



**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE**  
**CURSO DE DIREITO**

**ÉMMERLY KAROLINE NASCIMENTO DANTAS LEITE**

**AS REFLEXÕES ACERCA DO DECRETO DE FUNDAÇÃO DA LEI NACIONAL DO  
ÍNDIO E A CONSTITUIÇÃO VIGENTE BRASILEIRA**

**ARACAJU**

**2020**

L533r

LEITE, Emmerly Karoline Nascimento Dantas

AS REFLEXÕES ACERCA DO DECRETO DE FUNDAÇÃO DA LEI NACIONAL DO ÍNDIO E A CONSTITUIÇÃO VIGENTE BRASILEIRA. / Emmerly Karoline Nascimento Dantas Leite; Aracaju, 2020. 19p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Prof. M.a. Rebecca Falcão Viana Alves.

1. Índios 2. Constitucional 3. História 4. Direito.

342.724;342(813.7)

Elaborada pela bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

**ÉMMERLY KAROLINE NASCIMENTO DANTAS LEITE**

**AS REFLEXÕES ACERCA DO DECRETO DE FUNDAÇÃO DA LEI NACIONAL DO  
ÍNDIO E A CONSTITUIÇÃO VIGENTE BRASILEIRA.**

**Monografia apresentada à Coordenação do curso de Direito da FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito, no período de 2020.1.**

**Aprovado (a) com média: 9,5**

*Rebecca Falcão Viana Alves*

---

**1º Rebecca Falcão Viana Alves (Orientadora)**

---

**2º Carlos Augusto Lima Neto**

---

**3º Charles Robert Sobral Donald**

**Aracaju (SE), 10 de Junho de 2020.**

# AS REFLEXÕES ACERCA DO DECRETO DE FUNDAÇÃO DA LEI NACIONAL DO ÍNDIO E A CONSTITUIÇÃO VIGENTE BRASILEIRA

\*

Émmerly Karoline Nascimento Dantas Leite

## RESUMO

Este artigo de conclusão de curso tem como objetivo investigar como foi conduzida as políticas públicas indianistas depois do advento da Constituição Federal de 88. Levando em conta que o Brasil passava na época pelo processo de redemocratização onde houve uma valorização dos povos da terra, isso fez com que ficasse em pauta questões que outrora não haviam sido discutidas na Ditadura Militar, a qual perdurou mais de duas décadas e que apesar de demonstrava certos indícios indianistas, estes eram deturpados. A Carta Magna ofereceu o reconhecimento da identidade cultural como algo indissociável da materialização de sua dignidade humana. Nesse contexto, serão estudadas as diversas modificações na estrutura jurídica brasileira, partindo do decreto da Fundação Nacional do Índio (Funai), perpassando por algumas decisões em Tribunais e adentrando a Constituição Federal vigente. Para tal, será necessário fazer este texto voltado para aspectos históricos sobretudo usando historiadores que trazem em seus estudos embasamento para justificar o artigo de conclusão de curso, estudiosos como Freyre (1933), Silva (2006), Barroso (2007) e Cunha (1994).

Palavras-chave: Índios. Constitucional. História. Brasil. Direito

## 1 INTRODUÇÃO

Durante séculos, os índios foram relegados a situação de estrangeiros nas suas próprias terras, tendo seus diversos dialetos proibidos através das arbitrariedades das políticas linguísticas que primeiramente Portugal implementou e posteriormente o império dos Bragança consolidou com a valorização do Português como língua oficial do Brasil. Todos esses processos afetaram e ainda afetam toda a cultura indígena de forma praticamente irreparável.

A invasão das terras tupiniquins foi e ainda o é determinante para as transformações radicais que os nativos passaram no decorrer de cinco séculos ditos de colonização. Através da tradição da teoria social crítica, pode-se destacar elementos teórico-metodológicos significativos para a construção deste artigo fundamentado em bases históricas e sociais vividas

---

\*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em julho de 2020, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. M.a. Rebecca Falcão Viana Alves.

por esses povos, busca captar por uma vertente atual as ameaças que a continuidade da existência da vida indígena, no tocante as atitudes que os novos “colonizadores” têm tomado ao falarmos sobre o direito indianista.

Os primeiros habitantes sofreram todos os tipos de agressões culturais<sup>1</sup>, não apenas o controle linguístico por meio de decretos e forma bruta, mas também o controle da crença religiosa com a catequização feita pelos jesuítas, que tinha o dever de proteger os índios com as Missões<sup>2</sup>. Estas eram vistas como heroicas pelo fato de que os europeus tinham plena convicção de poderiam salvar os povos que não tinham fé no Deus cristão, aliado a isso, os povos indígenas seriam incorporados à sociedade e de maneira gradativa perderiam a identidade<sup>3</sup>. Todos esses argumentos conduziam a um único denominador comum: a aculturação dos índios, ou seja, o abandono de sua forma de vida peculiar em favor da ‘cultura dominante’.

De acordo com Almeida (2010, p. 31), “(...) em toda a América havia inúmeros povos distintos que foram chamados de índios pelos europeus que aqui chegaram (...)”, catalogados pelos portugueses com o intuito de viabilizar o projeto de colonização das terras brasileiras.

No século XV, a perspectiva eurocêntrica<sup>4</sup> demonstra a ideia de que o colonizador era o homem europeu branco e que tudo que não fizesse parte desses estereótipos estaria a margem da sociedade da época. Porém ele passa a ser assumido historicamente como uma definição estratégica de um grupo social no processo geral de organização e reivindicação política. (SILVA, 2018, pag.3)

Os direitos indígenas<sup>5</sup> partem dessas reflexões e estas se fazem indispensáveis para compreender as diversas modificações sofridas na tutela indigenista a partir da Constituição

---

<sup>1</sup> O conceito de cultura é amplo e representa o conjunto de tradições, crenças e costumes de determinado grupo social. Ela é repassada através da comunicação ou imitação às gerações seguintes. Dessa forma, a cultura representa o patrimônio social de um grupo sendo a soma de padrões dos comportamentos humanos e que envolve: conhecimentos, experiências, atitudes, valores, crenças, religião, língua, hierarquia, relações espaciais, noção de tempo, conceitos de universo.

<sup>2</sup> As missões eram povoados indígenas criados e administrados por padres jesuítas no Brasil Colônia, entre os séculos 16 e 18. O principal objetivo era catequizar os índios. A catequização, no entanto, tinha efeitos colaterais que não interessavam aos conquistadores portugueses.

<sup>3</sup> A palavra identidade está associada, historicamente, ao que algo é. Na Filosofia, a essência é a definição do que algo é, ou seja, a identidade é a definição da essência. A identidade cultural não está distante da definição de identidade, pois ela é a identificação essencial da cultura de um povo. O que um povo produz linguística, religiosa, artística, científica e moralmente compõe o seu conjunto de produção cultural. Esse conjunto tende a seguir certos padrões dentro de sociedades, o que cria um aspecto identitário para as culturas de determinadas sociedades.

<sup>4</sup> O eurocentrismo é uma visão de mundo centrada em valores europeus, colonizadores ou racistas. Assim, esse conceito descreve o processo em que a Europa se constitui como o centro de poder no mundo, principalmente com a colonização.

<sup>5</sup> 2 Urge distinguir os termos “direitos indígenas” e “direito indigenista”. O primeiro corresponde às normas de conduta interna, historicamente construídos por um determinado grupo indígena, seu direito costumeiro, consuetudinário; já o direito indigenista corresponde ao ramo do direito positivo voltado à regulação das relações existentes entre índios e Estado e entre índios e não-índios. Tendo consciência da diferença existente entre as duas

brasileira de 1988, quando o vetusto paradigma da assimilação cultural fora substituído pela proteção à diversidade cultural. A Lei Magna veio com medidas protecionistas principalmente em relação a parte de identidade indígena garantindo sua liberdade física e cultural, reconhecendo suas tradições, costumes, crenças, línguas, religião e, sobretudo, o direito a continuar a ser que sempre foram: índios, vivendo como índios. Também consagrados os direitos culturais, assim como, constitucionalmente, o direito originário que legislam sob os seus direitos a terra, estruturando um regime especialíssimo de posse e propriedade, com limitações expressas à atuação dos não-índios.

Portanto, este artigo realizará uma análise das consequências que as transformações trouxeram nas áreas já mencionadas e outras que possivelmente serão encontradas durante as pesquisas. Tais como capacidade civil indígena, exploração dos recursos minerais em suas terras, demarcação dos territórios tapuios e nas políticas públicas. Inicialmente, destacaremos os contextos históricos de forma que possamos visualizar o direito indianista, desde do trabalho dos jesuítas até o advento da Constituição de 88. Tendo como base de pesquisa o método bibliográfico e histórico para elaboração deste trabalho, contamos também com uma pesquisa jurisprudencial do ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 O PAPEL DO ÍNDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **2.1 MISSÕES JESUITÍCAS E SEUS DESDOBRAMENTOS DENTRO DA COLÔNIA**

Na época que os portugueses chegaram ao Brasil, existiam aproximadamente 10 milhões de índios, derivados de troncos étnicos diferentes, assim culturalmente e socialmente estes se relacionavam, obviamente que o tupi-guarani não foi a única língua falada no Brasil pelos índios, mais de mil línguas eram faladas pelos nativos que aqui habitavam. Isso gerou dificuldades na comunicação dos religiosos cristãos e as populações aborígenes, porque jesuítas tentaram unificar o processo linguística para que os índios falassem a língua deles, no entanto também existiam jesuítas de vários países, não apenas de Portugal, isso tornou o processo linguístico dos nativos ainda mais difícil. Logo, era comum que em uma tribo os índios tivessem

---

nomenclaturas, e por razões meramente didáticas, optamos por fazer uso da expressão “direitos indígenas” para designar os direitos consagrados pelo ordenamento jurídico aos silvícolas do País, sinônimo à expressão ‘direito indigenista’; quando nos reportarmos ao direito interno das comunidades índias lançaremos mão de termos como direito consuetudinário ou direito costumeiro.

contanto com várias línguas europeias (FEIJÓ, 2014, pag.5).

Apenas depois dos decretos impostos pelo Primeiro Ministro do rei D. José, o Marquês de Pombal<sup>6</sup>, os índios foram obrigados a se adequar as leis portuguesas, especificamente as linguísticas, onde foi instituído que o português seria a única língua falada no Brasil. O que levou a extinção das línguas dos nativos, ademais, Sebastião José expulsou de maneira violenta os jesuítas do Império Português, determinando ainda que a educação na colônia passasse a ser transmitida por leigos nas chamadas *Aulas Régias*. (OLIVEIRA, 2004, pag. 15)

Em 1755, houve a criação e implementação de leis voltadas para a população indígena, a exemplo da Lei da Liberdade dos Índios, que proibia que os índios fossem escravizados, tornando a prática ilegal sob quaisquer circunstâncias e da Lei da Mestiçagem, que incentivava a mestiçagem, entre os índios e os portugueses. Essas leis possibilitaram a criação do primeiro alvará no que se refere ao ensino de línguas, chamado de Lei do Diretório dos Índios, ela foi confirmada no dia 27 de agosto de 1758, inicialmente a aplicação da lei ficou restrita ao Estado do Grão Pará e Maranhão, para que logo depois se espalhasse por todas colônias portuguesas (LEITE, 2019, pag.6).

Complementando esse "pacote" de medidas, o governo pombalino procurou dar maior uniformidade cultural à colônia, proibindo a utilização de outros idiomas e tornando obrigatório o uso do idioma português. Alguns estudiosos da história afirmam que foi com esta medida que o Brasil deixou o rumo de ser um país bilingue. Para completar o raciocínio, Feijó (2014, pag. 10) diz:

No Brasil império manteve-se o reconhecimento dos direitos dos índios sobre suas terras, bem como a permissão de sua escravidão (Carta Régia de 02/12/1808). A Constituição imperial, de 1824, nada mencionou acerca dos silvícolas, no entanto, o Ato Adicional à Constituição do Império, de 12/08/1832, determinou que caberia ao Governo a catequização e civilização dos índios. O Decreto de 30/06/1833, aliado ao Regulamento 143 de 15/03/1842, criou o sistema da tutela orfanológica, atribuindo aos juizes de órfãos poderes especiais em relação à pessoa e aos bens dos índios, capaz de elidir, inclusive, o pátrio poder, num claro reconhecimento da incapacidade do índio para gerir sua própria vida e seus bens. Com a Lei de Terras (Lei 601/1850) o território nacional fora

---

<sup>6</sup> Antes de ocupar essa posição de grande autoridade no Reino português, Sebastião José de Carvalho e Melo havia sido diplomata em Londres (1738 – 1744) e em Viena (1745 - 1749). O seu primeiro título de nobreza foi de Conde de Oeiras em 1759 e por fim se tornou Marquês de Pombal em 1769. Para Maxwell (1996, p.1), Pombal, “para todos os efeitos governou Portugal entre 1750 e 1777”. Durante o reinado de D. José I (1750-1777), Carvalho e Melo migrou entre cargos muito importante para a nação, este foi nomeado Secretário dos Negócios Estrangeiros e da Guerra (1750), e depois Secretário dos Negócios do Reino (1755). A tradição histórica tornou o ministro-chefe do rei José I de Portugal conhecido pelo papel de benfeitor onisciente que teria desempenhado. A partir de suas medidas de alinhamento iluminista, foi possível perceber que todos os esforços de Pombal iriam denotar um anseio de promover um tipo desejado de homem e sociedade, os quais, antes de mais nada, necessitavam ser preparados. Isso é uma afirmação recorrente para os estudiosos do Marquês, visto que sua forma de governar foi “onipresente” (FALCON, 1993, p.381).

dividido entre terras públicas, terras particulares e terras devolutas, estas que, dentre outras finalidades, se destinariam, na extensão necessária, à colonização dos indígenas.

## 2.2 LEGISLAÇÃO VIGENTE NO SÉCULO XX

No início do século XX, os direitos indianistas não eram tratados como relevantes socialmente ou politicamente para a República Velha, por conta vários fatores, entre eles se destaca a disputa por terras. Havia um déficit na Constituição de 1891, esta não abordava de forma plena toda complexibilidade que a situação dos direitos indígenas exigia, especialmente, um possível reconhecimento de terras anteriormente feito pela Coroa Portuguesa. Poucas terras tinham sido destinadas aos índios, quiçá nenhuma, portanto, os índios ainda eram vistos como um problema que ninguém tinha interesse em resolver, para não se indispor com os apoiadores da República (em sua maioria grande latifundiários insatisfeitos com o Império) que gozavam das terras dos índios, a República optou pelo silêncio. (LEITE, 2019, pag. 8)

Entretanto, ocorreu uma forte pressão por parte de órgãos internacionais por conta das condições indígenas e dos trabalhadores do campo brasileiro, assim foi criado, em 1910, o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, que em 1918 se tornaria o Serviço de Proteção aos Índios, o SPI. Em razão das dificuldades enfrentadas pelo órgão para atuar na amplitude das demandas de tantos grupos sociais, o SPI passa a atuar exclusivamente com as demandas indigenistas.

De acordo com o site oficial da FUNAI, O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais foi criado, a 20 de junho de 1910, pelo Decreto nº 8.072, tendo por objetivo prestar assistência a todos os índios do território nacional (OLIVEIRA *apud* BRASIL, 1947). Os regulamentos e regimentos do SPI estiveram voltados para o controle dos processos econômicos envolvendo os índios, estabelecendo uma tipologia para disciplinar as atividades a serem desenvolvidas nas áreas. Era uma classificação que definia o modo de proceder e as intervenções a serem adotadas, disciplinando a expansão da cidadania.

Em sequência, o Código Civil de 1916 põe fim a tutela da época imperial, determinando expressamente a incapacidade relativa dos índios para os atos da vida civil, sujeitando-os ao regime tutelar a ser disciplinado em lei específica, salientando, em seu parágrafo único, que esta incapacidade cessaria a medida que fossem se adaptando à civilização do País. A regulação específica exigida pelo Estatuto Civil veio em 1928, através do Decreto 5.484, que tratava da situação dos índios nascidos no território nacional e expressamente liberava os silvícolas da tutela orfanológica vigente nas Ordenações do Reino, reputando nulos os atos praticados pelos

índios sem a devida representação do Estado, que na época se dava através do Serviço de Proteção ao Índio (FEIJÓ, 2010, pag. 52).

Ainda em Feijó se tem a seguinte conclusão:

Em verdade, a extinção da tutela orfanológica pelo Código Civil de 1916, regulado pelo Decreto 5.484/1928, somente conduziu à transferência da gestão da pessoa do índio e de seu patrimônio do juiz de órfãos para o órgão indigenista, persistindo o equívoco da assimilação. Não se compreendia o direito a diferença, não havia o respeito à alteridade e ao direito do outro de escolher levar a vida que quisesse. Cegamente se pretendia extirpar a cultura tapuia do planeta, introduzindo o índio no nosso modo de vida, civilizándolo-o, como se essa fosse a única opção possível, como se a integração fosse a vontade desses povos. (FEIJÓ, 2010, pag. 8)

Em 1934<sup>7</sup> foi criada a primeira Constituição brasileira que tratava dos direitos indígenas, assegurando a posse dos nativos sobre as terras que permanentemente se achem localizados, vedada sua alienação, competindo à União a política indigenista nacional, que se voltava para a integração dos tapuios à comunhão nacional. A Constituição de 1937, também chamada de Constituição “polaca<sup>8</sup>”, repetiu a disposição em seu artigo 154<sup>9</sup>.

O Decreto 5.540/1943 foi responsável pela criação do dia nacional do índio, este comemorado na de 19 de abril. Por sua vez, o Decreto 58.824/1966 promulgou a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) voltada para a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais. Tida por longo tempo como um dos mais importantes mecanismos internacionais de proteção aos interesses dos povos indígenas, com a mudança de mentalidade política e compreensão do direito à diversidade, a Convenção 107 acabou sofrendo resistência. (ALMEIDA, 2010, pág., 50)

A Constituição brasileira de 1946<sup>10</sup>, em seu art. 216, respeita a posse dos índios sobre suas terras desde que não sejam alienadas. Com a Constituição de 1967, as áreas ocupadas pelos

---

<sup>7</sup> A Constituição de 34 trouxe inovações para o ordenamento jurídico do Brasil instituiu: Voto secreto; Voto feminino; Legislação trabalhista (previdência social, jornada de trabalho de 8 horas diárias, salário mínimo, férias, etc.); Autonomia dos sindicatos (na prática, porém, havia corporativismo e cooptação de sindicatos e suas lideranças); Medidas nacionalistas defendendo as riquezas naturais do país; Criação da Justiça Eleitoral; Obrigação de as empresas manterem, no mínimo, dois terços de empregados brasileiros.

<sup>8</sup> Em 1937, Getúlio Vargas concretizou um golpe de estado que iniciaria um período de ditadura de oito anos, que se estendeu até 1945: o Estado Novo. Curiosamente, essa ditadura estava prevista na Constituição, que legitimava os poderes absolutos do ditador, enquanto direitos humanos eram recorrentemente violados pelo aparelho repressor do Estado – a Polícia Especial. A Constituição de 1937, que recebeu apelido de Polaca, por ter sido inspirada no modelo semifascista polonês, era autoritária e concedia ao governo poderes praticamente ilimitados.

<sup>9</sup> Art. 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

<sup>10</sup> A mesa da Assembleia Constituinte, elaborada por Eurico Gaspar Dutra, então Presidente de República (1946-1951), promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias no dia 18 de setembro de 1946, consagrando as liberdades expressas na Constituição de 1934, que haviam sido retiradas em 1938; sendo assim, se trata de, em suma, um resgate histórico da carta constitucional previamente citada, restaurando a democracia imbuída pelo Estado Novo (1937-1946), acrescentando direitos trabalhistas, além do apreço pelo Poder Legislativo.

índios passaram a integrar o patrimônio da União, sendo-lhes assegurado a posse permanente delas e o reconhecimento do usufruto exclusivo dos recursos naturais e das utilidades nelas existentes. Ainda no ano de 1967 fora extinto o SPI e criada como substituta a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), através da Lei 5.371, atualmente responsável pela política indigenista nacional.

A lei acima tratada teve como objetivo reparar não só os danos outrora feito como também o objetivo de preservar os resquícios cultural dos nativos. Isto porque desde o período colonial, a demografia indígena foi reduzida a quase nada, os 5 milhões de índios que habitavam o Brasil se transformaram em aproximadamente 900 mil (SALES, 2017, p.1). Em um dos maiores clássicos da literatura brasileira Casagrande & Senzala, do autor Gilberto Freyre é possível ver uma profunda análise das questões raciais, levando em conta que este disserta seu texto na década de 30 do século XX:

“A reação do domínio europeu, na área de cultura ameríndia invadida pelos portugueses, foi quase a de pura sensibilidade ou contratilidade vegetal, o índio retraindo-se ou amarfanhando-se ao contato civilizador do europeu por incapacidade de acomodar-se à nova técnica econômica e ao novo regime moral e social” (FREYRE, 1933, p.79).

A lei de 5.371/67 que promoveu a Fundação Nacional dos Índios surgiu logo após o fracasso do Serviço de Proteção ao Índios, este órgão foi criado em 1910 com o objetivo de prestar assistências comunidades indígenas, no entanto, a corrupção, genocídio, ataques de fazendeiros e ineficiência do governo federal e estadual para com os nativos geraram a extinção do órgão.

Em seu primeiro artigo, já temos referencias das diretrizes que iriam seguir para melhorar a qualidade de vida indígena:

Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com as seguintes finalidades:

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais (BRASIL, 1967).

A partir daí, se fez necessário a criação de outro órgão que pudesse ser eficaz na proteção dos índios, visto que o Brasil passava por momentos de progresso industrial, a exemplo de construção inovadoras para época como hidrelétricas, estradas de ferro, entre outros, inclusive reformulação administrativa durante o período de ditadura militar (1964 – 1988). Porém o decreto não foi tão valorizado e seguido como era previsto pelo Governo por causa das prioridades de pautas que existiam no setor administrativo.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, responsável pela modificação na Constituição de 67, manteve o reconhecimento do direito dos índios sobre suas terras “(...) e o usufruto exclusivo das riquezas naturais nelas encontradas, bem como patrimônio da União, a quem compete legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunidade nacional” (BRASIL, 1969). Percebe-se que ainda nesta época predominava o paradigma da assimilação cultural e consequente incorporação do índio à sociedade “civilizada”.

O Estatuto do Índio atribui à Funai a “(...) responsabilidade de único agente responsável pela definição do que é terra indígena e pela demarcação em todas as ‘etapas’. O ato final de homologação fica sob a prerrogativa do presidente da república.” (SILVA *apud* GOMES, 2012). Mesmo sendo um período de opressão é um marco histórico-cultural a valorização e proteção em lei dos nativos, esses 14 artigos previam garantias, logo no seu primeiro artigo como:

(...) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais; garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes; preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional; resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas(...) (BRASIL, 1967, p.1).

Assim também está previsto no *caput* do prime que a Fundação terá uma personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio.

### 2.3 O CARÁTER INDIANISTA DA CONSTITUIÇÃO DE 88

Após o fim da Ditadura Militar, o Brasil entrou em processo de democracia legitimada pela Constituição de 1988, apelidada e Constituição Cidadã, ela foi outorgada depois de meses de discussão no Congresso Nacional, pelo então presidente da Câmara de Deputados, Ulysses Guimarães, resumindo a Constituição de 1988 se caracteriza por ser amplamente democrática e liberal – no sentido de garantir direitos aos cidadãos, incluindo os direitos do Índios.

A Carta Magna consagrou em seu texto algumas disposições importantes em relação aos direitos dos nativos, entre eles temos o direito às terras que estes já ocupavam tradicionalmente, também temos previsto o direito étnico “(...) sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições(...)” (BRASIL, 1988), previsto no artigo 231<sup>11</sup> da Constituição Federal, e no artigo 232<sup>12</sup> consta sobre as capacidades processuais dos índios para mover ações e assim como se defender destas.

## 2.5 PREVISÃO DE CAPACIDADE CIVIL

Como dito, está disposto no art. 232, que confere aos índios e a suas tribos legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, não exigindo representação ou assistência de quem quer que seja. Esse dispositivo põe fim ao retrogrado instituto do regime tutelar que vigia até então, com respaldo no Estatuto do Índio, e que considerava o autóctone um incapaz, devendo o órgão indigenista federal, assisti-lo em todas as situações sob pena de invalidade do ato.

Em verdade, o Estatuto do Índio reproduzia as normas constantes no Código Civil de 1916, que tratava o silvícola como relativamente incapaz, cessando a sua incapacidade a medida que fosse se adaptando à civilização do País, revelando a transitoriedade com que a condição indígena era tratada na época. Protegia-se para integrar, acreditando-se sinceramente que a integração fosse o melhor para o índio, e uma vez integrado o tapuio deixaria de ser índio e perderia os direitos inerentes a esta condição.

---

<sup>11</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

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

<sup>12</sup> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Esse quadro mudou a partir de 05 de outubro de 1988, quando o índio no Brasil passou a ter o direito a ser índio (SOUZA FILHO apud SILVA, 2008, pag. 107), não havendo mais o que se falar em incapacidade, mormente em face do art. 232 supra mencionado (BARRETO, 2008, pag. 40), fazendo bem o novo Código Civil em deixar a temática para a legislação específica (art. 4º, parágrafo único). Não se objetiva mais a incorporação do silvícola ao nosso *modus vivendi*, pelo contrário, protege-se o seu direito de viver conforme suas tradições culturais, a viver como índio.

## 2.6 DIREITO A POSSE DOS NATIVOS

Ao certificar o caráter originário da posse indígena sobre as terras que habitam a Lei Maior ainda admitiu a ancestralidade desse vínculo entre o índio e a terra, o que justifica a necessária proteção casada da terra e da cultura silvícola. Um direito originário, saliente-se, precede a qualquer outra forma de ocupação territorial, o que a CF avalizou mais adiante, no §6º do art. 231<sup>13</sup>, ao declarar que são nulos, não produzindo qualquer efeito jurídico, “(...) os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas” (FEIJÓ, 2019, p.16).

Isto porque o índio possui um relacionamento de intimidade para com o meio ambiente no qual se encontra inserido. Não é qualquer terra que reproduz uma cultura indígena, mas a “mãe-terra” na qual o índio nasceu e se criou, onde os seus antepassados conviveram e se encontram sepultados.

O resgate histórico e espiritual do grupo se conecta ao território habitado imemorialmente. Daí porque a Constituição veda a remoção dos grupos tapuios de suas terras tradicionais, o que somente será possível em face de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a sobrevivência da própria tribo, ou no interesse da soberania do País, após referendo do Congresso Nacional.

Outro importante direito assegurado aos índios pela Constituição refere-se ao disposto no §2º do artigo 210<sup>14</sup>, que garante, quando do ensino fundamental, a utilização da língua

---

<sup>13</sup> Art. 231, § 6º. “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.

<sup>14</sup> Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

materna indígena juntamente ao português, e da manutenção dos processos próprios de aprendizagem. O dispositivo consagra o bilinguismo e torna coerente as proposições da própria Constituição, tendo de um lado a educação, um direito de todos inclusive indígenas, por outro a conservação e valorização de seus costumes e tradições históricas. Dessa norma defluiu importantes diretrizes e implicações na formulação de políticas públicas voltadas à satisfação do direito indígena à educação

### **3 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em observância do julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em 2009, a Suprema Corte Federal decidiu pela demarcação contínua da área, reconhecendo que a terra para os indígenas ostenta um caráter de ancestralidade e resgate histórico das tradições e simbolismos da comunidade, reconhecendo, ainda, a originalidade dos direitos nativos sobre suas terras, prevalecendo sobre qualquer outro título, inclusive sobre os pretensos direitos adquiridos de não-índios, reafirmando o caráter meramente declaratório da demarcação, revelando a sensibilidade com que a Corte se debruçou sobre a questão.

O direito ao usufruto exclusivo compreende não só o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras, como ainda proporciona o produto da exploração econômica de tais riquezas naturais, sendo privativo dos indígenas as atividades de coleta, caça e pesca. Vale dizer, então, que é proibido a qualquer indivíduo não-índio a exploração das riquezas naturais em terras indígenas, muito embora seja perfeitamente possível aos aborígenes à exploração desses recursos naturais, ainda que com fins ao desenvolvimento de uma atividade economicamente útil, e não só para a mera subsistência.

Vale recordar que, no caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que o direito ao usufruto exclusivo não exclui a convivência entre índios e não-índios, sendo possível a abertura de vias e instalação de plataforma de fornecimento de serviços públicos, obstando por sua vez a possibilidade de os indígenas interditar ou bloquearem as vias, cobrar pedágio ou inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

Da mesma forma, ao afirmar a compatibilidade entre terras indígenas e zonas de fronteiras, ressaltou a prerrogativa das forças armadas e da polícia militar em nelas adentrar e estabelecer suas bases sem necessidade de obter autorização de quem quer que seja.

Vejamos parte do voto do Ministro Relator, Carlos Britto:

---

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

(...)9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda (...)11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. (...) 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". (...) Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, (...) A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. (...)12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS

TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela idéia de continuidade. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). STF. Tribunal Pleno. Pet. 3388/RR (STF, 2013, online).

Por oportuno, cabe introduzir o questionamento quanto à possibilidade, ou não, de os próprios índios poderem extrair as riquezas minerais de suas terras, o chamado “garimpo indígena”. A doutrina e alguns julgados já haviam se posicionado no sentido de diferenciar o garimpo indígena, técnica artesanal e de baixo impacto ambiental, da mineração industrial, incluindo a primeira como integrante do usufruto exclusivo destinado aos índios pela Constituição, com respaldo, ainda, no art. 44 do Estatuto do Índio que garante ao silvícola o direito exclusivo de exercer a garimpagem, à cata e a faiscação em suas terras.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O processo histórico pelo qual passaram os nativos das terras brasileiras é visto como um dos maiores genocídios do mundo, muitos foram mortos por diversos motivos eternamente injustificáveis. Apesar de medidas estarem sendo tomadas desde da Constituição Federal de 34, poucas estão sendo cumpridas, ou seja, se tornam apenas leis que apesar de ostentar no papel direitos, garantias e deveres, na realidade, há a ineficácia para resolver conflitos reais que os primeiros habitantes ainda passam depois de cinco séculos de “colonização”.

Mesmo que haja problemas graves presentes na execução das leis indígenas dentro da sociedade capitalista que vivemos, é importante destacar o avanço normativo e social que trata dos direitos dos povos indígenas no Brasil. A aceitação social de que as terras indígenas são “direitos originários”, ou seja, antecedem a criação do próprio Estado brasileiro, é fundamental para o crescimento social do povo brasileiro como um todo, afinal de contas não podemos viver como estranhos para sempre.

Um dos aspectos que mais atrapalham os processos de demarcação das terras indígenas está justamente na bancada ruralista no Congresso Nacional brasileiro, estes que foram eleitos para representarem os direitos de toda a população brasileira, acabam usando de seus cargos para legislarem em proveito próprio, aprovando medidas que ajudam apenas aos seus. Enquanto isso, a Funai se encontra em um eterno momento de reestruturação (sucateamento, terceirizações, nomeações de militares para presidência), que persistem em atrapalhar novas propostas e até mesmo antigas propostas de mudanças significativas nos processos de

demarcação de terra e códigos que regulamentam a exploração de recursos naturais no território brasileiro por parlamentares conservadores da direita representantes do agronegócio.

Atualmente existem cerca de 12,2% terras indígenas que são regularizadas do território nacional, localizadas em todos os biomas, com concentração na Amazônia Legal. A demarcação das terras indígenas é extremamente relevante porque através dela será possível garantir a segurança dos índios em um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência conforme legisla a Carta Magna.

O modo de vida indígena está permanentemente em ameaça, sejam elas morais, verbais ou físicas, muitos se enganam achando que apenas encontramos índios nas florestas, estes também vivem na caatinga sertaneja, no sertão aos litorâneos, que passam a assumir vida de migrantes evitando os grandes centros, onde podem extrema pobreza ou crimes em razão da sua etnia.

A omissão do Poder Público faz com o índice de suicídio, desassistência na área de saúde, morte por desassistência à saúde; mortalidade infantil, disseminação de bebida alcoólica e outras drogas, desassistência na área de educação escolar indígena; desassistência geral se agrave, a medida que os nativos percebem que estão sendo tratados fora do que é previsto em lei.

Atualmente, há uma mobilização seletiva em praticar o isolamento social por conta de uma pandemia mundial, no entanto, poucas medidas sanitárias estão sendo tomadas, visto que FUNAI trabalha de forma precária para “assuntos corriqueiros”, levando a crer que não irá proteger os índios da melhor maneira possível, enquanto, ao mesmo tempo acontece a famosa “dança das cadeiras” para decidir quem qual militar ocupará órgãos estratégicos.

Em 2015 foram apresentados dados nacionais sobre as diversas formas de violência sofridas pelos povos indígenas brasileiros entre elas temos: violência contra o patrimônio; violência contra a pessoa ; violência por omissão do os processos de demarcação, considerando as pressões constantes do grande capital através do agronegócio que amplia os processos de expropriação dos povos indígenas de suas terras.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Celestino de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: Vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: NETO, Cláudio Pereira de Souza;

BRASIL. **Emenda Constitucional n° 1 de 1969**, 17 de outubro de 1969.

BRASIL. **Lei n. 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: Acesso em: 14 de setembro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: Acesso em: 14 de setembro de 2019.

IBGE, **Os indígenas no Censo Demográfico de 2010**. Disponível em: Acesso em: 14 de setembro de 2019.

FALCON, Francisco J. C. & RODRIGUES, Cláudia. **A “Época Pombalina” no mundo lusobrasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. **Proteção à identidade indígena e quilombola: Uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional**. Revista Constituição e garantia de direitos. Natal:Vol. 04, ano II, Fev-Ago, 2011. Disponível em: <<http://www.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/PPGD/issue/view/40/showToc>>. Acesso em: 19 de março de 2020

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. **A casuística latino-americana de exploração de petróleo em terras indígenas: o desafio da concretização dos direitos humanos em prol das comunidades impactadas**. Revista Direito E-nergia. Ano II, 2ª Ed. Natal-RN: Janeiro-junho, 2010. Pags. 1-20. ISSN 2175-6198. Disponível em: <<http://www.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/DireitoE-nergia/article/viewFile/33/69>>. Acesso em: 12 março 2020.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. **Aspectos jurídicos acerca da exploração e produção de petróleo e gás natural em terras indígenas**. 2009, 96 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. **Exploração de petróleo em terras indígenas: À procura de um marco legal**. Revista Direitos culturais. Programa de pós-graduação em direito – Mestrado da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Vol. 5. N° 9. p. 157-178. julho/dezembro 2010. disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/issue/view/23>>. Acesso em 02 março 2020.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2005.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Índios do Brasil**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em 04 fev. 2020.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Política indigenista**. Disponível em <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista?limitstart=0>>, Acesso em 17 mar. 2020.

LEITE, Emmerly K. N. D. 2019. **O marquês de pombal e suas propostas para a educação brasileira entre os anos de 1757 e 1759**. Disponível em: <<http://educonse.com.br/xiiicoloquio/default.asp?ac=7> >

MAXWELL, Kenneth. **Marquês de Pombal: paradoxo do iluminismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: Acesso em: fev. 2020.

OLIVEIRA, Luiz Eduardo. **A Historiografia brasileira da literatura inglesa: uma história do ensino de inglês no Brasil (1809-1951)**. Campinas: Pontes Editores, 2015.

SALES, Luiza Ribeiro. **A questão indígena no Brasil e as suas políticas públicas**. 2017. 11fl. Trabalho de Conclusão de Curso. UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS BACHARELADO INTERDISCIPLINAR EM CIÊNCIAS HUMANAS. Juiz de Fora.

SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA. Elizângela Cardoso de Araújo. **Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n133/0101-6628-sssoc-133-0480.pdf>. Acesso me: 14 de setembro de 2019.

STF. AÇÃO POPULAR: Pet. 3.388 RR. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ: 23/10/2013. **Portal do STF**. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 maio 2020.