tempo mais que suficiente para que todas as partes e demais interessados se habilitassem no procedimento e ofertassem eventuais contraditas**, porquanto o primeiro despacho do Ministro da Justiça Nelson Jobim somente se deu em 1996 (despacho de nº 80/96, excluindo da área a demarcar parte das terras atualmente reivindicadas por arrozeiros). Noutros termos, nulidade haveria tão-somente se os interessados requeressem e lhes fossem negados pela Administração Federal seus ingressos no feito, o que jamais ocorreu.

<sup>3</sup> Fls. 1.296/1.300 do vol. 5.

107. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias indígenas da área: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao Conselho Indígena de Roraima - CIR<sup>4</sup>. **Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições. Todos forneciam informações e nenhum deles subscreveu o relatório nem o parecer antropológico, elaborados pela antropóloga Maria Guiomar Melo, servidora da FUNAI, e pelo Prof. Paulo Santilli, respectivamente.**

108. Também não vejo como causa de nulidade o fato de o advogado responsável pelo parecer jurídico (Felisberto Assunção Damasceno) haver sido indicado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Tal parecer não foi além de sua natureza opinativa e passou pelo crivo da Presidência da FUNAI, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e de outras instâncias administrativas em sucessividade processual endógena, como, v. g., o Consultor Jurídico da Casa Civil da Presidência da República. É o que também penso quanto à alegada *não participação* de membros do grupo oficial de trabalho na confecção do laudo antropológico, bem assim no que tange ao fato de servidores administrativos, devidamente treinados, efetivarem levantamentos de índole meramente censitária de pessoas e bens. Já aqueles que representavam os interesses do Estado de Roraima - também o demonstram os documentos dos autos<sup>5</sup>-, tinham eles por função apresentar estudos de que não se desincumbiram por vontade própria. Resultando claro que tal inércia não era mesmo de estancar um proceder administrativo que já se fazia em descompasso com a determinação constitucional de conclusão de todas as demarcações de terras indígenas “no prazo de até cinco anos a partir da promulgação de Constituição” (art. 67 do ADCT).

109. O que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo: os antropólogos Maria Guiomar Melo e Paulo Brando Santilli. Este último indicado

<sup>4</sup> Vide membros do grupo técnico interinstitucional às fls. 425 do vol. 2. Remarque-se que nada foi feito às escondidas.

<sup>5</sup> Fls. 583/585 do vol. 3.

e permanentemente prestigiado pela Associação Brasileira de Antropologia, de cujos quadros societários faz parte como acatado cientista. Ele foi o responsável pela confecção do parecer antropológico que, a partir dos estudos e levantamentos feitos pela Dra. Maria Guiomar (ela também um destacado membro da Associação Brasileira de Antropologia), serviu de base para os trabalhos demarcatórios em causa, assinando-o solitariamente, como estava autorizado a fazê-lo (tanto quanto a Dra. Guiomar). Afinal, é mesmo ao profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena. O que se lhe mostra impertinente ou estranho é **laborar no plano de uma suposta conveniência da busca de um consenso entre partes contrapostas e respectivos interesses, que ele, Paulo Santilli, acertadamente não intentou.**

110. De se ver que o Estado de Roraima teve sua participação garantida no grupo de trabalho da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), bastando lembrar que foi prontamente acatada sua indicação de nada menos que sete (07) servidores da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Interior e Justiça. Ademais, poderia exercer os seus direitos também sob o mecanismo posto no § 5º do art. 2º do Decreto nº 22/91:

“§ 5º. Os órgãos públicos federais, estaduais e municipais devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar, perante o Grupo Técnico, informações sobre a área objeto de estudo, no prazo de trinta dias contados a partir da publicação do ato que constituir o referido grupo.”

111. Sigo para realçar que a participação de índios vinculados ao CIR, aliada ao fato de apenas dois antropólogos assinarem suas peças técnicas (cada qual a sua), nada disso habilita o autor popular e seus assistentes a concluírem pela parcialidade do laudo antropológico. Da mesma forma que não se pode impugnar o laudo dos peritos do Juízo, sob a argumentação de que todos eles simpatizavam com as teses defendidas pelo Estado de Roraima, na medida em que publicaram trabalhos de defesa da demarcação em forma de ilhas e revelaram o máximo de preocupação com a manutenção da soberania nacional (em especial quanto à fronteira do

Brasil com a Venezuela), além de que centraram suas pesquisas no desenvolvimento tecnológico de solos com o fito de demonstrar a possibilidade de maior produtividade em reduzidas dimensões de terra. Não é isso que atesta a parcialidade de quem quer que seja, como não infirma aquilo que verdadeiramente conta para o desate da causa, como reiteradamente vimos enfatizando: as coordenadas diretamente constitucionais sobre o magno tema da demarcação de toda e qualquer terra indígena.

112. Também não se reveste da importância que lhe emprestam o autor popular e seus assistentes a alegação de que houve uma proliferação artificial de malocas, no curso do processo administrativo, dado que tal expansão, além de não provada como artificial, somente se deu após a feitura do parecer antropológico. Também assim a fraude que decorreria da distância de 180 km entre as malocas (*famílias extensas*) Mapaé e Cedro, pois é fato que tal distanciamento foi medido a partir de uma maloca Ingarikó, situada no extremo norte da área, até outra maloca da etnia Makuxi, situada mais ao sul dessa mesma área. **Sendo que na demonstração desse preciso trajeto foi omitida, sabe-se lá por que, a real presença de nada menos que 81 malocas** (segundo mapas constantes dos autos)<sup>6</sup>. Por fim, ações pretensamente fraudulentas, como o emprego de motoristas como se técnicos agrícolas fossem, mas que se revelaram como argumento equivocado, pois o que se tem como indicativo de fraude não foi senão um erro material: chamar de técnicos agrícolas quem, de fato, era motorista. Por isso mesmo que, logo nas páginas seguintes do laudo, o erro foi reparado: quem era de fato motorista como tal foi nominado<sup>7</sup>.

113. Mácula processual ou defeito de forma também não se extrai da consideração do crescimento, entre o laudo antropológico e o concreto ato de demarcação, de 1.678.800 ha para 1.747.089 ha (Decreto de 15/04/2005) como o real perímetro da área afinal demarcada. Cuida-se de diferença que os próprios autos sinalizam como natural ou não desarrazoada. É que o técnico

<sup>6</sup> Fls. 1.314/1.322 do vol. 6.

<sup>7</sup> Fls. 1.430: identificação dos membros do Grupo de Trabalho. Fls. 1.432: identificação dos dois servidores do Governo do Estado como motoristas.

que definiu a primeira “marca” o fez em caráter estimativo, tanto assim que até então não comparecera fisicamente ao local e se valera tão só de instrumentos mecânicos de mensuração (planímetro e curvímeter), considerada a definição antropológica da área e apenas de posse de mapa cartográfico. Num segundo momento, porém, profissional diverso já se deslocou pessoalmente até a área a mensurar para então se valer, agora sim, de fontes cartográficas mais precisas e tecnologia atualizada, como sistema de posicionamento global - GPS, imagens de satélite e cálculos computacionais<sup>8</sup>. Tudo a rechaçar qualquer eiva de nulidade processual.

114. Encerro este enfrentamento das questões formais para estranhar que, mesmo à face de trabalhos antropológicos revestidos de todos os elementos de uma etno-antropologia e de uma antropologia social e cultural adequada, pois reveladores da interatividade orgânica dos índios com suas terras e consigo mesmos, tudo enlaçado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à riqueza sentimental das relações uxórias e de parentesco, cosmogonia, artes, coleta, caça, pesca, festas, tradições, crenças, economia, etc., insistam o autor popular e todos que o secundam neste processo em adjetivar tais peças antropológicas como simplesmente genéricas ou abstratas. Supostos repositórios de “guarda-chuvas”, pois serviriam para qualquer demarcação de terra indígena. Afirmação, contudo, que penso derivar do desconhecimento da multifacetada cultura aborígine, como o próprio fato de que muitas etnias são dispersões originárias de um mesmo tronco, inclusive lingüístico e religioso, variando tão-só a forma de expressão ou de produtividade. Casos típicos do “timbó”, planta que se usa como instrumento de pesca; das imbiras, que são armadilhas de caça; da coivara, uma técnica de rotatividade de solos para plantio; ou da arerua como sincretismo religioso.

115. Muito bem. Superadas as questões formais, avanço para o lado substantivo da demarcação. Não sem antes ressaltar que a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com extensão a abranger, aproximadamente, 7,5% do território do Estado de Roraima. Fazendo-o, estou convicto de que os autos retratam o seguinte:

<sup>8</sup> Fls. 1.265/1.267 do vol. 5.

I - toda a área referida pela Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, é constituída de terras indígenas, como conceituado pelo § 1º do art. 231 da Constituição Federal. Terras indígenas contíguas ou lindeiras, ainda que ocupadas, em grande parte, indistinta ou misturadamente pelas etnias Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Patamona e Wapichana. Indiferenciação, essa, que se evidencia pelos 150 anos sem conflitos armados *interétnicos* e reforçada pela presença de: a) uma língua franca ou de tronco comum; b) intensas relações de trocas; c) uniões exogâmicas. Mais: cuida-se de terras indígenas ocupadas por forma tradicional e permanente à face do marco temporal do dia 05 de outubro de 1988 conforme demonstração convincentemente feita pelo laudo e parecer antropológicos de fls. 423/548. Todas elas em nada descaracterizadas pelo fato das posses ilegítimas que se deram com maior vigor no século XX, mediante a expulsão dos índios das margens dos rios e igarapés e das terras ao pé das montanhas. Posses ilegítimas, protagonizadas pelos “civilizados [que] *ambicionavam para seus gados as pastagens*” (Serviço de Proteção ao Índio) <sup>9/10</sup>;

II - em que pese a demarcação *pecar* pela falta de observância do vetor *monoétnico* para a definição dos limites das várias terras indígenas lindeiras que formam toda a área conhecida como Raposa Serra do Sol - tema nem sequer agitado pelas partes e seus assistentes -, de tal circunstância nenhum prejuízo resultou para os índios das cinco etnias em comento. Motivo, aliás, da inexistência da irrisignação de nenhum membro individual ou órgão representativo de qualquer das comunidades envolvidas, o que seguramente se explica: a) pelo fato da intensa e antiga miscigenação entre os seus componentes; b) pela concreta dificuldade de precisa identificação da área de movimentação física de cada uma dessas tribos ou etnias autóctones;

III - a extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais aqui longamente descritas, sobretudo à vista do que vimos chamando de postulado da proporcionalidade extensiva. Valendo enfatizar que a demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos. Sem falar que não têm préstimo para esse fim critérios não-índios de mensuração,

<sup>9</sup> Fls. 1.987/1988 do vol. 8.

<sup>10</sup> Fls. 727/728 do vol. 3.

como, por exemplo, cálculo de hectare/habitante e *clusters* (demarcação por ilhas ou do tipo “queijo suíço”). As próprias características geográficas da região contra-indicam uma demarcação avara ou restritiva, pois a reconhecida infertilidade dos solos (causadora da necessidade da prática da coivara e da pecuária extensiva), os períodos de cheias e a acidentada topografia da região já são em si mesmos um contraponto ao generoso querer objetivo da Constituição em matéria de proteção indígena<sup>11</sup>;

IV - a desintrusão ou retirada dos não-índios, tão massiva quanto pacificamente, seguida de majoritário reassentamento por parte do governo federal, já sinaliza a irreversibilidade do procedimento. Daí porque o fato da antiguidade de instalação das vilas “Água Fria”, “Socó”, “Vila Pereira” (do Surumu) e “Mutum” não autoriza inferir que a Constituição, por haver proibido o garimpo em terras indígenas, optou pela permanência de qualquer dessas povoações. Ainda mais quando, a partir de 1990, a ocupação não-índia somente se deu em função da chegada dos garimpeiros que foram retirados da Terra Indígena Yanomami durante a operação conhecida por Serra Livre. Nada justifica tal ilação, pois o fato é que já não há como concluir pela viabilidade do retorno do garimpo e da economia privada das fazendas, num atual contexto sócio-econômico-institucional de quase absoluta presença de índios (nas vilas Socó e Água Fria, por ilustração, o que remanesce da presença não-índia se restringe a 1 e 3 ocupações, respectivamente);

V - são nulas as titulações conferidas pelo INCRA, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, assim como inválida é a ocupação da “Fazenda Guanabara”. Se não, veja-se: a) a autarquia

<sup>11</sup> Generoso querer da Constituição que, de modo algum, retira dos não-índios o espaço necessário para seu adequado desenvolvimento. É que, em se tratando do Estado de Roraima (como da maioria dos Estados da região Norte do Brasil), as extensões territoriais são superlativas. Prova disso é que as terras não-indígenas do Estado de Roraima se estendem por uma área de 121.182,19 km<sup>2</sup>, para uma população de menos de 400 mil habitantes. Só para que se tenha uma idéia da extensão dessas terras, o Estado de Pernambuco, com mais de 8 milhões de habitantes, possui 98.311,616 km<sup>2</sup>. Já o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 43.696,054 km<sup>2</sup>, é habitado por mais de 15 milhões de pessoas.

federal, baseada em estudo de 1979, constante de procedimento demarcatório inconcluso<sup>12</sup> (ausentes portaria declaratória e decreto homologatório), sem qualquer consulta à FUNAI arrecadou terras da União como se devolutas fossem, alienando-as diretamente a particulares; b) sucede que as terras já eram e permanecem indígenas, sendo provisoriamente excluídas dos estudos de 1979 e de 1985 apenas para superar “*dificuldades que teria o Órgão Tutelar em demarcar*” tal área (dificuldades consistentes em litígios dos índios frente aos não-índios<sup>13</sup>; c) já a titulação da Fazenda Guanabara, alegadamente escorada em sentença com trânsito em julgado, proferida em ação discriminatória, também ela padece de vício insanável. É que a referida ação não cuidou da temática indígena, pois, equivocadamente, partiu do pressuposto de se tratar de terra devoluta. O que se comprova pelo acórdão do TRF da 1ª Região, **transitado em julgado**, na ação de manutenção de posse que teve por autor o suposto proprietário privado. Acórdão que vocalizou o seguinte: “*comprovada através de laudo pericial idôneo a posse indígena, é procedente a oposição para reintegrar a União na posse do bem*”<sup>14</sup>. Pelo que não podem prosperar as determinações do Despacho nº 80/96, do então Ministro de Estado da Justiça, pois o que somente cabe aos detentores privados dos títulos de propriedade é postular indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé;

VI - os rizicultores privados, que passaram a explorar as terras indígenas somente a partir de 1992 (após a promulgação da Lei Fundamental de 1988, destarte), não têm qualquer direito adquirido à respectiva posse. Em primeiro lugar, porque as posses antigas, que supostamente lhes serviram de ponto de partida, são, na verdade, o resultado de inescondível esbulho<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Procedimento estabelecido, sucessivamente, pelos Decretos nos 76.999/76 e 88.118/83, hoje já revogados.

<sup>13</sup> Afirmção da antropóloga coordenadora do Grupo de Trabalho de 1984, constante da Informação DEID/FUNAI 007/98 (fls. 1143/1169, volume 5).

<sup>14</sup> Processo nº 1998.01.00.0850320, trânsito em julgado em 08/01/2004.

<sup>15</sup> Esbulho que veio acompanhando da **multiplicação do tamanho de fazendas na região**. A história documentada pelos próprios posseiros demonstra que a

Como sobejamente demonstrado no laudo e parecer antropológicos, os índios foram de lá empurrados, enxotados, escorraçados. Não sem antes opor notória resistência, fato que perdura até hoje. Em segundo lugar, porque a presença dos arrozeiros subtrai dos índios extensas áreas de solo fértil, imprescindíveis às suas (dos autóctones) atividades produtivas, impede o acesso das comunidades indígenas aos rios Surumu e Tacutu e degrada os recursos ambientais necessários ao bem-estar de todos eles, nativos da região.

116. Enfim, tudo medido e contado, tudo visto e revisto - sobretudo quanto a cada um dos dezoito dispositivos constitucionais sobre a questão indígena -, voto pela improcedência da ação popular sob julgamento. O que faço para assentar a condição indígena da área demarcada como **Raposa/Serra do Sol**, em sua totalidade. Pelo que fica revogada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2009, devendo-se retirar das terras em causa todos os indivíduos não-índios.

É como voto.

Brasília, 27 de agosto de 2008.

---

Fazenda Depósito média, em **1954**, 2.500 hectares (fls. 2.922). Em **1958**, formou-se a Fazenda Canadá com parte da chamada Fazenda Depósito e já agora com extensão de 3.000 hectares (fls. 2.895 e 2924); portanto, maior que toda a área dividida. Em **1979**, Lázaro Vieira de Albuquerque vende a Fazenda Canadá e nessa data possuía não mais que 1.500 hectares (fls. 2.925). Em **1982**, as Fazendas Depósito e Canadá são vendidas e somam 3.000 hectares (fls. 2.926). Em **10/04/1986**, as Fazendas Depósito (agora com 3.000 hectares), Canadá (com 3.000 hectares) e Depósito Novo (com 3.000 hectares), são vendidas, “*podendo ainda as áreas totais serem dimensionadas em proporção maior de 9.000 hectares*” (fls. 2.927).

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na “Terra Indígena São Marcos”, matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área

indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público.

3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nºs 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é “ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade” (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO “ÍNDIOS” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo “índios” é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente

plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com

a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA. Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATER-NAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários

sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre

outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

12. DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades

tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência

eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.

18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.