

## O DIREITO POSTO E SUAS SUPOSTAS SOLUÇÕES

“Eu tenho usado o meu botoque, minha vida, meu documento. Minha orelha é documento também.”

(Cacique Raoni Mentuktire, na Assembléia Nacional Constituinte de 1988, fazendo referência à importância e significado dos adornos de orelha típicos de alguns povos indígenas)

Em 1987 instalou-se no país a Assembléia Nacional Constituinte (ANC), conquista democrática sem precedentes na história do Brasil. Diversas organizações civis estavam mobilizadas e articuladas para se fazerem ouvir. Era a chance de escrever na lei maior do Estado um país mais justo e democrático. E assim foi feito em diversos âmbitos da sociedade. Benefícios como o avanço democrático, a consolidação dos direitos individuais e das garantias das obrigações do Estado são razões de elogios frequentemente tecidos à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).<sup>125</sup>

A tradição da política indigenista, todavia, ainda sustentava uma lógica tradicional, haja vista o próprio Estatuto do Índio de 1973 que, apesar de apresentar progressos, ainda figurava como bastante conservador quanto às mudanças possíveis de serem levadas a cabo. E mesmo 22 anos após a promulgação da CRFB, ele - ainda que em vias de reestruturação<sup>126</sup> - encontra-se vigente naquilo que a Constituição não revogou expressamente.

---

<sup>125</sup> “A Constituição brasileira foi um grito de modernidade ouvido trinta anos depois da criação de Brasília, em 1958, um estatuto de contraste com a ditadura da qual o país se libertou. É um texto assentado sobre os princípios da democracia representativa, garantidor dos direitos fundamentais, mas que nem por isso deixa de ser alvo de contestação, por englobar o trato dos problemas sociais do país, a articulação dos poderes regionais e dos conflitos políticos. É uma empreitada quase impossível. É, talvez, a mais complexa Constituição, em face do volume e do detalhamento. É um fator gerador de tensões e que desafia a dialética, mas que completa vinte anos consagrando a separação de Poderes”. CANOTILHO, J. J. Gomes. “Un apunte sobre el pecado original de la ciencia del derecho”. Entrevista concedida a Guillermo Rizzi. 01 mar. 2010. Disponível em <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/category/constituicao/>>. Acesso em 10 mar. 2010.

<sup>126</sup> PL n.º 2057/91.

Até o momento da Constituinte um número muito pequeno de indígenas possuía algum conhecimento sobre as estruturas jurídicas, políticas e administrativas do Estado Brasileiro, o que impedia qualquer participação em termos efetivamente igualitários. Eram desconhecidas estruturas como o Legislativo Municipal, o que vinha a ser uma Constituição ou uma Assembléia Nacional Constituinte e, supondo que fosse possível explicar para eles, a “toque de caixa”, o que tudo isso significava ainda existiria o desafio dos termos em que as coisas são postas: o inegociável ponto de vista do Estado. A forma da Constituinte, por exemplo, “quase que” não estava em discussão, como se verá adiante.

A maioria dos indígenas, entretanto, passava a afirmar uma certeza:

[A] grande lei dos ‘brancos’ estava para ser escrita pelos políticos ‘lá em Brasília’, e, se os índios não poderiam participar de sua elaboração com as próprias mãos, lutariam para que pela primeira vez, em 500 anos, a lei dos ‘brancos’ fosse escrita considerando a opinião e a vontade dos povos indígenas.<sup>127</sup>

Mobilizados, em grande parte, pelo Conselho Indigenista Missionário e também pela União das Nações Indígenas - UNI, os povos indígenas estavam decididos a mandar representantes para participar da Constituinte. Eles estavam dispostos a ter voz diante de uma estrutura que nunca os ouviu, muito pelo contrário, os oprimia e ignorava suas formas de organização social. Gostariam de falar sobre as demarcações de suas terras, a educação escolar de seus filhos, a disponibilização econômica das terras indígenas e seus recursos naturais, as grandes obras em seus territórios, como estradas e hidrelétricas, as remoções de suas aldeias, a atividade garimpeira e mineratória, etc. Com a ANC colocava-se diante dos índios uma construção política cultural dos brancos que se desenrolava desde o século XVI e que não se moveria tão facilmente.

---

<sup>127</sup> LACERDA, Rosane. *Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988*. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 51.

### 3.1

#### O processo Constituinte ou a Grande Lei dos Brancos

Em 28 de junho de 1985 foi enviada ao Congresso Nacional a Emenda Constitucional n.º 43<sup>128</sup> na qual o Presidente da República fazia constar a convocação da ANC e os poderes de seus representantes para elaborar a nova lei fundamental do país. Contrariando o desejo de grande parte da população e de movimentos sociais a esperada ANC seria *Congressual* e não *Exclusiva*<sup>129</sup>. Significa dizer que seriam membros constituintes somente aqueles 487 deputados federais e 49 senadores eleitos no próximo ano de 1986, e também os 23 senadores herdados da ditadura militar, os chamados senadores biônicos<sup>130</sup>.

A exigência de uma Constituinte *exclusiva* repousava nas argumentações de que se assim não o fosse os congressistas legislariam em causa própria, uma vez que as prerrogativas do legislativo seriam um dos temas da discussão constitucional e, além disso, uma Constituinte *congressual* teria o mesmo perfil e desempenho de um Congresso ordinário, sendo o quórum de aprovação das matérias a única diferença. “A nova constituição seria, portanto, uma vasta emenda constitucional, referendada por maioria simples”.<sup>131</sup>

Além da escolha pelo caráter *congressual* da futura Constituinte outro empecilho à sua soberania pôde ser constatado no momento da convocação de instalação, em 27/11/85. Ali foram pré-determinadas as regras a serem observadas nas futuras discussões e aprovação do texto constitucional. Contrariando, portanto, as teorias jurídicas acerca do poder constituinte<sup>132</sup> e da soberania da ANC.

---

<sup>128</sup> Conhecida também como Emenda Sarney.

<sup>129</sup> BRASIL. Emenda Constitucional n.º. 26. Poder Executivo. Diário Oficial da União de 28/11/1985, Seção 1, p. 17.422.

<sup>130</sup> Números disponíveis em <[www.senado.org.br](http://www.senado.org.br)> Acesso em 19. 07.10.

<sup>131</sup> LESSA, Renato. *Dilemas da Institucionalização Brasileira: os primeiros passos rumo à Constituinte*. Série Estudos. n.º 46. Rio de Janeiro: IUPERJ. Abril de 1986. p. 26.

<sup>132</sup> “O Poder Constituinte originário tem como titular o corpo do povo, cabendo a ele exclusivamente cabendo a ele a prerrogativa de fundar um novo ordenamento institucional para o país. Sua expressão factual deve cumprir a exigência de uma total nitidez e novidade, sendo vedada, portanto, a possibilidade de que seu papel possa ser cumprido por formatos políticos oficiais já existentes. O Poder Originário se faz presente quando se coloca a exigência de um novo

A coalizão autodenominada “Aliança Democrática” (partidariamente representada pela coalizão PMDB-PFL e institucionalmente pelo Governo José Sarney) sustentava a Nova República e liderava a organização da ANC e, apesar de nova, representava a composição de forças cujas posições e emblemas mantinham o padrão da velha ordem, o período autoritário da ditadura militar. Diante disso, é preciso ter em mente que:

Ainda que isto seja insuficiente para lançar suspeitas sobre a veracidade de suas convicções mudancistas, tais forças dificilmente poderiam ser consideradas, em uma tipologia sartoriana, como “anti-sistema”. Ou seja, se a mudança política não pode ser pensada exclusivamente como processo endógeno, o ritmo da mudança – que com Polanyi aprendemos ser o único aspecto humanamente experimentável das transformações – é em grande parte regulado pela natureza da composição da elite que a dirige.<sup>133</sup>

Outro fato contraditório com o poder constituinte originário foi a instalação, junto à Presidência da República, da *Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*, composta por estudiosos das mais diversas áreas responsáveis por realizar estudos e pesquisas que iriam auxiliar futuramente os trabalhos da ANC. A Comissão ficou conhecida como Comissão Afonso Arinos, nome do jurista que a presidiu<sup>134</sup> e também como Comissão dos Notáveis, esta última alcunha a lembrar a notabilidade e importância atribuída à ciência e à técnica.

Divida em dez subcomissões temáticas<sup>135</sup> a Comissão Afonso Arinos apresentou a primeira proposta de artigo referente às terras indígenas em novembro de 1985. Elaborada pelo jurista José Afonso da Silva, estava em conformidade, em diversos pontos, com o que vinha sendo discutido pelos povos

---

começo da ordem política, o que implica a desautorização de poderes instituídos do passado para o desempenho de papéis constituintes. A única expressão consistente do Poder Originário é, pois, a Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana.” LESSA, Renato. *Dilemas da Institucionalização Brasileira: os primeiros passos rumo à Constituinte*. Série Estudos. n.º 46. Rio de Janeiro: IUPERJ. Abril de 1986. p. 23.

<sup>133</sup> LESSA, Renato. *Dilemas da Institucionalização Brasileira: os primeiros passos rumo à Constituinte*. Série Estudos. n.º 46. Rio de Janeiro: IUPERJ. Abril de 1986. p. 6.

<sup>134</sup> “[...] jurista consagrado que participara das conspirações que levaram ao suicídio do Presidente Vargas em 1954 e ao Golpe em 1964”. (PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988 Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio e Lumen Juris, 2008. p. 21).

<sup>135</sup> Subcomissões temáticas: 1 – direitos e garantias individuais e relações internacionais; 2 - estrutura federativa e tributária; 3 - Poder Judiciário; 4 e 5 - Poderes Executivo e Legislativo; 6 - Educação, cultura e comunicações; 7 - saúde e meio ambiente; 8 - ordem econômica; 9 - ordem social; 10 - Estado democrático e segurança. (BRASIL. Senado Federal. Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/>>. Última consulta em: 07 dez. 2009).

indígenas, o que gerou grande expectativa. Na proposta constava a previsão da inalienabilidade das terras ocupadas por eles; a exploração pelos povos indígenas das riquezas naturais de suas terras; a nulidade e extinção de efeitos jurídicos decorrentes de negócios que tenham por objeto as terras indígenas; a participação do Ministério Público nas ações judiciais que envolvam indígenas, bem como o reconhecimento de ações propostas por índios ou grupos de índios.<sup>136</sup>

Em dezembro do mesmo ano a União das Nações Indígenas apresentou uma contraproposta, não exatamente contrária, mas apenas ressaltando ou modificando algumas questões como a substituição da expressão silvícolas por índios; o destaque para o caráter exclusivo dos indígenas no usufruto das riquezas do solo e subsolo; acrescentava a natureza jurídica de bens públicos federais indisponíveis às terras indígenas; acrescia o conceito de terras ocupadas pelos índios; enfatizava a legitimidade de indígenas ou comunidades indígenas enquanto partes ingressantes em juízo para defesa de seus interesses; adicionava o conceito de comunidade indígena e destacava a prevalência de seus usos, costumes e tradições às previsões legais comuns em atos e negócios, sempre que indígenas estiverem envolvidos.

Em 1º de julho de 1986, a Comissão Afonso Arinos aprovava a sua proposta de Capítulo Constitucional “Das Populações Indígenas”, onde previa o reconhecimento das populações indígenas como “parte integrante da comunidade nacional” (art. 380), a extensividade dos direitos em geral a tais populações ‘sem prejuízo dos seus usos e costumes específicos’ (§ único, ‘a’) e a prestação de assistência sócio-econômica e proteção de suas terras, instituições, pessoas, bens e trabalho, ‘bem como à preservação de sua identidade’ (§ único, ‘b’). Propunha também conferir legitimidade processual ativa às comunidades indígenas e suas organizações para a ‘defesa dos interesses dos índios’ (art. 383, *caput*). Entretanto, ao que parece, o Anteprojeto previa também a manutenção da restrição da capacidade civil dos indígenas, uma vez que condicionava a validade jurídica dos contratos de interesse das comunidades indígenas à ‘participação obrigatória de suas organizações federais protetoras’ (art. 382, § 3.º).<sup>137</sup>

Inaugurou-se, com as discussões na ANC, uma nova perspectiva da sociedade branca frente aos índios, na qual a visão assimilacionista deixava de ser

---

<sup>136</sup> ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL - Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em 07. dez. 2009.

<sup>137</sup> LACERDA, Rosane. *Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988*. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 47.

o guia e a proteção dos povos indígenas passava a ser um propósito específico de previsão legal.<sup>138</sup>

Todavia outra frustração seria imposta aos povos indígenas, e também aos demais interessados no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos. Este foi considerado uma intervenção inapropriada do Executivo e, por essa razão, seu envio à ANC restou comprometido, pois além deste óbice “seus conteúdos parlamentaristas, democratizantes e ‘progressistas’”<sup>139</sup> não se afeiçoavam às expectativas do Presidente da República, José Sarney, que jamais remeteu o anteprojeto à Constituinte.<sup>140</sup>

A OAB foi responsável por pesadas restrições e condenações à Comissão dos Notáveis, vista como uma possibilidade de excluir o “povo” do processo e de restringir a margem de atuação dos constituintes. O jurista Raymundo Faoro, ex-presidente da OAB, foi uma das principais vozes contra a Comissão referindo-se a ela como um “anacronismo” e como “absolutamente ilegítima”. Para ele a Comissão “negava a titularidade do povo no poder constituinte” e fazia parte do “surrado repertório político das elites brasileiras”<sup>141</sup>.

Ainda a esse respeito afirma Adriano Pilatti:

[...] a Comissão Arinos foi mal recebida pelos progressistas, que viam aí uma tentativa espúria de interferência presidencial na definição da agenda temática da

<sup>138</sup> Anteprojeto, art. 380, *caput*: O Governo Federal, reconhecendo as populações indígenas como parte integrante da comunidade nacional, proporá legislação específica com vista à proteção destas populações e de seus direitos originários.

<sup>139</sup> PILATTI, Adriano. A Constituinte de 1987-1988. Op. cit. p. 21.

<sup>140</sup> Veja-se o que conta Gisele Cittadino: “É verdade que sempre foi pública a discordância de Sarney em relação ao parlamentarismo, mas sua decisão de não enviar o anteprojeto da Comissão ao Congresso Constituinte parece estar ancorada em mais de uma razão. A declaração do deputado José Genoíno, do PT de São Paulo, ao jornal Correio Brasiliense, em 10/6/88, resume bem estes motivos: *‘Para falar a verdade, o anteprojeto dos Notáveis é bem melhor que o texto aprovado pela Comissão de Sistematização, de uma maneira Geral. O Presidente Sarney o engavetou justamente porque era avançado demais.’*”

Ainda que não tenha sido formalmente encaminhado à Constituinte, para servir de subsídio, como inicialmente previsto por Tancredo Neves, o anteprojeto da Comissão não foi esquecido. Das mais variadas formas ele circulava nos bastidores do Congresso. Informalmente, partes significativas do seu texto foram copiadas por constituintes, o que levou o deputado Manuel Moreira, do PMDB paulista, a observar: *‘No lugar de plagiar, vamos examinar logo o original.’*” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 42.

<sup>141</sup> Jornal do Brasil. 12/07/85 Apud: LESSA, Renato. *Dilemas da Institucionalização Brasileira: os primeiros passos rumo à Constituinte*. Série Estudos. n.º 46. Rio de Janeiro: IUPERJ. Abril de 1986. p. 22.

futura Constituinte. A tentativa de impedir a aprovação da Emenda Sarney foi mal sucedida; já com a Comissão Arinos passou-se algo singular: alvo de grande polêmica na imprensa escrita, sua composição foi adequada ao gosto dos interesses emergentes no processo de transição, seus trabalhos foram intensamente acompanhados, noticiados, criticados [...]<sup>142</sup>

Ou seja, a atuação da Comissão Arinos não foi a primeira objeção levantada em defesa da soberania da ANC; contudo os interesses políticos fizeram com que a primeira objeção, em torno da instalação da Constituinte e das regras prévias que a acompanharam, não fosse seriamente considerada.

Diante de tal frustração some-se a previsão do sociólogo Florestan Fernandes, eleito deputado constituinte pelo PT-SP, de que a causa indígena somente poderia contar com no máximo 25% dos constituintes. Em 1º de fevereiro, por ocasião da sessão solene de instalação da ANC, diversos indígenas puderam perceber o tom que seria dado à participação dos setores populares durante os trabalhos: somente parlamentares e convidados puderam participar da solenidade.

Presidida pelo deputado Ulisses Guimarães a ANC<sup>143</sup> foi dividida em oito Comissões, cada qual com suas subcomissões (ao todo vinte e quatro)<sup>144</sup>. A

<sup>142</sup> PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988 Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio e Lumen Juris, 2008. p. 21.

<sup>143</sup> Ver Anexo A - Fluxograma de funcionamento da ANC, retirado de OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las*. Brasília: Senado Federal, 1993. p.17 a 24.

<sup>144</sup> 1 – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Subcomissões: da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; dos Direitos e Garantias Individuais) 2 – Comissão da Organização do Estado (Subcomissões: da União, Distrito Federal e Territórios; dos Estados; dos Municípios e Regiões). 3 - Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo (Subcomissões: do Poder Legislativo; do Poder Executivo, do Poder Judiciário e do Ministério Público. 4 – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições (Subcomissões: do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos; de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança; de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas). 5 – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças (Subcomissões: de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas; de Orçamento e Fiscalização Financeira; do Sistema Financeiro). 6 – Comissão da Ordem Econômica (Subcomissões: de Princípios Gerais, Intervenção do Estado; Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica; da Questão Urbana e Transporte; da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária). 7 – Comissão da Ordem Social (Subcomissões: dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos; da Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente; dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias). 8 – Comissão da Família, Educação, Cultura, Esporte, Comunicação (Subcomissões: da Educação, Cultura e Esportes; da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; da Família, do Menor e do Idoso). 9- Comissão de Sistematização. 10 – Comissão de Redação. (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Centro Gráfico do Senado Federal; junho de 1987. Disponível em

subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias<sup>145</sup> compunha a Comissão da Ordem Social.

No dia sete de abril de 1987 instalava-se a SNPIPDM; a reunião foi marcada pela falta de quórum e pela ausência da imprensa, problema que se estendeu às reuniões seguintes. Na segunda reunião, em nove de abril, registrou-se a fala do indígena Jorge Terena, na condição de assessor para assuntos indígenas do Ministério da Cultura, que entre outras questões apontou que era preciso:

[...] chamar as pessoas que estão envolvidas nessas questões e que realmente estão convivendo com essas pessoas [indígenas] há muito tempo. [...] nós não temos nenhum representante legítimo aqui dentro desta Casa [...] E a minha sugestão é que realmente quando esta Comissão estiver tratando de um assunto no tocante aos índios, por exemplo, que chame alguns líderes indígenas, e não somente os líderes indígenas, mas também os líderes dos movimentos que apóiam os índios [...]<sup>146</sup>

Na reunião seguinte, 22 de abril, a Proposta Unitária<sup>147</sup> relativa aos direitos indígenas foi entregue por cerca de 40 lideranças indígenas<sup>148</sup> à SNPIPDM. A entrega da Proposta ao Presidente da ANC, deputado Ulisses Guimarães, foi acompanhada de um cocar, que foi posto em sua cabeça, além de um ato simbólico de pajelança no presidente da Subcomissão, deputado Ivo Lech, para que o espírito bom entrasse em sua cabeça e seu coração<sup>149</sup>.

Na Subcomissão discursou o índio Idjarruri Karajá – à época Superintendente para Assuntos Indígenas do Estado de Goiás:

---

<<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituente/ComESub.pdf>>. Última consulta em: 07 dez. 2009).

<sup>145</sup> Doravante denominada no presente trabalho por SNPIPDM.

<sup>146</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. SNPIPDM. Centro Gráfico do Senado Federal; junho de 1987. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituente/7c%20-%20SUBCOMISSÃO%20DOS%20NEGROS,%20POPULAÇÕES%20INDÍGENAS,.pdf>>.

Última consulta em: 07 dez. 2009. p. 9.

<sup>147</sup> A Proposta Unitária foi elaborada no escritório do Instituto de Estudos Sócio Econômicos - Inesc, em Brasília, e contou com a participação de representantes da União das Nações Indígenas - UNI, Conselho Indigenista Missionário - Cimi, Associação Brasileira de Antropólogos - ABA, Cedi, CTI/Mirad, CCPY, Conage, Procuradoria-Geral da República e indígenas residentes em Brasília.

<sup>148</sup> Entre eles caciques, membros do Ministério da Cultura e da Funai.

<sup>149</sup> Jornal do CIMI, “Porantin”, Brasília, ano X, n.º 108, mai. 1987; p. 3. Apud: LACERDA, Rosane. Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 57.

Sou lá da Ilha do Bananal, da Tribo dos Karajás, lá do Araguaia. [...] Neste momento, para nós solene. Viemos em Comissão para entregar a proposta indígena para a Assembléia Nacional Constituinte, que está trabalhando para fazer as novas leis, viemos em Comissão. Não fomos felizes durante nossa campanha, tivemos vários candidatos de diversos estados brasileiros, mas nenhum foi eleito. Estamos aqui – não é por isso que vamos ficar nas aldeias desanimados – em busca de apoio dos Constituintes para que o Brasil venha garantir o respeito aos povos indígenas, venha garantir a nossa terra, porque ela é a nossa sobrevivência. Está aqui a proposta indígena... Essas são as propostas indígenas, Srs. Constituintes, nosso povo dizimado pela irresponsabilidade de algumas autoridades ou por indefinição das leis brasileiras, embora nós, pré-colombianos, até agora, tenhamos sido relegados a segundo plano, estamos aqui esperançosos, confiantes nesses Constituintes que foram eleitos com a responsabilidade muito grande de garantir a nossa sobrevivência. São os nossos agradecimentos e estamos aqui à disposição<sup>150</sup>.

Pronunciou-se também o cacique Raoni Kayapó Mentuktire:

[...] o meu povo está morrendo na mão do seu povo [...] Hoje que tem gente muito complicada, a vida de vocês não é boa para nós índios. Nós temos direito a terra, direito à mata, nós fomos criados dentro do mato. Nós não queremos a casa de vocês, eu não quero a casa de madeira nem a terra ruim, onde meu povo não pode entrar [...]<sup>151</sup>

Nesse dia um indígena que se dirigia para a Subcomissão foi barrado nas portas do Congresso por não estar devidamente trajado, o que se resolveu somente com a intervenção do deputado Ivo Lech, Presidente da Subcomissão, que interveio; só assim então foi possível o cacique entrar no Prédio com sua indumentária típica<sup>152</sup>.

Na oitava reunião da Subcomissão a Coordenação Nacional de Geólogos – Conage - apresentou proposta de exploração mineratória em terras indígenas a qual previa o interesse da União e a não participação de empresas privadas.<sup>153</sup> O

<sup>150</sup> BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Anexo à ata da 3ª Reunião, 22/04/87, pp. 11-12

<sup>151</sup> BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Anexo à ata da 3ª Reunião, 22/04/87, pp. 13

<sup>152</sup> BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Anexo à ata da 3ª Reunião, 22/04/87, pp. 13. Apud: LACERDA, Rosane. Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 59.

<sup>153</sup> Versava a proposta apresentada em abril de 1987: “No tocante à questão mineral em terras indígenas, tem sido detectado [sic] interesses econômicos que estão à espreita de uma brecha na legislação minerária, para se apropriarem de suas reservas minerais, com repercussões danosas aos silvícolas. Por outro lado, os povos indígenas travam uma luta heróica para sua autodeterminação, tendo como questão prioritária a demarcação de suas terras pela União e o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e dos subsolos. Os geólogos brasileiros entendem que tais direitos dos índios devem ser assegurados, sendo contudo reservado à sociedade, como um todo a possibilidade de realizar o aproveitamento de bens minerais fundamentais ao desenvolvimento nacional, inexistentes na quantidade necessária em outras partes de território pátrio e existentes em terras

que se vê hoje são as mineradoras privadas fazendo pressão para que o PL n.º2.057/91, Novo Estatuto dos povos Indígenas, seja votado para que o PL n.º 1.610-96 possa ser o quanto antes discutido.

Na 11ª Reunião ordinária foi o momento de as lideranças indígenas serem ouvidas em audiência pública. No dia 05, de maio de 1988, realizou-se uma audiência extraordinária com as populações indígenas na aldeia Gorotire, no sul do Pará. Nesse dia Onze lideranças indígenas puderam expor as principais reivindicações das comunidades como escritura definitiva das terras, o impedimento à poluição por mercúrio dos rios devido à atividade das mineradoras, invasões de fazendeiros, garimpeiros e madeireiros, bem como as perseguições e mortes. Ainda criticaram a Funai pela morosidade dos procedimentos e as Forças Armadas pelos abusos nas regiões de fronteiras. Os indígenas trouxeram suas histórias de anos de sofrimento, já que não poderiam decidir por si mesmos, para que os Constituintes se sensibilizassem com sua causa.

A fala de Gilberto Macuxi:

[...] nós vivemos marginalizados, escravizados, porque não temos nossa demarcação da terra Macuxi, que é uma área que estamos lutando há muito tempo [...] os políticos ficam nos perseguindo em Roraima, dizendo que ali não tem índio, mas nós somos índios nativos, fixo, originário naquela terra e somos os donos daquela terra. [...] o que precisamos é ter nossa terra, porque nossa terra é nossa vida, porque nós vivemos em cima dela. [...] Tenho quatro processos brigando pelos meus parentes; processos de autoridades lá me perseguindo e os garimpeiros e os fazendeiros me perseguindo; também os políticos me perseguem para que eu pare com a minha boca, mas eu não vou parar. Vou lutar até o fim da minha vida pela demarcação das terras.<sup>154</sup>

Krumare Mentuktire:

---

indígenas. Dentro desta visão, de reconhecimento do elevado nível de autonomia relativa às comunidades indígenas, própria da aplicação da democracia à questão das minorias nacionais, é que estão propostos os artigos em questão, que inseridos no futuro texto constitucional, transformariam os recursos minerais existentes em terras indígenas, em uma verdadeira reserva nacional, somente utilizada em situações emergenciais, não colocando em risco a preservação cultural dos silvícolas, na medida em que não haveria intromissão estranha em seus costumes e tradições em larga escala". BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Anexo à ata da 3ª Reunião, 22/04/87, pp. 89-90.

<sup>154</sup> BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Anexo à ata da 3ª Reunião, 22/04/87, pp. 157-158.

[...] onde índio vai caçar? Onde índio vai fazer festa? Onde ele vai fazer roça? Tem que marcar uma terra maior para índio, índio também está aumentando não é só branco que está aumentando, índio também.<sup>155</sup>

Davi Kopenawa Yanomami:

Os brancos dizem para gente que a terra não é do índio, mas estão enganados, porque há muitos anos já vivem os índios [...] E também os brancos falam que aquele que não falar a língua Yanomami, ele não acredita que é índio. [...] O português é outra língua, não sei falar bem. Uso melhor a nossa língua, essa língua que estamos quase vendendo, também para não acabar, para os brancos não acabarem a nossa língua, para nos tornarmos brancos. O índio nunca vai virar branco. [...] Queremos ficar lá só com o povo indígena, sem misturar com os brancos, porque se misturar, morar junto com os brancos traz muitos problemas, muitos mesmo, muita doença, prejudica nossa saúde, prende gente, querem ocupar.<sup>156</sup>

Pangran Kubenkran-Grem

[...] Eu falei com o deputado para me ajudar, porque estou preocupado com todos os meus parentes. Por quê? Porque não tem ainda a marcação. É outra nação. Lá é só mato, não tem brancos para ajudar, a Funai também não ajuda.<sup>157</sup>

Nelson Saracura Pataxó:

[...] Então eu gostaria que nossa terra fosse demarcada porque nossa terra é nossa vida, a terra indígena é nossa vida, é dela que nós vivemos; nós não sabemos viver na cidade, a cidade não faz bem. Outra coisa, esse documento é prova, é testemunha, como na Bahia, na Coroa Vermelha, toda a vida existiu o índio, porque lá nesse lugar foi a primeira missa do Brasil, em terra firme. Sou vítima desse negócio [...] como todos os meus parentes lá somos vítimas da primeira missa no Brasil.<sup>158</sup>

Pedro Kaingang:

Parece até vergonhoso em uma nação que vive uma democracia, o índio hoje aparecer aqui falando em luta, lutas de guerra, me parece, porque está defendendo seu direito. Sinceramente emociona, e muito. [...] eu até me emocionei quando o companheiro Yanomami falou no seu idioma. Impressionou-me porque a minha língua é bem diferente, gostaria eu de entender a língua que ele falou, e tenho certeza de que ele também gostaria de entender a minha língua [...] Nós, índios, pensamos de uma forma, mas a política, os interesses, a ganância pensam de outra forma. Isso é uma grande preocupação, hoje, minha, como Presidente do Conselho. Parece-me que enquanto nós não pensarmos em termos de povo, em termos de nação, porque considero o povo indígena uma nação, uma nação dentro de uma outra nação, mas com a cultura, costumes e tradições diferentes. É

<sup>155</sup> BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Anexo à ata da 3ª Reunião, 22/04/87, pp. 158.

<sup>156</sup> BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Anexo à ata da 3ª Reunião, 22/04/87, pp. 158.

<sup>157</sup> BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Anexo à ata da 3ª Reunião, 22/04/87, pp. 156. (Acesso em 02.12.2009).

<sup>158</sup> Idem. pp. 157.

possível o homem botar a cabeça no lugar e questionar friamente as questões sobre leis, não adianta criarmos leis e não cumpri-las. O índio não poderia estar hoje implorando e botando voz de guerra perante uma questão sua que é a terra.<sup>159</sup>

Hamilton Kaiowá

Então, realmente nós estamos chorando dentro do coração, porque é partindo de cima, é o próprio Presidente da República que tem que reconhecer os direitos do povo indígena e daí, seguindo a escala, o que não tem cumprido. Ele está se preocupando demais com as multinacionais que não dão futuro à pobreza que existe no Brasil.<sup>160</sup>

Ailton Krenak

Não adianta os Srs. formularem uma proposta culturalista, não adianta formular uma proposta que venha a contemplar o direito do índio falar a sua língua, dançar a sua festa, e usar o seu cocar, porque antes de tudo isso é preciso ter uma terra para pisar em cima. É impossível mexer com o que há embaixo da terra sem mexer com o que está em cima dela. Sabemos da pressão que o Governo Federal tem exercido no sentido de que os territórios indígenas sejam abertos à mineração. A abertura dos territórios indígenas à atividade mineradora é a última pá de terra que o Estado Nacional poderia lançar sobre a vida das populações indígenas.

Não brinquem com essa questão! Não brinquem com essa questão da mineração, porque foi com isso que os Estados Unidos acabaram de arrasar com seus índios. Não estamos pedindo absolutamente nada a ninguém, estamos sim exigindo respeito, o respeito por sermos os primeiros habitantes desta terra que hoje chamam de Brasil. Somos habitantes originários deste lugar. O respeito e o acatamento ao nosso povo é o mínimo que nos devem. Há muita gente neste País, hoje, e não podemos jogar todos vocês de volta ao mar, deveríamos ter feito isso em 1500, quando chegou uma só caravela, mas não fizemos por uma série de razões e resolvemos conviver e construirmos, ao longo desses quatro séculos, uma dolorosa experiência de relação humana, uma relação trágica que consumiu 90% de nossa população, dos aproximadamente 10 milhões de índios que habitavam o litoral, não passamos hoje de uma pequena e reduzida sequência de grupos indígenas, em alguns casos, somando cinco, trinta, sessenta, duzentas, mil pessoas. A grande maioria dos grupos étnicos do Brasil, hoje, somam menos de 800 pessoas.<sup>161</sup>

Nessa mesma audiência pública foi apresentada uma proposta elaborada pela comunidade do povo Bakairi, do Mato Grosso. Essa proposta apresentava diversas inovações não contidas na Proposta Unitária. Os Bakairi propunham o reconhecimento das línguas indígenas como idiomas; a natureza jurídica das terras indígenas como propriedade coletiva dos índios; a necessidade de autorização

---

<sup>159</sup> Idem pp. 159.

<sup>160</sup> Idem. pp. 161.

<sup>161</sup> Idem. pp. 162-163.

direta dos índios quanto à entrada de pessoas nas terras; a exclusividade indígena na decisão acerca de rodovias em seus territórios; as vagas especiais em universidades; a previsão de recuperação da vegetação das áreas indígenas por meio de programas federais e a criação de órgãos, de âmbito estadual, destinados a tratar de assuntos indígenas. Outra proposta também apresentada foi a de Valdomiro Terena resultante de um encontro de lideranças indígenas realizado em Campo Grande; essa proposta ia ao encontro da proposta dos Bakairi, além de também tratar da questão do direito ao voto universal, direto e secreto para os indígenas.

Nessa reunião o antropólogo Eduardo Viveiros de Castro, na condição de representante da Sociedade brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)<sup>162</sup>, denunciou o estranho relacionamento do Estado Brasileiro com os indígenas que são, antes, objeto de atenção do Conselho de Segurança Nacional que da Funai. Além disso, enfatizou o quão irônico era o paradoxo de o Estado não reconhecer os povos indígenas como nações e ao mesmo tempo dispensar-lhes o tratamento de nações inimigas:

Todo o tratamento dado pelo Estado brasileiro aos povos indígenas é efetivamente um tratamento de povo inimigo, ou seja, um povo que tem que ser desterritorializado, tem que ser subjugado, controlado e, de preferência, assimilado. Isto é, a noção de assimilação que, em linguagem mais polida, se transforma na noção de integração, nada mais é do que uma variante do etnicídio.<sup>163</sup>

Em 25 de maio de 1987 foi votado e aprovado o texto Substitutivo<sup>164</sup> resultante das discussões travadas até o momento. No que diz respeito aos direitos indígenas destaca-se que o texto previa ao caráter pluriétnico da

---

<sup>162</sup> Proposta da SBPC. Ver Anexo A cujo conteúdo também se encontra em BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Ata da 11ª Reunião. 05/05/1987, pp. 171-172. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituente/>>. Última consulta 11 mar. 2010.

<sup>163</sup> BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Ata da 11ª Reunião. 05/05/1987. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituente/>>. pp. 171-172. pp. 171. Última consulta 11 mar. 2010

<sup>164</sup> Ver anexo B cujo conteúdo também se encontra em BRASIL. ANC (Atas de Comissões). SNPIPDM. Anexo à ata da 16ª Reunião, 25/05/87, pp. 179-180. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituente/>>. Última consulta 11 mar. 2010.

sociedade brasileira, o usufruto indígena exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das utilidades nelas existentes e dos cursos fluviais, assegurado o direito de navegação bem como a proibição de remoção de grupos indígenas de suas terras – salvo nos casos de epidemia, catástrofes da natureza e outros similares, ficando garantido seu retorno às terras quando o risco estiver eliminado e proibida, sob qualquer pretexto, a destinação para qualquer outro fim, das terras temporariamente desocupadas – e a aplicação de qualquer medida que limite seus direitos à posse e ao usufruto exclusivo.

Na Comissão da Ordem Social, apesar da boa receptividade das propostas pelos Constituintes, a questão da pluri-etnia do Estado brasileiro recebeu emendas supressivas dos Constituintes Stélio Dias (PFL-ES) e Bosco França (PMDB-SE) que apoiaram suas justificativas no mito da unidade do povo brasileiro homogeneizado harmoniosamente com o processo de miscigenação entre o negro, o branco e o índio. A isso rebateu o Dep. Almir Gabriel:

[...] nós daríamos a maior prova de visão democrática da Constituição deste País, se nós entendermos que as diversas raças que para aqui vieram se juntar à existente, na verdade, não estavam, cada uma delas, perseguindo um modelo de raça especial pelas somas das condições genéticas de cada um para criar uma outra raça. O que nós podemos e devemos fazer nessa altura? É respeitar que a construção desse País seja feita exatamente por várias etnias, essas etnias podem coexistir normalmente sem que uma tenha que submeter a outra como escrava, nem explorar as demais. Nós podemos continuar fazendo uma sociedade absolutamente normal, decente, democrática, sem ter na miscigenação, *sem querer ter na perda da característica étnica a condição de construção de uma nova raça*. De maneira que, no meu entender, resgata o passado e garante o futuro, se nós tivermos claro, aqui, que não estamos interessados em misturar; nós estamos interessados em respeitar a etnia até aqui existente.<sup>165</sup> [grifo meu]

Questões de ordem formal, como a estrutura do funcionamento da ANC, também foram trazidas como argumento contra a pluri-etnicidade, como argumentou o Dep. Oswaldo Almeida – PL/RJ:

[...] infelizmente não tivemos o tempo suficiente, a nível de Comissão, para termos, todos, as mesmas oportunidades de esclarecimento, a nível técnico, como foi o caso da Subcomissão que tratou das minorias. Eu, por exemplo, que fiz parte da Subcomissão de Saúde, somente agora, há poucos instantes, é que vim tomar conhecimento, me identificar ou me aprofundar no problema das minorias. E acho que a maioria da nossa Comissão se encontra dentro desse contexto. E por

<sup>165</sup> BRASIL. ANC. VII – Comissão da Ordem Social. Emendas oferecidas ao Substitutivo. Centro Gráfico do Senado Federal; junho de 1987. Disponível em <[www.congresso.gov.br/anc88/](http://www.congresso.gov.br/anc88/)>. Acesso em 02.12.2009. p. 102.

isso mesmo o nosso enfoque sobre esse assunto, que deve constar da nossa Constituição, terá que ficar um pouco fora dessas profundezas antropológicas e sociológicas.<sup>166</sup>

Em 12 de junho de 1987 o texto do Substitutivo da Comissão de Ordem Social fora aprovado. O caráter pluriétnico da sociedade brasileira fora mantido, (por 51 votos a 10), e seguiria para as discussões na Comissão de Sistematização exatamente como fora discutido na SNPIPDM.

Na Subcomissão da Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais outra frente em defesa dos direitos dos indígenas atuava junto à Comissão da Soberania dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Nesta, a proposta também enfrentaria oposições como foi o caso do deputado Francisco Rollemberg, (PMDB-SE) que argumentou no sentido de que todos os índios teriam que participar da vida nacional e que juntos, índios e não-índios, teriam que construir uma “grande nação”, falando a mesma língua, invocando o mesmo Deus e a mesma religião<sup>167</sup>. A dúvida que paira ao ler esta fala certamente não deveria ser uma dúvida na cabeça do Constituinte, mas cabe o questionamento: qual seriam a língua, o Deus e a religião escolhidos nessa uniformização?

A intervenção do Cacique Raoni Mentuktire, que epigrafa este capítulo, demonstra o receio de que o deputado Rollemberg estivesse fazendo uma proposta etnocêntrica e adverte: “Eu tenho usado o meu botoque, minha vida, meu documento. Minha orelha é documento também [...]”<sup>168</sup>

Graças a Emenda n.º 100618-5, da Deputada Anna Maria Rattes, a Subcomissão não repetiu, como previsto no anteprojeto, o paradigma assimilacionista previsto nos textos constitucionais anteriores. Dizia a justificativa de Rattes:

---

<sup>166</sup> Idem. p. 105-105.

<sup>167</sup> Jornal do CIMI, “Porantin”, Brasília, ano X, n.º 108, mai. 1987; p. 3. Apud: LACERDA, Rosane. Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 84.

<sup>168</sup> BRASIL. ANC. VII – Comissão da Soberania dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Emendas oferecidas à Comissão. Centro Gráfico do Senado Federal; junho de 1987, pp. 149-150. Disponível em <[www.congresso.gov.br/anc88/](http://www.congresso.gov.br/anc88/)>. (Acesso em 02.12.2009).

A expressão “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” copiada da Constituição anterior, tem sentido dúbio senão capcioso. Em primeiro lugar, por tratar o indígena de silvícola, como se o índio só tivesse essa condição na mata. Em segundo lugar, por deixar transparecer uma incorporação forçada, sem respeito à condição nacional peculiar do índio. É de reescrever o dispositivo para evitar esta herança de uma forma autoritária de ver o indígena.<sup>169</sup>

Outra frente de apoio aos direitos dos indígenas foi a atuação da assessora de educação do Centro de Trabalho Indigenista (CTI), Marina Khan Villas-Boas, na Comissão da Família, Cultura, Esporte, Comunicação, Ciência e Tecnologia. Aqui a atuação se deu com uma proposta que buscava declarar o caráter pluriétnico e plurilíngüe do Brasil; especificidades na educação escolar indígena, como por exemplo, o direito de ser escolarizado nas línguas portuguesa e materna. Apenas esta última constou do texto final da Comissão.

A Comissão de Sistematização, próximo obstáculo a ser superado pelas propostas referentes aos direitos indígenas, recebia os anteprojetos resultantes das demais Comissões e ficava responsável por elaborar um anteprojeto final a ser enviado para o plenário. Neste anteprojeto, durante sua sistematização, foi retirado o caráter pluriétnico da sociedade brasileira que constava do anteprojeto da Comissão da Ordem Social, art. 1.º, V.

Um dos argumentos que contribuiu para este resultado foi o do deputado José Dutra (PMDB-AM) em resposta ao assessor jurídico do CIMI, Julio Gaiger:

E faço questão de proclamar a V. S.<sup>a</sup>, à Presidência e aos meus colegas Constituintes, que falo, neste instante como descendente, em 5<sup>a</sup> geração, de índios, dos Saterês-Mauês, situados na fronteira entre os Estados do Amazonas e do Pará. Gostaria de dizer a V. Ex.<sup>a</sup>, em primeiro lugar, que a ser seguida a tese que V. S.<sup>a</sup> levanta, não poderia estar nunca aqui na Assembléia Nacional Constituinte, mas sim, eu teria que estar confinado a uma das malocas dos Saterês-Mauês, lá no meu Município de Barreirinha, no Estado do Amazonas. Em segundo lugar, não posso admitir, de forma alguma, a tese que V. S.<sup>a</sup> levanta, quando prega a condição do Estado brasileiro como plurinacional. Por que, Dr. Gaiger? Temos 500 anos de História, história de sofrimento, de luta, de amargura, de mortes para que se pudesse manter o Estado brasileiro nas fronteiras não dos 8 mil quilômetros quadrados, como V. S.<sup>a</sup> proclamou, mas 8 milhões e meio de quilômetros quadrados. Não posso, de forma alguma, admitir que se insira dentro do contexto nacional qualquer instituição, qualquer outra nação que venha ferir a soberania brasileira, de forma alguma. Isso seria negar a luta, seria negar todo o passado de luta de nossos ancestrais, daqueles como os bandeirantes, que

---

<sup>169</sup> BRASIL. ANC. VII – Comissão da Soberania dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Emendas oferecidas à Comissão. Centro Gráfico do Senado Federal; junho de 1987, pp. 149-150. Disponível em <[www.congresso.gov.br/anc88/](http://www.congresso.gov.br/anc88/)>. (Acesso em 02.12.2009).

invadiram o Oeste, buscando dilatar a nossa fronteira, preservando os *nossos* interesses, para que hoje tivéssemos um País deste tamanho, *falando a mesma língua, o mesmo idioma, de norte a sul e de leste a oeste.*<sup>170</sup> [Grifos meus]

É recorrente a força do argumento da unidade nacional em torno da existência de um só povo, o povo brasileiro. Em diversos momentos os constituintes evocam um povo miscigenado que deu origem ao brasileiro e, partindo de argumentos nacionalistas e ufanistas encobrem as conseqüências políticas decorrentes da raça e do desrespeito à diferença.

No início de agosto de 1988 o jornal O Estado de São Paulo iniciou uma campanha contra os direitos indígenas na Constituinte e a favor dos interesses das empresas mineradoras e a exploração mineratória em terras indígenas, conforme documentou o CIMI em seu periódico Porantim. Coincidência ou não este era também o período em que se abria o prazo para a apresentação de emendas<sup>171</sup> ao Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização. A campanha do Estadão acusava o CIMI de propor a divisão do Brasil, e de possuir interesses outros, obscuros a fim de futuramente internacionalizar as terras indígenas. Dessa forma o CIMI estaria usando os povos indígenas para implementar um conceito restrito de soberania na nova Constituição. As acusações deram ensejo à abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito da qual resultou relatório afirmando ter tido o “Estadão” intenções fraudulentas, denúncias sem fundamento e citação da autoridade competente para investigar possível caso de falsidade ideológica.<sup>172</sup>

As Emendas populares foram um aspecto interessante do processo constituinte que fizeram com que este transcendesse suas estabelecidas formalidades. Resultante de uma emenda ao Regimento Interno essa possibilidade

<sup>170</sup>BRASIL. ANC. VII – Comissão de Sistematização. Centro Gráfico do Senado Federal; junho de 1987, vol. 1, pp. 564. Disponível em <[www.congresso.gov.br/anc88/](http://www.congresso.gov.br/anc88/)>. (Acesso em 02.12.2009).

<sup>171</sup> As Emendas ao Projeto poderiam ser apresentadas pelos constituintes e também poderiam ser de iniciativa popular. As emendas de iniciativa dos constituintes foram apresentadas a partir de três grupos políticos: o “grupo do consenso” ou “grupo da biblioteca” que pelas suas posições se autodenominava “esquerda positiva”; “o grupo dos 32” ou “Tântalo” ou, ainda, grupo do Instituto Israel Pinheiro e por fim, o mais conservador de todos o grupo liderado por Amaral Netto (PDS-RJ) e composto, dentre outros, por Roberto Cardozo Alves (PMDB-SP) ligado à União Democrática Ruralista – UDR.

<sup>172</sup> LACERDA, Rosane. *Os povos indígenas.... Op. Cit.* pp. 92-96.

dependia de uma quantidade tal de imposições que deixa transparecer o temor de seu potencial. Sobre as exigências afirmou Francisco Whitaker:

Já que a meninada está querendo tanto, vamos lá. Põe aí, mas põe uma dificuldade: *30 mil assinaturas*, no mínimo, vindo de pelo menos *5 Estados*. E *ninguém podia assinar mais de 3 emendas*. E outras barreiras desse tipo, como todas as indicações de endereço, título de eleitor, etc. Nada de RG, não. Era um negócio bem completo. E tinham que ser *apoiadas pelo menos por 3 entidades da sociedade civil*, para realmente dificultar. [*Grifo meu*]<sup>173</sup>

Nada obstante a sofisticação das exigências foram apresentadas 122 emendas populares à Mesa Diretora da Assembléia que, após verificação, admitiu 83 propostas que atendiam às exigências regimentais da Constituinte. 12.277.423 assinaturas foram computadas “o que mesmo considerando o limite máximo de três subscrições por eleitor, implicou o envolvimento superior a 4 milhões de cidadãos!”<sup>174</sup> Dentre as 83 emendas estavam duas propostas (n.ºs 39 e 40), uma versando sobre serviço de apoio às populações indígenas encabeçada pela UNI e de responsabilidade de associações e instituições de antropólogos, geólogos e a SBPC; e a outra versando sobre o reconhecimento das nações indígenas de responsabilidade do CIMI.

Cabe registrar que as Emendas Populares em defesa dos direitos indígenas, seguindo a pauta do Plenário da Comissão de Sistematização, foram as últimas a serem defendidas, e que isso foi feito a um Plenário esvaziado, com menos de um terço de seus integrantes. Nesse momento registrou-se o antológico discurso do Coordenador da UNI, Ailton Krenak<sup>175</sup>, que durante seu discurso pintou o rosto

<sup>173</sup> WHITAKER, Francisco. Seminário 20 Anos da Constituição Federal de 1988. Brasil. Câmara dos Deputados. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Núcleo de Redação Final em Comissões. Texto com Redação Final. Brasília, 10 de junho de 2008. Disponível em: <[HTTP://www2.camara.gov.br/constituicao20anos/eventos/eventos-realizados/Seminario%2020%20Anos%20CF](http://www2.camara.gov.br/constituicao20anos/eventos/eventos-realizados/Seminario%2020%20Anos%20CF)>. (Acesso em 12. dezembro. 2008) p. 62. Convém ainda a lembrança de Florestan Fernandes “O povo penetrou nesta Casa, trouxe suas reivindicações em vários momentos. E, no entanto, a iniciativa das leis continuou ferrenhamente nas mãos dos Constituintes. Não houve aquela reciprocidade dialética entre a iniciativa popular e o Constituinte que atende a essa iniciativa.” Disponível em <<http://www.congresso.gov.br/anc88/>>. Ata da 156ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte em 23 de setembro 1987 p. 239.

<sup>174</sup> LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A Carta da Democracia: o processo Constituinte da ordem pública de 1988*. Rio de Janeiro: Top Books. 2008. p. 57

<sup>175</sup> Na íntegra em BRASIL. ANC. 23ª Reunião Extraordinária da Comissão de Sistematização; Brasília-DF, Disponível em <<http://www.congresso.gov.br/anc88/>>. p. 558. (Acesso em 12.12.2009).

com tinta preta à base de jenipapo, usada nas pinturas tradicionais dos povos indígenas.

O Projeto de Constituição, mesmo após a análise das Emendas Populares, teve seu segundo substitutivo esquematizado de maneira a não refletir os debates travados nas subcomissões<sup>176</sup>, matérias que foram conquistadas depois de muita discussão e votadas nas instâncias anteriores estavam agora esquecidas ou com redação contrária ao que tinha sido aprovado. Em protesto contra esse substitutivo Pedro Inácio Tikuna (AM) denunciou:

[...] dizem que Tikuna não é mais índios, porque usa sapato igual ao branco. E igual porque sabe falar português e lê um pouquinho não são mais índio. Não é verdade. São índio porque nós conhecemos a nossa história. Sabemos andar no mato, temos nosso remédio próprio. E nossa tradição, nosso costume, nossa língua. Nós escrevemos na nossa própria língua. É o próprio índio que são brasileiro.<sup>177</sup>

Os trabalhos no Plenário da Assembléia Nacional Constituinte começaram no dia 27 de janeiro de 1988. Nesse momento diversos parlamentares eram contrários às propostas dos direitos indígenas e, por essa razão, formou-se a Frente Parlamentar pró-Índio<sup>178</sup> a fim de fazer a defesa de tais propostas e combater as articulações do chamado “Centrão”<sup>179</sup> e da bancada “anti-índio”<sup>180</sup> na ANC.

O desgaste de tanto tempo de trabalhos – entre os constituintes e diante da sociedade brasileira – passava a se explicitar no momento em que as propostas foram levadas à Plenário. Tal desgaste somado à inarticulação política acelerou a elaboração constitucional e realizou-a, efetivamente, em cinco meses. “A

<sup>176</sup> GAIGER, Julio. “Informe Constituinte” n.º 24. Brasília: CIMI, 21. Set. 1987. In: LACERDA, Rosane. Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 108.

<sup>177</sup> Jornal do CIMI, “Porantin”, Brasília, ano X, n.º 104, dez. 1987; p. 9. Apud: LACERDA, Rosane. Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p.109.

<sup>178</sup> Coordenada pelo Deputado Tadeu França PDT-PR.

<sup>179</sup> O Centrão foi a autodenominação dada, a partir de novembro de 1987, pelos integrantes do grupo formado pela fração conservadora do PMDB, usualmente rebelde em face das orientações progressistas do líder, e pelas bancadas do PDS, PFL, PL e, salvo em algumas questões pontuais PDC e PTB; na definição de PILATTL. *A Constituinte de 1987-1988... op. cit.* p. 4.

<sup>180</sup> Deputados contrários às propostas dos direitos indígenas: Álvaro Valle PL-RJ; Moisés Pimentel PMDB-CE; Cleonânio Fonseca PFL-SE; Gustavo de Faria PMDB-RJ; Jovanni Massini PMDB-PR; Marcelo Cordeiro PMDB-BA.

Constituição foi elaborada, de fato, no plenário da Assembléia, especialmente através das fusões que permeavam seu arco ideológico”<sup>181</sup>.

Diversas propostas referentes à questão indígena começaram a ser votadas, mas as que mais atenção receberiam certamente seriam aquelas referentes o capítulo específico “Dos índios” e a preocupante proposta de determinar como bens dos Estados as terras de extintos aldeamentos indígenas. A primeira, por razões óbvias, seria fruto de grande mobilização dos povos indígenas e seus apoiadores e a segunda envolvia problemas históricos da forma como foram extintos os aldeamentos, as expulsões, os massacres, além do fato de que nos estados o poder local, não raro, confunde-se com os grandes latifundiários e oligarquias ligadas ao agronegócio. Ademais, havia o temor de que expedientes fraudulentos viessem criar situações de “extintos aldeamentos”<sup>182</sup>.

No início de maio de 88 os Kayapó que já haviam freqüentado a ANC retornam acompanhados com mais de cem outras lideranças indígenas dispostos a aguardar a votação do capítulo “Dos índios”. A disputa desse capítulo seria travada com deputados ligados às determinações do Conselho de Segurança Nacional<sup>183</sup> (CSN) para quem os índios, outrora guardas de fronteiras<sup>184</sup> do exército, eram neste momento, uma ameaça à soberania nacional. A fim de sensibilizar autoridades e angariar apoio para a causa indígena um dia antes da votação do capítulo, dia 24 de maio, diversas lideranças visitaram o Conselho Federal da OAB, a Procuradoria-Geral da República, Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, a Presidência da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e a Reitoria da UnB. No Ministério da Justiça os índios externaram uma série de insatisfações, relacionadas diretamente com a postura da FUNAI. Queixaram-se da Portaria nº 520/88, devido aos critérios que previa para se auferir o “grau de aculturação”; da criação de “colônias indígenas” e expedição de certidões negativas de presença indígena com o intuito de beneficiar projetos

---

<sup>181</sup> LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A Carta da Democracia: o processo Constituinte da ordem pública de 1988*. Rio de Janeiro: Top Books. 2008. p. 199.

<sup>182</sup> Na sessão plenária de 17 de agosto 367 votos suprimiriam esse indesejado dispositivo.

<sup>183</sup> Bonifácio de Andrada PDS-MG; José Linhas PFL-CE; José Dutra PMDB-AM; Ottomar Pinto PTB-RR.

<sup>184</sup> Ver capítulo 1, item 1.3.

econômicos em suas terras, além de acusarem a comercialização clandestina de madeira de terras indígenas.<sup>185</sup>

No dia 25 de maio de 1988, o grande dia para os índios de todo o Brasil, aqueles que estavam em Brasília acordaram cedo, auxiliaram-se mutuamente nas pinturas corporais e realizaram uma pajelança para alcançar vitória nas votações, unindo várias lideranças de diferentes tribos em torno de um ritual sagrado, debateram as melhores estratégias para a sensibilização dos constituintes ainda indecisos<sup>186</sup>. No Congresso Nacional os índios se alinharam formando um corredor polonês à entrada do plenário da Câmara entregando aos Constituintes que chegavam seu material em favor das emendas e destaques favoráveis do Capítulo “Dos índios”. No auditório anexo da Liderança do PMDB, local onde estavam sendo travadas as discussões em torno de matérias indígenas, os índios discursaram em suas línguas e passaram a fazer o que lhes fora reservado pelo poder constituinte instalado naquele momento na figura da ANC, aguardar as negociações em torno do que lhes dizia tanto respeito.

Ao saírem da sala os deputados José Lins e Bonifácio Andrade, ambos representantes do “Centrão” e defensores de propostas restritivas aos direitos indígenas, foram abordados pelo Cacique Raoni Mentuktire, que perguntou ao deputado Lins: “a verdade, sem mentir, o que você está dizendo lá dentro?”. Percebendo que o parlamentar tentava desconversar, Raoni conseguiu que os parlamentares entrassem em detalhes, e se comprometessem com a defesa da causa indígena. Em seguida conduzindo-os pela mão, Raoni os fez cumprimentar todos os caciques Kayapó presentes, num exercício de pedagogia política invejável.<sup>187</sup>

Quando a discussão se encerrou ficou estabelecido o texto da Emenda-fusão substitutiva do Capítulo “Dos - índios” que seria votado no Plenário no dia 1º de junho de 88. Antes, contudo, segundo o Regimento Interno da ANC era preciso a aprovação da emenda coletiva<sup>188</sup> do “Centrão”<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> LACERDA, Rosane. Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 117.

<sup>186</sup> Jornal do CIMI, “Porantin”, Brasília, ano XI, n.º 109, dez. 1988; p. 9. Apud: LACERDA, Rosane. Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 121.

<sup>187</sup> LACERDA, Rosane. Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 125.

<sup>188</sup> Ver Anexo C.

Somente após a votação desta é que foi possível a votação e aprovação da Emenda-fusão denominada pelo Presidente Ulysses Guimarães da “fusão resultante de entendimento entre as Lideranças e forças representativas junto à ANC”<sup>190</sup>.

Com a votação desse texto o Capítulo “Dos índios” passava a dispor um novo texto, que passaria ainda pelo segundo turno de votações. A preocupação com próximas votações, todavia, voltava-se para o curioso fato de o texto apresentar algumas alterações e revisões “anti-regimentais” (para usar um eufemismo). No dia 30 de agosto o Capítulo “Dos índios” era submetido ao expediente de 2º turno de votações no Plenário o qual consolidaria a vitória da luta indígena pela previsão de seus direitos na nova Constituição, a grande lei dos brancos.

Infelizmente, este último ato não pode ser testemunhado pelas lideranças indígenas, embora muitas houvessem retornado à Brasília para acompanhá-lo. Apenas Ailton Krenak – que possuía autorização especial para ingressar nas galerias do Plenário - conseguiu assistir à votação. Uma demora na concessão das autorizações às demais lideranças indígenas impediu que chegassem às galerias a tempo<sup>191</sup>.

Assim foi o processo Constitucional que implementou o novo viés da legislação indígena do país. As leis que outrora foram etnocidas e assimilacionistas passavam a inaugurar um novo modelo legislativo que apostou no protecionismo como padrão de relação.

Em que pese o modelo protecionista<sup>192</sup> ter sido elaborado em conformidade com grande parte dos anseios indígenas - e isso significar uma vitória que é preciso sempre lembrar - convém não esquecer que aos índios foi negada a participação efetiva de seus líderes no processo constituinte. Mesmo com tantas diferenças a separar a sociedade indígena da sociedade dita branca o

<sup>189</sup> BRASIL. ANC. VII – Comissão da Ordem Social. Emendas oferecidas ao Substitutivo. Centro Gráfico do Senado Federal; junho de 1987. Disponível em <[www.congresso.gov.br/anc88/](http://www.congresso.gov.br/anc88/)>. Acesso em 10 mar. 2010.

<sup>190</sup> BRASIL. ANC. Ata da 277ª Sessão Plenária da ANC. (01.06.88). Diário da Assembléia Nacional Constituinte, ano II – n.º 254, quinta-feira, dois de junho de 1988; Brasília-DF, Disponível em <<http://www.congresso.gov.br/anc88/>>. Acesso em: 02.12.2009.

<sup>191</sup> GAIGER, Julio. “Informe Constituinte”. n.º 43, p.1. Brasília: Cimi, 19. ago. 1988. Apud: LACERDA, Rosane. Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988. Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008. p. 137.

<sup>192</sup> Inaugurado com os irmãos Villas-Boas com a criação do Parque Nacional do Xingu.

momento pré-constituente foi especialmente marcado pelo pedido formal por parte dos índios pelo espaço de participação de direito no processo. Houve essa marca em comum entre índios e não-índios, representantes “brancos” e representantes índios compartilhavam o desejo de construir, submetidos às mesmas regras de funcionamento da ANC, uma legislação indígena para o país, mas mais uma vez o que se realizou foi uma legislação indigenista.

Nesse momento de compartilhamento de idéias e do desejo de elaboração de uma normatização para as questões indígenas do país, estabeleceu-se uma negativa de reconhecimento a essas comunidades, com o veto à sua participação efetiva. Essas populações sofreram com o desrespeito ao reconhecimento jurídico e político que lhes poderia ser dado por meio de sua participação junto à sociedade branca.

A sociedade de não-índios demonstrou a esses indivíduos que seu valor social dizia mais respeito à parte artística da cultura indígena, do que à suas capacidades de organização sócio-política.

As referências daquilo que é valorizado em uma sociedade dependem daqueles que dispõem dos meios de força simbólica, política e econômica, para instituí-las<sup>193</sup>, ou seja, os não-índios, ou melhor dizendo, uma pequena parte dos não-índios. Qual força possuía o índio naquele momento, recém organizado para pleitear seus direitos frente aos brancos?

A participação do movimento indígena e dos demais setores populares organizados em movimentos sociais na ANC eram, como lembrou Marilena Chauí, fundamentais para o resgate do anseio da transformação política, histórica e cultural que se desejava como resultado da Constituinte<sup>194</sup>. Mas o resultado dessa participação popular, pelo menos ao que tange aos líderes indígenas não foi o melhor esperado.

---

<sup>193</sup> Para mais detalhes acerca de reconhecimento social ver HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo. Ed. 34, 2003. p. 200 e ss.

<sup>194</sup> CHAUI, Marilena de Souza. “O Ceticismo sobre a Constituinte”. In: SALINAS FORTES, Luiz Roberto & NASCIMENTO, Milton Meira do (orgs.). *A Constituinte em Debate*. Colóquio realizado de 12 a 16 de maio de 1986, por iniciativa do Departamento de Filosofia da USP. São Paulo: Editora Sofia, 1987. p. 157 – 165.

Atualmente, não obstante o belo texto constitucional que se produziu nesse país, as populações indígenas seguem enfrentando imensas adversidades decorrentes de outras ordens de valores que a legislação por si só não dá conta de alcançar. No artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi estabelecido que em cinco anos, a contar da promulgação da CRFB, todas as terras indígenas do país deveriam estar demarcadas. O Estado e os povos indígenas – que o Estado não reconhece como povos, mas sim como comunidades – continuam se enfrentando em embates políticos frente às peculiaridades da causa indígena.

Os decretos citados, que complementam e tornam possíveis os dispositivos da Constituição, são responsáveis por grandes desentendimentos entre Estado, povos indígenas e proprietários de terras. O que há com a lei que não responde aos impasses? Porque não consegue “pacificar” este conflito?

Há na lei, qualquer lei, um fundamento místico de autoridade que a torna ontologicamente violenta, como se verá no capítulo seguinte. Afirma Montaigne que “as leis se mantêm em crédito, não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não tem outro [...]. Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve.”<sup>195</sup>

Convém antes, porém, apontar quais os pontos de maior tensão decorrentes do contato entre as sociedades indígena e branca.

### 3.2

#### **Aonde o direito vai, mas não alcança**

Dois pontos foram escolhidos para representar a assimetria cultural entre índios e brancos: o sujeito de direito e o direito à terra. O primeiro porque é um

---

<sup>195</sup> MONTAIGNE. *Essais*, III, cap. XIII, “*De l’expérience*”, Bibliothèque de la Pléiade. p. 1203. Apud DERRIDA, Jacques. Force de loi: le “fondement mystique de l’autorité”. In: *Deconstruction and possibility of justice*. New York: Cardozo Law Review, Vol. 11, n.ºs. 5 e 6. July/Aug., 1990. p. 938. Força de lei – o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 21

pilar do direito moderno sem o qual é impossível pensar determinados institutos jurídicos e o segundo, pois, intimamente ligado ao primeiro, possibilita a explanação das diferentes relações com a terra apresentada pelas sociedades de índios e de não-índios.

### 3.2.1

#### O Sujeito de direito

Falar em sujeito de direito tem sido um assunto algo controverso desde que as preocupações práticas e teóricas passaram a ir além da relação “natural” entre o sujeito de direito e o indivíduo. Novas perspectivas se infiltram nos alicerces do sujeito forjado no bojo da Modernidade<sup>196</sup> e deixam transparecer a estrutura palafítica desse edifício estruturador das relações sócio-jurídicas. Esse sujeito de direito moderno é dotado de autonomia em sua vontade a qual o orienta para agir conforme seu pleno uso da razão. A autonomia somada à igualdade e a responsabilidade o qualificam.

Segundo diversos autores<sup>197</sup> a principal consequência da modernidade, e seu desmantelamento do pensamento em setores, foi certamente a separação entre a natureza e a cultura. Desse binário essencial decorreram outros dualismos, pares

---

<sup>196</sup> Modernidade e racionalidade moderna, apresentadas para os fins da presente dissertação, são referenciadas em seu sentido filosófico: o conjunto de signos que indicam o surgimento de um pensamento antropocentrista baseado na ruptura com o Mundo Antigo e o medievo, fundados sobre pensamentos, respectivamente, cosmologista e teologista, legitimados pela autoridade. Tais características são consideradas durante os três séculos contados entre o Renascimento e a Revolução Francesa que apontam uma “Grande Ruptura”, conforme Luiz Fernando Dias DUARTE. Na Modernidade - anunciada a partir do século XIV com as perspectivas trazidas pela filosofia nominalista dos pensadores da escolástica tardia como, por exemplo, Guilherme de OCKHAM - surgem e se consolidam as implicações políticas, econômicas e sociais que possibilitam o surgimento de uma nova visão de mundo que rompe com a ordem posta pelo Cosmos ou por Deus e passa a pensar o mundo de maneira mais contingente. DUARTE, Luiz Fernando Dias e GIUMBELLI, Emerson A. As concepções cristã e moderna da pessoa: paradoxos de uma continuidade. Anuário Antropológico/93. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p. 77-78.

<sup>197</sup> Ver CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982; LATOUR, Bruno. LATOUR, Bruno. *Jamais fomos Modernos*. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 2009; MORIN, Edgard. *Le Paradigme perdu: la nature humaine*. Paris: Le Seuil, 1973; PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. *A inconstância da alma selvagem*. São Paulo: Cosac Naify, 2002.

desequilibrados<sup>198</sup> como, por exemplo, a separação entre corpo e mente e sujeito e objeto<sup>199</sup>.

Segundo Carlos Alberto Plastino dos dois grandes pilares<sup>200</sup> modernos decorreram implicações que influenciaram sobremaneira a forma de se pensar a realidade, uma vez que a ontologia moderna pretendeu responder de forma exaustiva o que era o ser afirmando que tudo o que existe era rigorosamente determinado; a epistemologia moderna, por sua vez, indicou que tudo o que era conhecido poderia ser demonstrado por meio da razão e, por fim, a antropologia moderna afirmou que o homem era um ser basicamente racional, afastando-o da emoção e da intuição.

Desse modo o conhecimento, o acesso ao *logos*, ficou adstrito à mediação dos sentidos, ao monopólio da consciência e a negação de qualquer outra forma de apreensão do real que não fosse racional e empírica. O que se observou, portanto, foi uma grande pretensão de, com os pressupostos, dizer o que eram o ser, o homem e o conhecimento, de modo que existir passou a significar poder ser representado e pensar passou a significar representar. Criou-se a ficção de um sujeito que não fazia parte da natureza e, por essa razão, podia interrogá-la de maneira imparcial construindo um conhecimento calcado em uma, também fictícia, neutralidade axiológica<sup>201</sup>. É preciso ressaltar, todavia, que se tratava de pressupostos e não de conclusões resultantes de experiências de conhecimentos

<sup>198</sup> Um dos lados desses pares ficou em desvantagem, relegado à dominação. A natureza, o objeto e a emoção passam a ser vistos como algo a ser estudado, explicado, entendido, delimitado pela razão e desta forma, dominado.

<sup>199</sup> Para mais informações ver DUMONT, Louis. El individuo y las culturas o como la ideologia se modifica por su misma difusión. In: TODOROV, Tzevetan y otros. *Cruce de las culturas y mestizaje cultural*. Madrid: Jucar Universidad, 1988; DUMONT, Luís. *Homo hierarchicus*. Paris, Gallimard, 1966. PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. OLIVEIRA, João Pacheco (Org.). *Sociedades indígenas e Indigenismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero e Editora UFRJ, 1987. SANTANA, Carolina R. *Vidas Secas: desconstrução e direito, ou quando as vidas estão secas de direitos*. 2007. p. 44-48. 70 fls. - Universidade Federal do Paraná.

<sup>200</sup> Primeiro: o real e o sujeito do conhecimento balizados pela razão e, segundo: cisão entre natureza e cultura. PLASTINO, Carlos Alberto. "Sentido e Complexidade". In: *Corpo, afeto, linguagem: a questão do sentido hoje*. BEZERRA JR, B. e PLASTINO, C. A. (orgs.) Rio de Janeiro: Rios Ambiciosos, 2001, p. 50.

<sup>201</sup> Conceito formulado por Weber possivelmente influenciado, na formulação do preceito da avaloratividade, pelas correntes neokantianas das Escolas de Marburgo e de Baden, conforme PAIXÃO, Cristiano. "Max Weber e a neutralidade axiológica nas ciências sociais". In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Max Weber Direito e Modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 136.

científicos. A vantagem desses pressupostos é que, ao ficarem isentos de críticas, funcionaram como fundamentos que ditaram, a priori, o que deveria ser o ser e o que deveria ser o conhecimento.<sup>202</sup>

Na modernidade o domínio das ciências naturais<sup>203</sup> criou uma racionalidade global e um conhecimento totalitário que ignorou a heterogeneidade das múltiplas modalidades do ser. Os cientistas das áreas humanas não passariam incólumes pela disseminação dessa nova metodologia. Determinar a essência do ser e do conhecimento significava fazer uso da experiência, do empirismo, de forma que o acesso à realidade só se daria por meio da demonstração clara e calculada de fenômenos; haja vista a atribuição de uma humanidade de menor valor aos índios botocudos por meio de demonstrações científicas a partir da análise do crânio de um “representante da espécie”.<sup>204</sup>

A partir de conceitos exatos e métodos científicos o indivíduo passou a ser pensado como anterior à sociedade, passando a ser o novo centro ao redor do qual orbitariam as demais esferas sociais. O sujeito nasceu para a modernidade dotado de características naturais próprias que determinavam sua individualidade, dentre elas a razão. Segundo Viveiros de Castro e Ricardo Araújo<sup>205</sup> o sujeito passou a ser tomado a partir de sua dimensão interna, de ser psicológico que obedecia a linhas de ação independentes das regras que organizavam a vida social em termos de grupos, papéis, posições e sentimentos socialmente prescritos. Outro âmbito em que se observou a preeminência do individualismo foi na relação do indivíduo com a sociedade, espaço em que aquele, liberto dos laços sociais, não derivava mais a sua realidade dos grupos a que pertencia, mas da “relação direta com um cosmos composto de indivíduos, onde as relações sociais valorizadas são as

<sup>202</sup> CASTORIADIS, Cornelius. Ciência moderna e interrogação filosófica. Em: As encruzilhadas do labirinto. Apud PLASTINO, Carlos Alberto. “Sentido e Complexidade”. In: Corpo, afeto, linguagem: a questão do sentido hoje. BEZERRA JR, B. e PLASTINO, C. A. (orgs.) Rio de Janeiro: Rios Ambiciosos, 2001, p. 50.

<sup>203</sup> Decorrente da Revolução Científica do século XVI.

<sup>204</sup> Ver Capítulo 1.

<sup>205</sup> DUMONT, Luís. *Homo Hierarchius*, essai sur le système des castes. Paris: Gallimard. 1966. p. 22 e DUMONT, Luís. “The modern conception of the individual notes on its Genesis and of concomitant institutions”. In: *Contributions to Indian Sociology*, VIII. 1965. p. 15 e Apud. ARAÚJO, Ricardo B. de; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B.. Romeu e Julieta e a Origem do Estado. In: VELHO, Gilberto. (Org.). *Arte e Sociedade: ensaios em sociologia da arte*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1977. p. 129.

interindividuais”.<sup>206</sup> Exemplo da articulação do homem em uma ordem cósmico-natural o indivíduo passou a dispensar a mediação da sociedade e passou a existir de dentro para fora, por assim dizer. Essa moderna concepção de indivíduo surgiu acompanhada da origem de domínios relativamente autônomos dentro da sociedade. Com o privilégio do individual brotaram regiões individualizadas de valores como a esfera do “político” associada à de “poder”, a esfera do econômico, do “religioso”, etc.<sup>207</sup>

Revela-se desde este momento a crença em uma pretensa individualidade pura que induziria cada pessoa a entender-se como diferente dos demais e reconhecível apenas em si próprio e não no outro, na comunidade ou no grupo.

Além disso, o sujeito de direito passou a ser aquele que não somente é racional e dotado de vontade, mas também aquele indivíduo que era proprietário. A noção de sujeito de direito, *em sua acepção clássica*, não dissociava o sujeito de seus bens<sup>208</sup>. A propriedade moderna – ligada à manifestação da noção de sujeito – apresentou-se como parte integrante da subjetividade desse novo sujeito emergente, alguém que se instituiu e se expressava “somente mediante formas possessivas”,<sup>209</sup> e, nesse sentido, a liberdade vista como *dominium* significava independência, superioridade, exclusividade. O domínio não só de si mesmo como de seus próprios atos, bem como um domínio da realidade exterior.<sup>210</sup> Por essa razão é que se pode falar em uma cooriginariedade da propriedade e da liberdade modernas, institutos que, graças a essa construção, são difíceis de serem rediscutidos, pois a liberdade moderna confere à propriedade uma das tantas proteções às ofensivas contra o seu “secular recinto sacral”.<sup>211</sup> “A propriedade

---

<sup>206</sup> Idem. p. 131.

<sup>207</sup> Idem. p. 139.

<sup>208</sup> Ver LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

<sup>209</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. *Anuário Mexicano de Historia del Derecho*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, p. 97-112, 2005. p. 102.

<sup>210</sup> GROSSI, Paolo. *L’inaugurazione... cit.*, p. 38/39. Apud FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. *op. cit.* p. 102.

<sup>211</sup> Ibidem. p. 5.

individual passa a constituir algo subtraído da profunda historicidade que envolve as relações entre homens e coisas, como algo, portanto atemporal”.<sup>212</sup>

Com o aparecimento da propriedade moderna o ‘ter’ foi algo que passou a ser fundante de uma expressão de subjetividade, foi algo que teve a capacidade de definir o ‘ser’<sup>213</sup>.

A propriedade é completamente destacada da análise dos atributos da coisa e é, ao contrário, inteiramente definida como dependente dos atributos do sujeito. A propriedade é vista, a partir da constituição da modernidade, como uma expansão da subjetividade e, assim, uma projeção do sujeito no mundo, um afirmar-se (proprietário) em meio às coisas, a si próprio e aos outros.<sup>214</sup>

A afirmação da subjetividade da pessoa passava assim pelo *status* de proprietário, de forma que violar uma propriedade significava violação à proteção do sujeito.

Da leitura das atas das reuniões da ANC verifica-se que essa noção de sujeito de direito esteve fortemente presente entre os legisladores no momento de sua produção constituinte e nas demais legislações indigenistas; o chamado *mens legis*, se algo como tal existe, esteve povoado por concepções modernas de sujeito. Assim, a inclusão do índio nesse arcabouço teórico evidencia a tensão jurídica decorrente do contato entre as sociedades envolvidas e a necessidade de legislar essa relação de forma multicultural.

Uma vez que se legisla a homogeneização dos sujeitos, fazer o mesmo com as diferentes sociedades é apenas uma consequência. Na toada das legislações que vieram codificar e sistematizar a vida em sociedade tem-se, como ícones do período, o *Code de Napoleón* e o *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão). Ambos foram responsáveis pela disseminação dessas idéias e, exportando seus modelos, alcançaram diversas e diversificadas sociedades ao redor do globo, em especial no Ocidente.

---

<sup>212</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. *op. cit.* p. 104.

<sup>213</sup> *Ibidem.* 102-103.

<sup>214</sup> *Ibidem.* 103-104.

A ordem jurídica brasileira reitera a concepção moderna do sujeito de direito em documentos como o Código Civil, a Constituição e os microssistemas legais<sup>215</sup>. Objetivando a universalização do sujeito, como um dos meios de facilitar a instrumentalização do direito, tais textos acabam abstraíndo as diversas formas humanas de se estar no mundo – apoiando-se na certeza do alcance de um conceito de natureza humana. A proposição de uma definição universal de natureza humana desvenda um modo ocidental-liberal de pensamento que, diante das distintas circunstâncias em que se desenvolvem as vidas das pessoas, esforça-se em pasteurizar os plurais optando por uma “visão ‘ideal’, para não dizer metafísica, da pessoa [...] definida à margem de seus contextos sociais e pessoais”.<sup>216</sup>

O índio, quando enquadrado na condição de sujeito de direito moderno ocidental, vislumbra como única opção adequar-se ao proposto no ordenamento jurídico brasileiro. A própria palavra “índio”, empregada em nossa Constituição para se referir aos indivíduos descendentes dos povos pré-colombianos e a corrente expressão “ameríndios” já refletem, por si sós, a imposição de nossa cultura sobre a deles, pois “amer” provém de Américo Vespúcio, europeu que em 1492 chegou às Américas (e que assim passaram a se chamar em sua homenagem); e “índios”, por sua vez, diz respeito ao fato de Vespúcio acreditar ter chegado às Índias Orientais. Atualmente essa denominação de identidade étnica geral – “Índio” – encontra referência negativa em um contexto de disputa por propriedade ou pela terra indígena. Segundo Seeger e Viveiros de Castro o conceito genérico de índio, como estereótipo negativo, é uma construção ocidental - resultado do contato com a sociedade nacional. “Não é, porém, apenas um ‘conceito’ ou representação; é algo que efetivamente se produziu, através da

---

<sup>215</sup> Os novos direitos coletivos podem assim ser entendidos como é o caso do direito do consumidor e o direito constitucional ao meio ambiente equilibrado.

<sup>216</sup> FLORES, Joaquín Herrera. Presupuestos básicos para educar en derechos humanos. El “diamante ético”. Revista Andalucía Educativa. Junta de Andalucía – Consejería de Educación y Ciencia, n. 16, 1999, p. 8. (Texto original: [...] una visión “ideal, por no decir metafísica de la persona[...] definida al margen de sus contextos sociales y personales) Trad. livre.

redução das populações indígenas a uma situação de dominadas e expropriadas”.<sup>217</sup>

Toda a particularidade de formação da pessoa em cada sociedade indígena é abstraída em prol de uma igualdade formal o que acaba por ocasionar espaços nebulosos de compreensão desse Outro. O contexto social das etnias, as diversas lógicas que podem conformar, ou não, o que na cultura Ocidental caracteriza-se por sujeito, as diferentes noções de pessoa de cada sociedade indígena, o sujeito coletivo, enfim, são espaços que a lei não alcança e, quando pretende alcançar opta pelo caminho menos tortuoso como, por exemplo, o da criminalização.

Inúmeras questões decorrem da noção de sujeito/indivíduo/pessoa que cada comunidade possui: o que fazer com as comunidades indígenas que praticam o “infanticídio”<sup>218</sup>; o que pensar da relação entre povos indígenas e religiosos evangélicos pentecostais; o que fazer com os índios isolados ou autônomos (a própria maneira de nomeá-los já é uma questão por si só); o que fazer com os índios emergentes; como enfrentar a situação das cotas; etc. E muitas outras

<sup>217</sup> SEEGER, Anthony e VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. Terras e territórios indígenas no Brasil. In: SILVEIRA, Ênio... et al. *Encontros com a civilização brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 106-7.

<sup>218</sup> Existem dois Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional um deles é o de nº 295/09 do Dep. Aloísio Mercadante que inclui um novo capítulo no Estatuto da Criança e do Adolescente denominado "Da Criança e do Adolescente Indígenas". Segundo o autor “Esse projeto assegura com todo rigor a proteção da vida da criança e do adolescente indígenas, sem, contudo, estigmatizar ou violar os direitos culturais dos povos indígenas.” (Parecer Substitutivo ao PLS nº 314/04. Disponível em

<<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=301> >. Acesso em 23. fev. 2010. O outro PL é o de nº 1057/2007, de autoria do Dep. Henrique Afonso (PT-Acre) que “dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais”. Prevê, ainda, a responsabilização por omissão de socorro de qualquer pessoa que tenha conhecimento das condições de risco em que se encontra a criança. Atualmente encontra-se aguardando Parecer do Relator da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 23. fev. 2010. Independentemente destes PLs foi aprovada em 15/07/2009 a Lei Nacional de Adoção a qual não acatou o § 7º do art. 28 da Lei nº 8.069, de 1990, que cuida de hipóteses de ameaça à vida de criança indígena, em decorrência de prática cultural. Segundo a relatoria do Senador Aloizio Mercadante a manutenção do dispositivo poderia “repercutir de modo negativo nas comunidades indígenas, além de incorrer no sério risco de estigmatizar de modo generalizado estas comunidades.” Para Mercadante a supressão do parágrafo não implicará em restrição do direito de crianças indígenas, já que o direito à vida e à proteção em situações de ameaça ou violação dos direitos da criança ou adolescente é assegurado pela legislação a todas as crianças e adolescentes - inclusive as indígenas. (Senado Federal. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/Agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=93487&codAplicativo=2> >. Acesso em 23. fev. 2010.

continuarão surgindo se a insistência pela mera aplicação da letra da lei for vista como a solução.

### 3.2.2

#### O Direito à terra

O direito à terra pode ser abordado sob várias perspectivas: legal, filosófica, política, histórica, etc. Será difícil no entanto a tarefa de purificar a discussão e abordar apenas um único aspecto dentre todos os que orbitam o tema uma vez que o exercício epistemológico de isolar um determinado fato parece, ao cabo, trazer mais problemas que soluções.

A história territorial do Brasil possui vieses plurais que hoje se refletem nos conflitos e demandas por terras frente à diversidade de concepções de relação com a terra. Observa-se que decorrem desse pluralismo de pontos-de-vista litígios em torno das demarcações de terras e de grandes projetos em terras indígenas, como rodovias e hidrelétricas.

Pode-se afirmar, não sem ressalvas, que “a história territorial do Brasil começa em Portugal”, que na antiga Metrópole “vamos encontrar as origens remotas do nosso regime de terras.”<sup>219</sup> . Todavia, não se pode esquecer as diversas relações territoriais estabelecidas entre os povos indígenas e também pela população negra trazida da África. Nesta toada Carlos Frederico Marés explica que “a invasão, conquista e colonização da América desconhecera qualquer conceito indígena de territorialidade e investiram contra povos, dividindo-os, impondo-lhes inimizades imaginadas e falsas alianças forçadas.”<sup>220</sup>

Será o direito capaz de atribuir cientificidade o bastante a uma discussão de modo que esta possa ser objetivamente representada em um código ou carta de direitos? O direito à terra quando codificado dá conta de contemplar um número tal de cosmovisões a ponto de a aplicação desse direito ser o suficiente? A

---

<sup>219</sup> LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 11

<sup>220</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 45.

atribuição de um território tribal a uma sociedade indígena assegura sua vida digna?

A garantia de um território aos índios sempre foi motivo de tensão entre as sociedades nacional e nativas. Desde os primeiros contatos as discussões travadas pelos Dominicanos já apontavam um horizonte de conflitos, mesmo porque a questão da terra no Brasil nesse período foi uma mescla de concepções feudais e mercantis, uma vez que o trato jurídico dado às terras em Portugal à época, e analogamente às terras de além mar, era essencialmente medieval<sup>221</sup>.

Atualmente a situação segue sendo, apesar da legislação, conflituosa e ambientada em um caldeirão de interesses divergentes. A propriedade do branco questionada diante da terra do índio, ou propriedade da União, coloca diante da lei um problema de ordem extrajurídica, por assim dizer, que é a diferença de concepções do que seja a terra para cada grupo envolvido. A garantia de posse e/ou propriedade das terras aos indígenas por vezes foi ensaiada, em outros momentos legislada, sem, contudo apresentar uma efetiva solução para a questão.

O próprio acontecimento do contato e a apropriação das terras pelos portugueses engendra um tal número de questões que talvez possamos iniciar pelas seguintes indagações: qual seria o direito do conquistador português às terras indígenas conquistadas? Os processos de aldeamentos, missões, extermínios, descimentos - apresentados no primeiro capítulo - bastam para que o domínio branco sobre as terras seja considerado legítimo? O Direito deve legitimar terras anteriormente legalizadas por um ordenamento que hoje consideramos incabível, como a retirada das terras com o uso da violência? É possível pensar essa relação sem violência?

O Direito, entendido como apaziguador das relações sociais, por meio da pretensão de pacificação de conflitos entre as sociedades envolvidas, busca dirimir o conflito, reconhecendo terras aos índios e compatibilizando a existência de grandes e pequenas propriedades rurais e áreas indígenas. Como se sabe, esse tem sido palco de conflitos de interesses, haja vista a recente decisão em torno da

---

<sup>221</sup> COSTA, Emilia Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 6ª. ed. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 1999. p. 143.

Terra Indígena Raposa Serra do Sol<sup>222</sup>. O que é preciso ressaltar, todavia, é que o conflito não se resume à diferença de interesses facilmente compreensíveis que estejam contidos em nossa gama de sugestões em torno das quais possa se articular uma disputa, mas também de cosmovisões, de modos diferentes de se estar no mundo.

O direito à propriedade, consagrado nos ordenamentos ocidentais tal qual o conhecemos, diz respeito a relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem, ou, em outras palavras, a consistência mínima do “meu” jurídico<sup>223</sup>. O condicionamento monocultural dessa idéia fez com que, mesmo em terras do “Novo” Mundo, frente a um povo totalmente desconhecido, o apelo eurocêntrico da cultura do pertencimento individual prevalecesse. Assim, entre nós ocidentais legatários da intelectualidade jurídica européia a propriedade está sempre ligada a um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica<sup>224</sup>.

A noção de propriedade ocidental possui anexado a si um universo de pertencimento que tomou forma no curso da idade moderna e sentou bases na práxis do século XIX, não se contentando em restringir-se ao âmbito da apropriação individual, como também em uma apropriação de conteúdos particularmente potestativos. As conotações de propriedade não se encerram no meio jurídico ou no social. Como afirma Paolo Grossi ela:

[...] pesca no intra-subjetivo graças a operação lucidíssima da consciência burguesa que, de Locke em diante, fundou todo o *dominio rerum* sobre o *dominio sui* e viu a propriedade das coisas como manifestação externa – qualitativamente idêntica – daquela propriedade intra subjetiva que todo eu tem de si mesmo e de seus talentos, propriedade – esta – absoluta porque correspondente à natural vocação do eu a conservar e a enrobustecer o si.<sup>225</sup>

O conflito tende a se estabelecer, diante da firmeza com que está costurada a noção de propriedade - e os conceitos dela decorrentes que medem o real segundo sua correspondência com o esquema de propriedade individual - e a

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 3388. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Última consulta em: 11 mar. 2010.

<sup>223</sup> GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro, São Paulo Recife: Renovar. 2006. p. 5.

<sup>224</sup> Ibidem. p. 5.

<sup>225</sup> Ibidem. p. 13.

discrepância com a noção de propriedade, ou melhor dizendo, a noção de terra que as sociedades indígenas compartilham. A “interação” entre índios e brancos, ao que tange a propriedade, se deu a partir de uma visão não harmônica de mundo, antropocêntrica, segundo uma tradição cultural que exasperando o convite marcado nos textos sagradíssimos das antigas tábuas religiosas passou a dominar a terra e a exercitar o domínio sobre as coisas e sobre as criaturas inferiores.<sup>226</sup>

Para ilustrar a idade desse conflito veja-se o que fez Dom Pedro II, já em 1680, diante de anos de crise envolvendo a questão de terras desde a chegada dos portugueses. Assim “ordenava e mandava” o Alvará:

[...] §40 – E para que os ditos gentios, que assim descerem, e os mais que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias, Hei por bem que sejam senhores de suas fazendas como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas nem sobre ellas se les fazer moléstia. E o Governador [Geral, Visconde de Barbacena] com o parecer dos ditos Religiosos assignará aos que descerem do Sertão lugares convenientes para nelles lavrarem e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, *ainda que estejam dadas em Sesmarias a pessoas particulares*, porque nas concessões destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda, ser reservado o prejuízo e o direito dos índios, primários, naturaes senhores dellas. [...] <sup>227</sup>. [Grifo meu]

Apontando para a dificuldade na aplicação dessa lei, sessenta e cinco anos depois, Dom José I precisaria ordenar:

[...] Porque não bastaria para restabelecer, e adiantar o referido Estado, que os Índios fossem restituídos á liberdade das suas pessoas na sobredita forma, sem com Ella se lhes não restituísse também o livre uso de seus bens, que até agora se lhes impedio com manifesta violência: Ordeno que a este respeito *se execute logo a disposição do parágrafo quarenta do Alvará de primeiro de Abril de mil seiscentos e oitenta* [...] Sustentando-se os Índios, a cujo favor se fizerem as ditas demarcações, no inteiro domínio, e pacífica posse das terras, que se lhes adjudicarem para gozarem dellas per si, e todos os seus herdeiros; [...] <sup>228</sup>. [Grifo meu]

Existem teorizações jurídicas<sup>229</sup> diante da disputa de terras que postulam a originariedade e preeminência do título do indigenato, que seria um direito

---

GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios. op. cit.* p. 12.

<sup>227</sup> Alvará Régio de 01.04.1680 em NAUD, Leda Maria. “Documentos sobre o índio brasileiro”. In: Revista de Informação Legislativa, ano 08, n°. 29. 1971. p. 256-258.

<sup>228</sup> Lei de 06 de junho de 1755. SILVA Antônio Delgado da. *Collecção da Legislação Portugueza desde a ultima compilação das Ordenações, redigida pelo Desembargador Antônio Delgado da Silva. Legislação de 1750 a 1762*”. Lisboa: Typografia Maignense, 1830. p. 372.

<sup>229</sup> A esse respeito ver MENDES, João. Os indígenas do Brazil. Seus direitos individuais e Políticos, pp. 58-9. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

congênito reconhecido desde o citado Alvará de 1º de abril de 1680. Enquanto esse seria um título congênito a ocupação seria um título adquirido, de sorte que o direito dos índios à terra decorreria diretamente de seu nascimento, independentemente de legitimação legal ao contrário da ocupação que dependeria de fatos que a legitimassem. Assim a primariedade do estabelecimento indígena na terra teria a *sedum positio* o que constituiria o fundamento da posse, e além deste o indígena também teria o *jus possidendi*, que lhe seria reconhecido e teria a melhor aplicação do que diz o texto do jurisconsulto Paulo “*quia naturaliter tenetur ab eo Qui insistit*”.<sup>230</sup>

No século XIX e XX a intervenção de etnólogos e sociólogos em busca da perspectiva indígena de compreensão dos fenômenos possibilitou que uma nova atenção fosse voltada para a noção jurídica de cultura e de outras maneiras de se pensar o que entendemos por ordenamento jurídico. Pode-se dizer que outras noções de “propriedade” passaram a interpelar o direito ocidental no sentido de que “não é tanto a terra que pertence ao homem mas antes o homem à terra, onde a apropriação individual parece invenção desconhecida ou disposição marginal”<sup>231</sup>.

O termo grego *arkhé*, utilizado por Muniz Sodré para analisar a relação das culturas negras com a terra, pode ser um instrumento interessante para se compreender, imaginando que isso seja possível, a relação do índio com a terra. Trata-se de um termo utilizado pelo autor a fim de caracterizar as culturas que se fundam na vivência e no reconhecimento da ancestralidade, representada de maneira transcendente, mas também em meio às coisas da terra. As culturas de *arkhé* cultuam a origem, não como um simples início histórico, mas como o eterno impulso inaugural da força de continuidade do grupo. “A *arkhé* está no passado e no futuro, é tanto origem como destino”<sup>232</sup>. Essa visão da ancestralidade estabelece uma continuidade entre deuses, ancestrais e descendentes, continuidade

<sup>230</sup> *Digesto De acquir. vel amitt. possess.*, L. 1. Apud: MENDES, João. Os indígenas do Brasil. Seus direitos individuais e Políticos, pp. 58-9 São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. Ver ainda STAUT JR., Sérgio S. A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916. 2009. 220 fls. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Disponível em : < <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/btstream/1884/19305/1/TESE-COMPLETA-STAUT.pdf>> Acesso em 18.01.10. pp. 138 e seguintes.

<sup>231</sup> GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios. op. cit.* p. 7.

<sup>232</sup> SODRÉ, Muniz: O Terreiro e a Cidade. Petrópolis-RJ, Ed.Vozes Ltda, 1988. p. 153.

essa que se manifesta através dos ritos e dos mitos, sempre reiterados, mas com lugar para variações. A ancestralidade assenta-se na terra-mãe: “o que dá identidade a um grupo são as marcas que ele imprime na terra, nas árvores, nos rios”<sup>233</sup>, e em seus próprios corpos (em se tratando de determinados povos ameríndios).

Ou seja, a diferença está posta antes mesmo de qualquer interação no âmbito judicial. O desafio se coloca para o direito na medida em que pretende conciliar o inconciliável. Não se está a dizer que o fato de a terra possuir significados diferentes para brancos e índios, por si só, gere conflitos, isso também é um fato; todavia, a grande questão está no monopólio da chave interpretativa do confronto das visões de mundo envolvidas:

[...] são tão grandes os interesses em jogo que inevitavelmente as escolhas econômico-jurídicas são defendidas pelas couraças não deterioráveis das conotações éticas e religiosas. [...] No interior do universo fechado do pertencimento há o perigo imaneente do condicionamento por parte de um arquétipo pesadíssimo.<sup>234</sup>

Não se tratam de sociedades do bem e sociedades do mal, mas de cosmovisões incompatíveis e do fracasso na tentativa de homogeneizar a diferença, e o que é pior, a partir de uma moldura etnocêntrica.

A questão da propriedade não se resume, como queria o positivismo jurídico, a um litígio apenas em torno de bens<sup>235</sup>, ela rompeu a trama superficial das formas e conectou-se, de um lado, a uma visão de homem no mundo (uma antropologia)<sup>236</sup>, e de outro explicitou seus vínculos com interesses vitais de indivíduos (uma ideologia). A propriedade moderna ocidental é mais do que qualquer instituto uma mentalidade<sup>237</sup>.

<sup>233</sup> Ibidem. p. 22.

<sup>234</sup> GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios. op. cit.* p. 10-11.

<sup>235</sup> Ibidem. p. 18.

<sup>236</sup> Antropologia marcada pelo fato de que “as coisas deixam progressivamente de ser a base transcendental primeira na compreensão da realidade”, e o sujeito toma o lugar de “referência metafísica básica no desvelar do mundo”. FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de Historia del Derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, p. 97-112, 2005. p. 102.

<sup>237</sup> Conforme Paolo Grossi mentalidade é o complexo de valores circulantes em uma área espacial e temporal capaz, pela sua vitalidade, de superar a diáspora de fatos e episódios espalhados e de constituir o tecido conectivo escondido e constante daquela área. [...] A mentalidade sobrevive à mudança das ordens sociais. GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios. op. cit.* p. 31.

O principal instrumento legislativo dessa moldura eurocêntrica foi a Lei nº. 601 de 18 de setembro de 1850, a chamada Lei de Terras, que colocou duas questões de suma importância; primeiro: estabeleceu no Brasil a propriedade de concepção moderna<sup>238</sup>, aquela em que o sujeito possui uma superioridade valorativa sobre a coisa e, segundo: legislou acerca das terras devolutas, terras que “inabitadas” passariam para o domínio da União.

Com relação ao primeiro ponto: a propriedade moderna, tão cara ao direito privado, aparece no Brasil crivada de peculiaridades decorrentes de nosso processo de colonização, principalmente porque o Brasil nasce - para a história tradicional - quase que concomitantemente ao processo histórico-jurídico de concepção desta noção de propriedade, ou seja, séculos XV e XVI. Frente a isso, toda a noção proprietária pré-moderna européia<sup>239</sup>, fundamentada durante os anos do medievo, foi aplicada à colônia como que tentando adequar-se em meio ao sistema de sesmarias<sup>240</sup>, e logo ganhou contornos de propriedade moderna<sup>241</sup>.

Assim é que a “Lei de Terras” inaugura um novo conceito de propriedade no Brasil. Até 1850 falava-se em posseiro, concessionário ou sesmeiro, mas não de proprietário, o proprietário em termos modernos. A partir de então, finalmente, seria possível ver emergir de modo claro a figura do proprietário, quer fosse o

<sup>238</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de Historia del Derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, p. 97-112, 2005. p. 108 e ss.

<sup>239</sup> “O direito de propriedade é, pois, destacado da figura de um sujeito individual e é englobado numa enorme gama de poderes que emergem da coisa. A idéia de *uma* propriedade (exclusiva e pessoal) é completamente impensável ante a emergência, a partir da própria coisa, de inumeráveis usos e poderes autônomos que da coisa mesma podem provir. A noção de *utilitas*, que provém da forte noção de *dominium utile*, é prevalente e exalta diante do titular do bem, que é aquele dotado do seu *dominium directum*, ligado à noção de *substantia*. De fato, no regime medieval da propriedade a *utilitas* (ou as várias e inumeráveis utilidades que provém da coisa) tem uma visível prevalência sobre a *substantia* do titular do bem.” GROSSI, Paolo. *L'inaugurazione della proprietà moderna*. Napoli: Guida Editori, 1980. p. 27-29. Apud. FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de Historia del Derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, p. 97-112, 2005. p. 100-101. e, ainda, GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. *op. cit.* p. 42-62.

<sup>240</sup> *Sesmaria*, segundo Costa Porto, é um termo que está ligado ao *sesmo*, *sexviri* ou *seviri*, “colégio feudal” – o que revela as origens do sistema. PORTO, Costa. *O sistema sesmarial no Brasil*. Brasília: UNB, s/d. p. 31-33.

<sup>241</sup> De início as terras estavam sob a supremacia da coroa, entretanto, sobretudo a partir de 1548, a terra para a construção de engenhos de açúcar poderia ser doada a qualquer pessoa que tivesse recursos para explorá-la e pudesse construir fortificações segundo o Regimento de Tomé de Souza, primeiro governador geral do Brasil, nomeado pela coroa portuguesa. Ver COSTA, Emilia Viotti da, *op. cit.*, pág. 145.

proprietário particular quer fosse o proprietário Estado<sup>242</sup>. Nesse momento legitima-se a subtração das terras dos indígenas e passa-se ao Estado o poder de reservar as terras devolutas, que *julgar necessárias*, para a colonização indígena, conforme o art. 12 da citada Lei.

As terras do Estado são, a partir de então, de domínio público. A terra deixa de ter origem compensatória ou qualquer espécie de recompensa por parte da coroa e finca bases na idéia de exploração econômica do bem. Se outrora vigia para a propriedade um sistema de “doação”, a partir de então a propriedade deve ser uma mercadoria<sup>243</sup>.

Ao que tange o segundo ponto pode-se dizer que durante os séculos XV, XVI e XVII, período das grandes navegações, era comum que Estados de práticas mercantis adquirissem território por “descoberta”, seguida de ocupação (*occupatio*) efetiva e presumida. Nesse momento fazia-se uso do instituto romano da terra *nullius* que significava “terra de ninguém”<sup>244</sup>. A terra *nullius* é um modo originário de aquisição de uma propriedade imóvel que não esteja sob o domínio de ninguém que seja uma *res nullius*<sup>245</sup>. Para que se estabeleça a ocupação de uma *terra nullius* é preciso que ela seja apreendida, que se estabeleça o poder de fato e exista o *animus domini*, ou seja, a intenção de ter a coisa como própria e que a coisa seja sem dono. Diferentemente do que se costuma pensar não foi usada para justificar a espoliação dos povos indígenas. Ao contrário, seu uso inicial foi de aplicação negativa, ou seja, para argumentar que as terras dos povos indígenas não

<sup>242</sup> BENEDETTO, Roberto di. *Formação histórica do instituto jurídico da propriedade no Brasil do século XIX*. Curitiba (dissertação de mestrado – UFPR, 2002), pág. 44.

<sup>243</sup> COSTA, Emilia Viotti da. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>244</sup> Pela consagração do uso para estes fins terra *nullius* e terra *derelecta* são dois institutos jurídicos clássicos do Direito Internacional Público. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – curso elementar*. 10a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 162. Para José Carlos Moreira Alves, são coisas sem dono no direito romano as *res nullius* (que nunca tiveram dono); as *res derelectae* (cujo dono a abandonou) ou as *res hostium* (pertencentes aos hostes, aos que estavam em guerra com Roma, ou, mesmo em tempos de paz não mantinham tratado de amizade com os romanos. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 304-6. A título de exemplo de *res derelectae* tem-se o caso da Espanha que parece haver abandonado as ilhas de Palmas, Malvinas e Carolinas, objeto de posterior ocupação pelos Países Baixos, Grã-Bretanha e Alemanha. A aquisição de território também ocorria por conquista, mediante emprego da força, ou como resultado de vitória nas guerras travadas. Na América do Sul quando as tropas espanholas e portuguesas encontravam resistência à pretendida ocupação de terra *nullius* apossavam-se das áreas após a *debellatio* – o aniquilamento de seus ocupantes nativos. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – curso elementar*. 2a ed. Editora Saraiva, 2005. p. 162. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Forense, 1967. Vol. II e IV.

<sup>245</sup> MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78.

se enquadravam no conceito e, portanto, não poderiam ser apropriadas. *Res nullius* foi, assim, um ramo de argumento anti-colonial, bastante empregado por Francisco de Vitória.<sup>246</sup>

O princípio da contigüidade era frequentemente evocado no período dos “descobrimientos”, pois tal princípio ditava que a pretensão ocupacionista do conquistador avança continente adentro enquanto seja possível, por exemplo, até que encontre uma pretensão alheia concorrente. Assim, chegando ao litoral de um território as pretensões dominiais de uma nação se irradiavam para todos os sentidos (até que encontrasse uma outra nação – e não índios – também recorrente ao princípio em tela, por exemplo o que ocorria entre portugueses e espanhóis).

De qualquer maneira a área territorial “inabitada” nos continentes do “Novo” Mundo, onde os indígenas não oferecessem resistência, passaram a ser objeto da disputa por ocupação<sup>247</sup>. A “ocupação” do Brasil pela frota portuguesa

<sup>246</sup> Ver VITORIA, Francisco de. *Doctrina sobre los Indios*. Salamanca: San Sebastian, 1992; VITORIA, Francisco de. *Fray Francisco de Vitoria: fundador del derecho internacional moderno (1546-1946): (Conferencias pronunciadas el la inauguración de su Monumento Nacional en la ciudad de Vito*. Madrid: Cultura Hispánica, 1946. BLANCO GASPARG, Vicente. *La agresión internacional: intentos de definición*. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1973.

<sup>247</sup> Para que a soberania fosse legítima sobre um território encontrado por uma Nação europeia era preciso que a “descoberta” fosse confirmada pela ocupação efetiva e que os indígenas não estivessem organizados em uma sociedade unificada em torno de uma ação política permanente – o que aos olhos europeus ocorria em todos os casos. Para a aquisição destes territórios, as nações coloniais europeias aplicavam a doutrina da terra *nullius*, reconhecendo a soberania dos respectivos países europeus sobre o território de “povos atrasados”, para quem os europeus levariam os benefícios do cristianismo e da civilização. Essa foi a doutrina que permitiu aos países europeus a aquisição de territórios nas Américas Latina, Central e do Norte; na África, na Oceania e em parte da Ásia. A esse respeito ver PATTON, Paul. *Deleuze and the Political*. Routledge, 2000. p. 125-131. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebryanddbd/docDetail.action?docID=10054120&p00=>>>. Acesso em 18 fev. 2010; CURTIS, Cook. *Aboriginal Rights and Self-Government: the Canadian and Mexican Experience in North American Perspective*. McGill-Queen’s University Press, 2000. p. 149-167. Disponível em <<http://site.ebrary.com/lib/ebryanddbd/docDetail.action?docID=10141518&p00=>>>. Acesso em 20 fev. 2010; CASTELLINO, Joshua. “The ‘right’ to land, International Law and Indigenous Peoples”. In: CASTELLINO, Joshua e WALSH, Niamh (Org.) *International Law and Indigenous Peoples*. Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 89-116. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebryanddbd/docDetail.action?docID=10171552&p00=>>>. Acesso em 20 fev. 2010; TEDMANSON, Deirdre. “Isle of exception: sovereign power and Palm Island”. In: BANERJEE, Subhabrata Bobby e PRASAD, Anshuman. *Critical Perspectives on International Business: Critical Reflections on Management and Organization: A Postcolonial Perspective*. Volume 4, nº 2/3. Emerald Group Publishing Limited, 2008. p. 142-161. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebryanddbd/docDetail.action?docID=10246160&p00=>>>. Acesso em 20 fev. 2010; SHORT, Damien. *Reconciliations and Colonial Power: Indigenous Rights in Australia*. Ashgate Publishing Limited, 2008. p. 31-178. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebryanddbd/docDetail.action?docID=10215567&p00=>>>. Acesso em 25 fev. 2010; KNOP, Karen C. *Diversity and Self-Determination in International Law*. Cambridge University Press. 2002. p. 114

de Cabral foi modelo exemplar daquilo que, na Europa, passou-se a entender como descoberta e apossamento da terra *nullius*. Ainda entre os fundamentos para a ocupação das terras brasileiras estava o entendimento de que, como não havia lei anterior que vigesse sobre a terra (pois, segundo os portugueses, os indígenas não apresentavam qualquer forma de Estado soberano e eram primitivos em sua organização social<sup>248</sup>) Portugal poderia adquirir soberania sobre tais territórios, prescrevendo, assim, o direito a ser aplicado em suas colônias. Assim, a aquisição de soberania sobre um território “sem lei” era prática recorrente de expansão territorial de impérios mercantis.

As Cartas Régias e as determinações de o que fazer com a nova terra “descoberta” demonstram o teor indiferente quanto a organização social e territorial das populações habitantes do Brasil pré-colombiano, bem como o respaldo do conceito de *terra nullius* nos atos a serem postos em prática. Explica Carlos Frederico Marés que:

[A]o vir para o Brasil, em 1530, Martin Afonso de Souza recebeu três cartas régias: a primeira para *tomar posse* das terras em nome D’El Rei; a segunda que lhe dava direito a exercer as funções de capitão-mor e governador das *terras descobertas*; e a terceira o nomeava Sesmeiro do Rei, que o autorizava *entregar terras* legitimamente em sesmaria *a quem desejasse*. (...) Os donatários das capitanias hereditárias também receberam cada um, o poder de ser *senhor em suas terras*, com jurisdição civil e criminal e podiam conceder terras em sesmaria; foram nomeados sesmeiros do Rei.” (...) Com o advento do Governo Geral, de Tomé de Souza, passou ao Governador este importante ato de poder.<sup>249</sup> [Grifos meus].

Para que o instituto das sesmarias pudesse ser utilizado era preciso, com o respaldo da doutrina da *terra nullius*, desconsiderar qualquer ocupação indígena, e entender as terras brasileiras como inabitadas.

Com o advento da “Lei de Terras” o que antes era *res nullius* passa a ser *res publicae*, e, portanto inapropriável<sup>250</sup>.

---

e ss. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebraryanddbd/docDetail.action?docID=10014585&p00=>>>. Acesso em 25 fev. 2010; FANAGAN, Tom. *Firs Nations?: Second Thoughts*. McGill-Queen’s University Press, 2000. p. 49 e ss. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebraryanddbd/docDetail.action?docID=10141884&p00=>>>. Acesso em 25 fev. 2010.

<sup>248</sup> SILVA, Lígia Osorio. *Terras devolutas e latifúndio*: efeitos da lei de 1850. Campinas: Editora da UNICAMP, 1996. p. 39.

<sup>249</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 60-61.

<sup>250</sup> Ver anexo D.

Segundo a nova sistemática legal estabeleciam-se os limites, anteriormente indeterminados, entre as propriedades particulares e o domínio público. As terras indígenas passaram oficialmente para o domínio público, na condição de terras devolutas, em poder da Coroa. “Uma vez definidas quais eram as terras públicas, elas, nos termos dessa lei, poderiam ser vendidas pelo Estado, ‘em hasta pública ou fora dela’ e ‘como e quando julgar mais conveniente’”<sup>251</sup>. Desse momento em diante o Estado passa a ter o poder de reconhecer quais são e o que são terras indígenas.

A teoria da terra nullius foi criticamente examinada em 1975 pela Corte Internacional de Justiça em seu Parecer Consultivo n.º. 3292, sobre o Saara Ocidental. Analisou a Corte que *ocupação* era legalmente uma forma originária e pacífica de aquisição de soberania. Era preciso, todavia, que o território fosse considerado *terra nullius*, no momento do ato constituindo a *ocupação*. Diante disso o Tribunal determinou que só seria possível afirmar que o Saara Ocidental tenha sido *terra nullius* se fosse provado que o território não pertencia a ninguém na época da colonização espanhola. Independentemente da divergência entre os juristas tudo indica que no período entendia-se que não poderiam ser considerados *terra nullius* aqueles territórios, pois tribos ou povos apresentavam uma organização social e política. No Parecer Consultivo n.º. 3292, de 16 de outubro de 1975, consta:

Sejam quais forem as divergências de opinião entre os juristas, a prática do Estado, no período em questão, indica que os territórios habitados por tribos ou povos com alguma organização social e política não eram considerados *terrae nullius*. Mostra como, no caso desses territórios, a obtenção da soberania não era em geral considerada como efetuada de forma unilateral mediante a "ocupação" de terra nullius com titularidade original, mas sim por meio de acordos estabelecidos com governantes locais. Às vezes, é verdade, o termo "ocupação" foi utilizado em seu sentido não-técnico, denotando simplesmente a aquisição de soberania. Não significou, porém, que a obtenção da soberania por meio de tais acordos com as autoridades locais fosse considerada a "ocupação" de uma "*terra nullius*", no sentido estrito desse termo. Ao contrário: esses acordos com governantes locais, independentemente de serem considerados uma "cessão" real

---

<sup>251</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. *op. cit.* p. 109.

do território, eram vistos como derivados de raízes de titularidade, e não como direitos de propriedade originais obtidos pela ocupação de *terrae nullius*.<sup>252</sup>

O Direito Internacional Moderno esforça-se para reverter as antigas tradições do imperialismo europeu. A Carta das Nações Unidas, por exemplo, exige que os Estados membros não ameacem nem usem de força para com outros Estados, além da obrigatoriedade de os países metrópoles promoverem o autogoverno em suas “ex” colônias. Constatam nas cartas e tratados internacionais princípios jurídicos que regem esta nova prática, como, por exemplo, o de que “todos os povos têm o direito a autodeterminação”<sup>253</sup>. Isso significa que a escolha de seu próprio estatuto político e o desenvolvimento de seus próprios destinos econômicos, sociais e culturais são direitos garantidos. Outro princípio de igual importância proíbe a discriminação com base na raça, sexo, bem como idioma e religião.<sup>254</sup> Pode-se dizer, portanto, que existe atualmente uma normatização que busca a descolonização de milhões de pessoas ao redor do mundo.

Dentre as leis mais próximas de nossos dias o Estatuto do Índio, Lei n.º 6.001 de 1973, foi um marco na matéria de reconhecimento de terras indígenas e

---

<sup>252</sup> “Quelles qu'aient pu être les divergences d'opinions entre les juristes, il ressort de la pratique étatique de la période considérée que les territoires habités par des tribus ou des peuples ayant une organisation sociale et politique n'étaient pas considérés comme *terra nullius*. On estimait plutôt en général que la souveraineté à leur égard ne pouvait s'acquérir unilatéralement par l'occupation de la *terra nullius* en tant que titre originaire, mais au moyen d'accords conclus avec des chefs locaux. Il est vrai que le terme occupation était parfois employé dans un sens non technique, comme désignant simplement l'acquisition de la souveraineté; cela ne signifiait cependant pas que l'acquisition de la souveraineté par voie d'accords conclus avec les autorités du pays était considérée comme l'occupation d'une *terra nullius* au sens propre de ces termes. Au contraire, on voyait dans ces accords avec les chefs locaux, interprétés ou non comme opérant une cession effective du territoire, un mode d'acquisition dérivé et non pas des titres originaires acquis par l'occupation d'une *terra nullius*.” Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>>. Acesso em 25.01.2010. [Tradução livre].

<sup>253</sup> Artigo 1º - Os objetivos das Nações Unidas são:

[...]

2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

(ONU. Carta das Nações Unidas. Disponível em <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_carta.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php)>. Acesso em 11 mar. 2010).

<sup>254</sup> Artigo 1º - Os objetivos das Nações Unidas são:

[...]

3. Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião [...]. (ONU. Carta das Nações Unidas. Disponível em <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_carta.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php)>. Acesso em 11 mar. 2010).

dispôs acerca de três espécies dessa categoria jurídica. Previu-se a existência de: a) terras dominiais recebidas pelos índios em virtude de ações do direito civil, como a doação, compra e venda ou permuta, em sua maioria provenientes de doações às comunidades indígenas feitas por órgãos públicos (federais ou estaduais) ou particulares anteriores à República; b) áreas reservadas pelo Estado para os índios, em parques e reservas indígenas e c) As áreas de posse permanente dos índios e cuja eficácia legal independe de ato demarcatório.<sup>255</sup>

De acordo com o Estatuto os índios gozam de pleno direito de propriedade somente sobre as poucas e reduzidas terras dominiais. A vasta maioria das terras indígenas no Brasil, as não dominiais, constitui-se em bens inalienáveis da União, resguardada aos índios a posse permanente e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades ali existentes<sup>256</sup>.

O Decreto 76.999, de 08 de janeiro de 1976, dispunha sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas. Dentre outros requisitos o ato exigia que o antropólogo e o engenheiro agrimensor, responsáveis pelo reconhecimento prévio da terra apresentassem um relatório contendo a descrição dos limites da área, atendendo a situação em que os indígenas se encontrassem e o “consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação dos índios”<sup>257</sup>. Regulamentando esse Decreto a FUNAI baixou a Portaria 385, de 23 de agosto de 1976, a qual previa que o relatório previsto na Lei deveria levantar diversos dados, entre os quais a especificação da *atividade econômica desenvolvida* pelo grupo indígena em questão e, ainda, as áreas inaproveitáveis para as atividades econômicas da comunidade.

Em substituição ao de 1976 criou-se o Decreto 88.118, de 22 de fevereiro de 1983. Este, por seu turno, parecia-se em muitos aspectos ao seu antecessor, com a peculiaridade de ter acrescentado a necessidade de levantamento da presença de não-índios na área, bem como a existência de benfeitorias, povoados ou projetos oficiais. A decisão acerca da demarcação das terras caberia conjuntamente aos Ministros do Interior e Assuntos Fundiários que,

<sup>255</sup> Cf. o art. 17 da Lei n. ° 6.001/73.

<sup>256</sup> Arts. 32 e 22, Lei n. ° 6.001/73.

<sup>257</sup> Cf. artigo 2º., §1º Decreto 76.999/76.

posteriormente, enviariam a proposta aprovada ao Presidente da República para a produção de Decreto delimitando a área.

A legislação anterior foi revogada pelo Decreto nº 94.945 de 23 de setembro de 1987 que, apesar de manter o trâmite do procedimento de homologação e demarcação de terras indígenas praticamente o mesmo, acrescentava a oitiva do Secretário Geral do Conselho de Segurança Nacional quando a área envolvesse Faixa de Fronteira. Ainda, em seu art. 3º, parágrafo 3º, estabelecia: “em função do exame procedido e levado em consideração o interesse público, os interesses indígenas, os problemas sociais e outros, o Grupo de trabalho Interministerial poderá sugerir o resultado da área proposta”<sup>258</sup>.

Em 1991 o Decreto nº 22 inaugurou a necessidade de participação do grupo indígena envolvido no processo administrativo de demarcação de terras, determinou o reassentamento prioritário dos ocupantes não-índios das terras indígenas (art. 4º); a interdição provisória de áreas onde se encontrem índios isolados ou em outras em que se faça necessária a interdição para preservar a integridade dos índios e dos territórios (art. 8º) e admitiu a intervenção de interessados não-indígenas no processo visando assegurar eventuais interesses de terceiros.

O Decreto nº 608 de 1992 alterou os parágrafos 1º e 4º do art. 2º bem como o art. 7º, do Decreto nº 22/91. Passou então a determinar que os membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos (note-se que foi retirada a figura do “especialista sobre o grupo indígena envolvido”) fossem chamados pela FUNAI não mais para participar dos trabalhos de demarcação das terras indígenas, mas apenas para embasar os estudos. Por fim estabeleceu a data de cinco de outubro de 1993 para que o órgão federal de assistência ao índio procedesse “à revisão das terras indígenas consideradas insuficientes para a sobrevivência física e cultural dos grupos indígenas”.

---

<sup>258</sup> Art. 3º, parágrafo 3º do Decreto nº 94.945 de 23 de setembro de 1987. Disponível em BRASIL. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/novoconteudo/legislacao/republica/Leis1934vIVparteI/pdf17.pdf>. Última consulta em 10. Nov. 2009.

Revogado o Decreto anterior pelo atual Decreto n° 1.775/96 a modificação mais significativa, tendo em vista que o modelo do procedimento foi mantido quase que idêntico, foi o aumento do prazo para a apresentação de irresignações por eventuais interessados que passou para 90 dias contados após a publicação do relatório circunstanciado resultante do trabalho de identificação e delimitação realizado pelo grupo técnico. Dispõe o parágrafo 8º, do artigo 2º:

§ 8º *Desde o início do procedimento* demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes [...]. [Grifo meu].

Quando, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil reconhece o direito originário dos povos indígenas à suas terras,<sup>259</sup> trata-se da instituição de um direito que independe de qualquer outro fator. Assim esse direito está desvinculado de demarcação ou reconhecimento por parte do Estado. O direito originário diz respeito a um direito decorrente do vínculo sociocultural dessas pessoas como os povos que habitavam o Brasil antes da chegada dos portugueses. O direito originário é:

Precedente e superior a qualquer outro que, eventualmente, se possa ter constituído sobre o território dos índios. A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena [...]. A demarcação não é constitutiva, Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra [...].<sup>260</sup>

Diante do reconhecimento desse direito na CRFB muitas querelas foram levadas ao poder judiciário a fim de que se resolvessem as disputas pelo direito à terra indígena em oposição ao direito à propriedade. Terra indígena, aliás, é uma categoria jurídica, mais do que sociológica ou antropológica, uma vez que trazida às discussões etnológicas a partir do aparecimento da legislação afeta ao tema.

<sup>259</sup> Ver Arts. 231 e 232, Constituição Federal em BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 11 mar. 2010.

<sup>260</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. A Demarcação das Terras Indígenas e a Constitucionalidade do Decreto n° 22/91. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Vol. 37, 1996. p. 1-2

Não causa espanto que a disputa pelo significado do termo desta categoria jurídica - após anos de dominação portuguesa e continuidade de expropriação por outros meios após a independência - desembocasse em problemas jurídicos quase que indissolúveis. O direito à propriedade, apesar de não ser um direito originário, se encontra protegido pela CRFB assim como protegida está a terra indígena.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 231, § 2º, que 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. Ao mesmo tempo, em seu art. 5º, garante [...] “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade [...]”.

A Constituição de 1988 representou indubitavelmente uma grande conquista para a democracia brasileira. Todavia, é preciso admitir que ela acaba, muitas vezes, por não acompanhar as constantes mudanças na sociedade ou sequer dá conta de determinadas demandas por singularidade como o são as demandas indígenas. Essas situações podem ser observadas inclusive diante dos procedimentos constitucionais de modificação da constituição para a adequação da lei maior à realidade – como a emenda, e a revisão - e também na interpretação dos tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal, ao conferir à norma um sentido não previsto.

Os invisíveis da lei, embora formalmente presentes, permanecem socialmente excluídos, desamparados, não reconhecidos na medida em que se generaliza o humano. São sujeitos que não se reconhecem, ou sequer conhecem, a gramática das declarações de direitos, das constituições que pretendem acolhê-los, pois estas são limitadas em face de demandas intrinsecamente excludentes. O universalismo, a generalidade e a abstração da norma de direito foram pensados para um sujeito ideal ou formal, idealidade ou formalidade que acabam por abandonar todo aquele que não seja ajustável às exigências ocidentais.

A esse respeito afirmou Boaventura de SOUSA SANTOS:

[...] Ainda que todas as culturas tendam a definir os seus valores mais importantes como os mais abrangentes, apenas a cultura ocidental tende a

formulá-los como universais. [...] a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental.<sup>261</sup>

Diante disso, mesmo com o surgimento de novas previsões legais e tratados internacionais, a lei pode não alcançar o fim que dela se espera, qual seja a pacificação dos conflitos sociais. Frente a interesses inconciliáveis protegidos pela mesma Constituição, como ocorre na de 1988, a solução não passa apenas pela ponderação de princípios e tampouco se resolverá clamando-se pelo caráter programático da Lei Maior.

---

<sup>261</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos humanos e sociedade cosmopolita. São Paulo: Renovar, 2004, p. 250-253.