

INDÍOS: EM BUSCA DE CRITÉRIOS PARA DEFINIR A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Juliano dos Santos Seger

Cristina Mocellini

Resumo

Resumo: Este trabalho acadêmico se desenvolve no âmbito temático do direito constitucional e tem por objeto a construção do conceito em torno do vocábulo índios. A proposta investigativa busca, por meio de revisão bibliográfica, as noções elementares que a literatura específica propõe e que o âmbito normativo estabelece como parâmetros para definir a condição de índio e, por conseguinte, conferir a titularidade dos direitos constitucionais que integram o estatuto da causa indígena.

Palavras-chave: Direito constitucional. Índios. Titularidade de direitos.

Abstract: This academic work is developed within the thematic scope of constitutional law and has as its object the construction of the concept around the word Indians. The investigative proposal seeks, by means of bibliographic review, the elementary notions that the specific literature proposes and that the normative scope establishes as parameters to define the condition of Indian and, therefore, to confer the title of the constitutional rights that integrate the status of the cause indigenous.

Keywords: Constitutional law. Indians. Ownership of rights.

1 INTRODUÇÃO

Quem são os índios? Eis o questionamento sobre o qual se concentra esta pesquisa, desenvolvida no campo do direito constitucional. A adesão temática nessa área jurídica decorre da previsão constitucional que reserva um capítulo especial, nos artigos 231 e 232 da Constituição brasileira, ao que

se convencionou denominar estatuto da causa indígena, um conjunto de direitos e garantias fundamentais das minorias étnicas em questão.

O objetivo deste estudo consiste em compreender o alcance do vocábulo índios, tal qual expresso no texto constitucional, para assim delimitar a titularidade da gama de direitos e garantias assegurados no plano normativo supremo. Trata-se de estabelecer a premissa elementar do fator humano sobre o qual gravitam direitos à conservação da própria cultura, à alocação territorial protegida, ao usufruto dos direitos naturais e assim por diante.

Como caminhos a serem seguidos na proposta de solução à questão que move o trabalho, algumas hipóteses podem ser lançadas para delimitar o conceito de índios: a) apenas aquelas pessoas com vínculo sanguíneo com antepassados indígenas; b) apenas quem resida em terras indígenas; c) apenas quem se identifique com determinada etnia indígena; d) apenas quem seja reconhecido pelos demais integrantes de certa etnia indígena.

Por meio de revisão bibliográfica da literatura específica, pretende-se colher o conjunto de elementos necessários à conceituação proposta, buscando também em fontes normativas e julgados sobre a matéria os argumentos que possam contribuir para tal desiderato. A organização desses dados segue o método lógico-dedutivo e, da mesma forma, a disposição textual orienta-se de aspetos gerais a aspectos específicos.

Num primeiro segmento do texto, trata-se do paradigma de assimilação e aculturação que norteou o processo de colonização do território brasileiro e sua influência nas relações estabelecidas entre conquistadores e os povos nativos e no ordenamento jurídico então formado. Em seguida, reúnem-se as noções do paradigma da alteridade inaugurado com a ordem constitucional vigente e, nesse contexto, procura-se identificar os requisitos que conferem a condição de titular dos direitos indígenas.

2 DESENVOLVIMENTO

A formação de paradigmas em meio ao fluxo colonial e ao influxo decolonial

A leitura histórica do processo de formação do povo brasileiro, com seu marco inicial na conquista quinhentista, permite constatar a construção de um paradigma de aculturação nos quase cinco séculos de colonialismo, que vem sendo revertido a passos lentos pelo movimento decolonial vivenciado nas últimas décadas. Desde o prisma jurídico, talvez a grande guinada nesse processo de aculturação tenha ocorrido com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tomada como marco normativo deste estudo.

Nesse contexto, a parte contextual ora apresentada procura angariar elementos para a compreensão do paradigma integracionista que orientou a interação entre os colonizadores e os povos colonizados, numa marcha destinada a reproduzir na colônia os padrões lusitanos de ser e viver, com o paulatino abandono dos trejeitos locais. Também se pretende reunir, num passo seguinte, as nuances que formam o paradigma de alteridade que confere ao índio o direito de ser ou permanecer índio e, assim, permite o resgate de sua identidade cultural. E, enfim, estabelecer as premissas para definir a titularidade dos direitos indígenas.

2.1 Colonialismo e o paradigma da assimilação

A Carta de Pero Vaz de Caminha eterniza o momento da chegada à nova terra e, desde o ponto de vista dos conquistadores, a percepção de uma latente diferença nos originários habitantes do território brasileiro. Ora, aqueles homens pardos, nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas, empunhando seus arcos e setas, certamente não davam sinais de semelhança ou identificação com o estilo de vida dos colonizadores.

O que se vivenciou ao longo da secular marcha colonizadora, desde o ponto de vista dos povos originários, foi um ato de invasão das terras sobre as quais, até então, os índios eram historicamente senhores (CUNHA, 2012). Segundo Colaço (2013), esse movimento resultou na ocupação e usurpação das terras indígenas e sua divisão em conformidade com interesses políticos

e econômicos dos colonizadores, num processo que impôs aos povos indígenas a perda da liberdade, a escravização e a supressão de sua cultura, com total desconsideração à sua organização social.

Os constantes conflitos e aproximações entre colonizadores e colonizados, ao longo de séculos, produziu um processo de aculturação, por meio do qual os povos originários, vistos como primitivos pela metrópole, viriam a integrar-se na cultura ditada pelos padrões eurocêntricos, considerados mais evoluídos e civilizados. A essência da ideia de assimilação, assim delineada, formou o paradigma de convívio social e forjou a construção de uma ordem jurídica com o mesmo viés (SEGER, 2019).

As relações amistosas havidas nas três primeiras décadas do descobrimento tomaram outros rumos com a ocupação do território, que demandou a criação de uma legislação indigenista para garantir o direito dos colonizadores. E, ao longo dos séculos, o processo legislativo correu com enfoque na normatização e regularização das relações de exploração do colonizador em relação aos colonizados, sem qualquer preocupação com os direitos das populações autóctones (COLAÇO, 2013).

O Regimento de 1548, considerado a primeira Constituição do Brasil, tinha a paz com os índios como pressuposto para que os cristãos pudessem povoar o território. Mas também admitia a declaração de guerra aos inimigos, reputando justa a guerra aos índios em casos como a oposição de empecilho à propagação da fé católica, o ataque a povoados ou fazendas portuguesas, a antropofagia (ato ritual de comer uma ou várias partes de um ser humano), e o fato de aliarem-se a inimigos; tais fatos permitam ao rei declarar a "guerra justa", não obstante, os governadores das capitanias hereditárias também realizavam tal ato. E desde logo assimilação se instrumentalizou nos ajuntamentos de aldeias indígenas próximas aos povoados cristãos, para melhor doutrinação (GOMES, 2012).

A legislação quinhentista pode ser considerada pendular, na medida em que determinava bom tratamento aos indígenas que se submetam à catequese, mas também permitia que se declarasse guerra aos que se mostrassem inimigos e permitia a destruição das aldeias, a submissão dos

índios ao cativo e à morte como exemplo aos demais. Ademais, a proibição de colocar os índios em cativo contrastava com a possibilidade de tornar cativos os tomados em guerra justa e os saqueadores (SANTOS FILHO, 2006).

Segundo Colaço (2003), a legislação do primeiro e do segundo séculos coloniais revela certo conflito de interesses entre os colonos e a Igreja, no que se refere à forma como lidar com as questões de convívio com os índios. Para o clero, a catequese seria o meio pelo qual poderiam promover a civilização dos indígenas de forma pacífica; aos colonos, por sua vez, interessava apenas explorar a mão de obra, ainda que por meios violentos.

A autora ainda refere que a legislação setecentista, marcada pela política integracionista do Marquês de Pombal, pretendia amenizar a violência física contra os índios, propiciando a sua desintegração cultural. O Alvará de 14 de abril de 1755, igualava os direitos referentes ao trabalho dos colonos e indígenas, fomentava o casamento inter-racial e proibia a fala das línguas nativas, instituindo o português como língua oficial (COLAÇO, 2013).

O apanhado legislativo permite verificar que a estrutura de poder estabelecida no período colonial se legitimou em bases legislativas produzidas em prol dos interesses exclusivos da Coroa portuguesa, em um emaranhado de nuances políticas, econômicas e religiosas. E os períodos de liberdade indígena, poucos e curtos, coexistiram com contínuas as entradas oficiais, guerras de extermínio e bandeiras de predação de índios. Embora em uma ou outra ocasião uma lei ou carta régia tenha ressaltado a “liberdade natural” dos índios, ou os considerado “senhores primários” de suas terras, isso sempre se deu em circunstâncias específicas, contextualizadas em meio a mudanças de seus territórios ou atos de descimento para perto de povoamento de portugueses. O direito indígena originário não foi legitimado nem reconhecido pela Coroa em nenhum caso conhecido (GOMES, 2012).

A história constitucional brasileira teve importante marco na proclamação da Independência do Brasil, em 1822. A influência de ideais liberais despertou a necessidade de estabelecer uma política indigenista

que assentasse o fim da escravidão e o surgimento de uma nova raça, denominada brasileira, a ser alcançada por meio a integração e da miscigenação. A Constituição do Império do Brasil, contudo, sequer menciona a existência de índios no território nacional, não apresentando nenhuma proposta de regulação das relações entre índios e não-índios (COLAÇO, 2003).

Com o advento da República e a primeira Constituição republicana, de 1891, permaneceu a lacuna relacionada aos índios. Apenas no plano infraconstitucional – com o Decreto 8.072/1910, o Código Civil de 1916 e o Decreto 5.484/1928 – rompeu-se esse silêncio e os índios passaram a contar com uma política com alguns contornos de proteção (SANTOS FILHO, 2006).

A Constituição de 1934, portanto, figura como primeiro grande marco constitucional relativamente aos direitos indígenas. Esse pioneirismo consiste basicamente na garantia da posse de seus territórios e na atribuição de competência à União para promover a política indigenista. Eis a primeira norma constitucional: “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1934).

Ao denominar os povos indígenas como silvícolas, o constituinte bem reflete o paradigma que os relega a patamar de civilização considerado inferior ao padrão de matriz europeia. Apesar dessa pecha, as primeiras linhas constitucionais reservadas aos índios resguardam a posse das terras por eles permanentemente habitadas, representado notável avanço em relação ao silêncio eloquente dos dois marcos anteriores (SEGER, 2019).

As Constituições de 1937 e 1946 praticamente repetiram esse dispositivo, enquanto a Constituição de 1967 agregou ao direito de posse anteriormente garantido o usufruto dos recursos naturais e demais utilidades: “Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (BRASIL, 1967).

Com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, outras importantes inovações podem ser destacadas,

como a inclusão das terras ocupadas pelos silvícolas entre os bens da União (art. 4º, IV) e a atribuição de competência ao ente federal para legislar sobre nacionalidade, cidadania, naturalização e, também, sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 8º, XVII, alínea "o").

A par dessa ordem normativa suprema, o plano infraconstitucional assenta o Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) e, nesse diploma protetivo, reproduz os postulados do paradigma da assimilação ao discorrer sobre as categorias de índios. Os isolados são assim considerados por viverem "em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional".

Seguindo-se a classificação legal, com disposição Brasil 1973, índios em vias de integração seriam aqueles em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos que conservem "menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceit[e]m algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento". Já, os índios integrados, receberiam essa denominação "quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura".

2.2 O novo capítulo constitucional e o paradigma da alteridade

Depois de duas décadas de regime militar, a Constituição Federal de 1988, contemporânea ao Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, também passa a reconhecer os povos indígenas como sujeitos de direito, e seus direitos coletivos enquanto representação de saberes e conhecimentos originários (WOLKMER, 2013). Por conta da influência dos movimentos indígenas e das entidades de apoio à sua causa, consolidam-se elementos jurídicos capazes de servir de fundamento às relações entre os índios e os não-índios, garantindo a manutenção de seus direitos diante da sociedade nacional (COLAÇO, 2003).

A causa indígena ganha seu estatuto constitucional, elevando-se ao patamar supremo da ordem jurídica brasileira o conjunto de direitos

territoriais, direitos à diversidade étnico-cultural, direito à auto-organização e direito à diferença (COLAÇO, 2013). Assim, a nova Constituição abre novos horizontes para as questões envolvendo os povos indígenas, notadamente em relação à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições das comunidades originárias do Brasil.

E assim surge um novo paradigma em termos normativos, de alteridade e respeito à diferença, cuja consolidação no plano da eficácia constitui árdua tarefa a ser concretizada, na contramão da histórica opressão imposta aos povos indígenas. O entendimento nitidamente pluralista e multicultural constitui o resgate de uma dívida histórica do Brasil com um de seus povos originais e constitutivos da própria nação, oficializando a existência do índio com um ser juridicamente reconhecido, com sua organização social, humana, cultural e, sobretudo, com o direito de ser e manter-se índio (WOLKMER, 2013).

A Constituição, ao reconhecer direitos coletivos a povos indígenas e quilombolas e assegurar-lhes direitos territoriais especiais, seguiu uma orientação claramente multicultural e pluriétnica, rompendo com a tradição assimilacionista para assegurar aos índios o direito de permanecerem como tais, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e trações, e direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas (SANTILI, 2005).

2.3 Índios e os atributos da titularidade dos direitos indígenas

A definição de índios como homens nus e sem nada que lhes cobrisse as vergonhas, por certo, constitui um retrato plasmado no imaginário da literatura universal e também possui grande importância histórica, na medida em que simboliza um colossal choque de civilizações que até então sequer sabiam da existência uma da outra. Contudo, para a finalidade de estabelecer a posição jurídica de titular de direitos, outras noções compatíveis com a realidade atual devem ser construídas.

O próprio Estatuto do Índio, embora externasse adesão aos postulados do paradigma da assimilação, em seu utópico objetivo de estabelecer uma unidade nacional homogênea, traz o conceito de índio ou

silvícola como “indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”. A referida legislação ainda revela a questão da ascendência anterior à chegada de Cristóvão Colombo às Américas, ou seja, precedente ao marco do Descobrimento do Brasil.

O sentimento de pertença deve estar presente no reconhecimento da condição de índio. O indivíduo deve identificar-se com determinado grupo étnico e, de outro lado, ser reconhecido pelos demais integrantes como um dos seus. Afinal, a flexão plural do vocábulo, no texto constitucional, bem sinaliza esse espírito de comunidade, conforme disposto no Estatuto do Índio.

Aliás, o mesmo Estatuto do Índio conceitua comunidade indígena ou tribal como “conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados”.

A interpretação literal do dispositivo legal poderia excluir do conceito de comunidade indígena os integrados à comunhão nacional. Vale lembrar que o Censo Demográfico 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 315.180 dos brasileiros que declararam origem indígena, no universo de 817.963 que assim o fizeram, indicaram residir no meio urbano. Isso significa que boa parte dos índios moram em cidades e, portanto, encontram-se inseridos na comunidade nacional.

Aliás, como bem pondera Colaço (2011), partindo-se do princípio de que todas as culturas são dinâmicas, não haveria razão para negar aos povos indígenas, como qualquer outra sociedade, a possibilidade de se adaptarem às novas tecnologias, sem enfraquecer sua cultura. Afinal, nada impede manter a tradição diante da globalização.

Ainda impende destacar as disposições da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007, segundo as quais “os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou pertencimento étnico, conforme seus costumes e

tradições", o que não significa que estejam impossibilitados de obter a cidadania dos Estados em que vivem.

Ademais, a Convenção 169 da OIT identifica os povos indígenas, aos quais se aplicam suas disposições, por "descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais". E, independentemente da "sua condição jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas".

Barbosa (2007) discorre que a Constituição Federal de 1988 e a Convenção 169 da OIT reconhecem as identidades indígenas como permanentes e não transitórias e por conta das diferenças devem ser respeitadas e protegidas, sendo que as leis que garantem esses direitos são de competência exclusiva para a União legislar.

A título de conclusão, portanto, a definição do vocábulo índios possui, em sua própria flexão plural, a vinculação do reconhecimento dessa condição apenas a quem possua sentimento de pertença em relação a determinada etnia indígena, comungando seus elementos distintivos em relação à sociedade nacional, o que envolve certa via de mão dupla entre reconhecer-se e ser reconhecido como integrante da comunidade.

3 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura um capítulo destacado de direitos e garantias fundamentais aos índios, promovendo o resgate de uma dívida histórica com os povos originários do Brasil. E esse estatuto da causa indígena levanta a discussão acerca de que requisitos devem estar presentes para se reconhecer a condição de índio e, assim, conferir a titularidade desses direitos.

O estudo proposto neste artigo levanta as bases de paradigmas que historicamente nortearam as construções legislativas a respeito das questões indígenas, como uma base para a proposta de definição sobre a qual se

debruça a pesquisa. Em tempos de colonização, o paradigma da aculturação guiou o desenvolvimento de um arcabouço jurídico voltado aos interesses dos colonizadores e detentores do poder político.

A Coroa portuguesa, depois a própria República brasileira, mas sempre a mesma ideia de tutela dos interesses da sociedade envolvente ou unidade nacional, em detrimento dos direitos dos povos originários. Ao relegar ao plano da submissão e obstar qualquer participação dos índios no processo de formulação das normas jurídicas, criou-se o cenário de sonegação de direitos.

O próprio Estatuto do Índio, de 1973, reflete a categorização de índios em três escalas, conforme o critério de maior ou menor assimilação dos traços da cultura envolvente. Os isolados não teriam nenhum contato com o jeito de ser da comunidade nacional, ao passo que os em vias de integração já teriam alguma familiaridade com essa cultura e os integrados teriam um perfil mais homogêneo por conta de sua incorporação à comunidade nacional.

Com a virada histórica que a atual ordem constitucional promoveu, intrincada questão repousa na pergunta em torno de quem seja, ou não, índio. A leitura constitucional, complementada pela Convenção 169 da OIT e pela Declaração de Direitos dos Povos Indígenas da ONU, permite que se afirme a necessidade de se observar a complexa percepção em torno da ascendência, do sentimento de pertença e da conservação dos traços culturais próprios da etnia indígena.

Assim, consideram-se índios aqueles descendentes de determinada etnia indígena que mantenha, como integrante dessa comunidade, o sentimento de pertença, reconhecendo-se como tal, e que também seja reconhecido pelos demais integrantes, de alguma forma conservando sua própria cultura, seus costumes e tradições.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mítia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio. Direito a diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na Constituição brasileira. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 20/2007, p. 43-65, Jul-Dez/2007; In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 4, p. 185-212, Ago/2011.
- COLAÇO, T. L. Os "novos" direitos indígenas. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (org.). Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DECLARAÇÃO das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020
- DECRETO Nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 22 jul. 2020
- ELEMENTOS de Antropologia Jurídica. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- GOMES, M. P. Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Contexto, 2012.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Demográfico 2010. Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2>. Acesso em: 25 out. 2014.
- LIMA, E. V. D. Estatuto do Índio. Salvador: Jus Povivm, 2011. O despertar da antropologia jurídica. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.) Elementos de antropologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011
- O DIREITO indígena a partir da Constituição brasileira de 1988. In: CUNHA, M. C. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- PRIMEIRA Constituição do Brasil – 1548: O Regimento de Dom João III entregue a Thomé de Sousa. Disponível em: <https://www.historia-brasil.com/colonia/constituicao-1548.htm>. Acesso em: 22 jul. 2020
- SANTILLI, J. Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SANTOS FILHO, R. L. Apontamentos sobre o direito indigenista. Curitiba: Juruá, 2006.
- SEGER, J. S. Apropriação da sociobiodiversidade: disputa pela propriedade intelectual dos saberes indígenas na ordem constitucional brasileira. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.
- WOLKMER, A. C. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, A. C.; MELO, M. P. (org.). Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.
- WOLKMER, A. C.; MELO, M. P. (org.). Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

Sobre o(s) autor(es)
julianoseger@mprs.mp.br; cristina.141mocellini@gmail.com.