

**DIREITOS  
DOS PÓVOS  
INDÍGENAS  
EM DISPUTA**



Manuela Carneiro da Cunha  
Samuel Barbosa (Orgs.)



editora  
unesp

© 2018 Editora Unesp

Direitos de publicação reservados à:

Fundação Editora da Unesp (FEU)

Praça da Sé, 108

01001-900 – São Paulo – SP

Tel.: (0xx11) 3242-7171

Fax: (0xx11) 3242-7172

www.editoraunesp.com.br

www.livrariaunesp.com.br

feu@editora.unesp.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Vagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

C972d

Cunha, Manuela Carneiro da

Direitos dos povos indígenas em disputa / Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Rodrigues Barbosa (Orgs.). – São Paulo: Editora Unesp, 2018.

ISBN 978-85-393-0715-9

1. Direito. 2. Povos indígenas. 3. Índios. 4. Legislação. 5. Supremo Tribunal Federal - STF. 6. Marco Legal. 7. Marco Temporal. I. Barbosa, Samuel Rodrigues. II. Título.

2018-10

CDD: 341.4852

CDU: 34(=1.81-82)

Editora afiliada:



Asociación de Ediciones Universitarias de América Latina y el Caribe



Associação Brasileira de Editoras Universitárias

## SUMÁRIO

Apresentação – Contra a tese do marco temporal, pela justiça	7
<i>Manuela Carneiro da Cunha</i>	
Agradecimentos	9
Introdução	11
<i>Samuel Barbosa</i>	
1 Parecer	17
<i>José Afonso da Silva</i>	
2 O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI	
<i>Limão Verde</i>	43
<i>Deborah Duprat</i>	
3 Marco temporal e direitos coletivos	75
<i>Carlos Frederico Marés de Souza Filho</i>	
4 Terras indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica	101
<i>José Antônio Peres Cediel</i>	
5 Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil	125
<i>Samuel Barbosa</i>	



# 10

## TERRA INDÍGENA: HISTÓRIA DA DOCTRINA E DA LEGISLAÇÃO<sup>1</sup>

Manuela Carneiro da Cunha

### Doctrina

A soberania dos povos indígenas da América foi questão fundamental na discussão da legitimidade dos títulos espanhóis e portugueses sobre o Novo Mundo. Certas teses teriam tido, para os reis ibéricos, uma conveniência imediata. O Ostiense (Henrique de Susa, cardeal-arcebispo de Ostia, canonista do século XIII e autor da *Summa Aurea*), por exemplo, sustentava que os povos gentios só haviam gozado de soberania até o advento de Cristo, que, tendo vindo ao mundo, havia desde então sido investido de todos os poderes espirituais e temporais. Por delegação de Cristo, tanto o império quanto o sacerdócio cabiam ao papa. Assim, os infiéis podiam ser despojados de seus reinos e bens pela autoridade papal.

Apesar de sua conveniência evidente para justificar os títulos que o papa distribuía a leste e a oeste de Tordesilhas, as teses do Ostiense e as que sobre elas se apoiaram não prevaleceram. Ao longo do século XVI, firmou-se, ao contrário, na Espanha e em Portugal, a doutrina que negava o poder temporal do papa sobre os infiéis e a jurisdição europeia nas terras recém-descobertas. Afirmava a plena soberania original das nações indígenas.

Essa posição baseava-se em teses tão antigas quanto as do Ostiense: o papa e canonista Inocêncio IV, no século XIII, sustentara que o papado não

<sup>1</sup> Este capítulo é um excerto de um livro datado de 1987, intitulado *Os Direitos do Índio. Ensaios e Documentos*, da Editora Brasiliense.



podia despojar os infiéis de seus domínios e jurisdições? E São Tomás de Aquino, distinguindo entre direito divino e direito humano, afirmava, contra o Ostiense, que a vinda de Cristo não havia anulado os bens e a soberania dos povos gentílicos.<sup>3</sup> Quanto à Inglaterra, como seria de esperar, a rainha Elizabeth I não entrou em considerações jurídicas para contestar a rainha com que o "bispo de Roma" distribuía as terras recém-descobertas.

Contra as ideias de Richard Fitzralph (expressas em *De Pauperie Sabbato*, rns, de 1350) e as de John Wycliffe e de Armagh, condenadas como heréticas no Concílio de Constança, e que sustentavam que o domínio era fundado na graça divina (e supunha, portanto, a fé e a caridade), levantaram-se os nominalistas e conciliaristas franceses Pierre d'Alilly e Gerson. Em 1381, d'Alilly sacerdote indigno podia administrar sacramentos válidos, assim como um pecadores e infiéis podiam ter domínio.<sup>4</sup>

Gerson, que sucedeu a d'Alilly como chanceler da Universidade de Paris, argumentava na mesma linha que, da mesma forma que Deus não retira ao peccador suas faculdades naturais, tampouco lhe retira o domínio das coisas.<sup>5</sup> Assim, no início do século XVI, o superior da Ordem dos Dominicanos de Roma, o cardeal Cayetano, sustentou, nos seus *Comentários à Segunda Secunda* de São Tomás (questão 66, art. 8º), que os infiéis podiam gozar de direitos e soberania. Introduziu também a distinção entre infiéis inimigos dos cristãos (tais como os mouros) e os que não os hostilizavam, como era o caso dos índios.

João Maior, famoso nominalista da Universidade de Paris, em 1510 reforçou as teses de Gerson. O reino de Cristo, diz ele, não é deste mundo e o papa só detém o primado espiritual, sem deter o temporal. Tampouco o imperador é senhor do orbe. Enfim, o domínio não se fundamenta no direito divino, não depende da fé e da caridade, e sim no direito natural: os índios tinham, portanto, propriedade, liberdade e jurisdição. Como Cayetano, Maior distinguiu os índios dos sarracenos com dois critérios: o de possuírem ou não terras "originalmente cristãs" (como a Terra Santa) e o de se oporem ou não à pregação da fé.<sup>6</sup>

2 Inocênciao IV, *Apparatus ad quinque libros Decretalium*, III, 34, 8.

3 Aquino, *Secunda Secundae*, 10, 10.

4 Oakley, *The Political Thought of Pierre d'Alilly*, p. 74-92.

5 Gerson, *De Vita Spirituali Animae*, em Tuck, *Natural Rights Theories*, p. 25-7.

6 Zavala, *Las instituciones jurídicas en la conquista de America*, p. 4-5.

Frei Francisco de Vitória, fundador do direito internacional, jurista a quem Carlos V consultava, foi quem com maior autoridade estabeleceu a soberania original dos povos indígenas da América. Em suas duas *Relecciones*, que se intitulavam "Dos índios recém-descobertos e dos títulos legítimos, pelos quais os bárbaros do Novo Mundo puderam passar ao poder dos espanhóis" e "Dos índios ou do direito de guerra dos espanhóis contra os bárbaros", datadas provavelmente de 1539, Vitória contesta um a um os argumentos que negavam aos índios domínio e jurisdição original. Afirma, assim, que "a infidelidade (a heresia) ou qualquer outro pecado mortal não impede que os bárbaros sejam verdadeiros donos e senhores, tanto pública quanto privadamente, e não podem os cristãos tomá-los seus bens por esse motivo". Refuta também que se possa, a pretexto de ausência de razão ou demência, impedir os bárbaros de serem verdadeiros senhores, porque, escreve, as instituições indígenas "em realidade não são dementes já que a seu modo têm uso da razão". Vitória refuta ainda que o imperador seja senhor do mundo e, ainda que o fosse, "não poderia ocupar as províncias dos bárbaros, estabelecer novos senhores, depor os antigos e cobrar tributos". Tampouco o papa é senhor civil ou temporal de todo o orbe e, se o fosse, não poderia transmitir seu poder temporal aos príncipes seculares. Sendo, pois, os índios "verdadeiros senhores de suas terras", tornava-se absurdo pretender, como se havia feito no tempo de Colombo, que o direito de descoberta fosse título válido sobre o Novo Mundo. "Sobre este título, não é preciso gastar muitas palavras, posto que já provei que os bárbaros eram verdadeiros donos, pública e privadamente. É do direito das gentes que se concede ao ocupante o que não é de ninguém, como se diz no parágrafo 'Ferae bestiae'...<sup>7</sup> (mas) estas terras já têm dono, não podem cair sob este título". E Vitória acrescenta com ironia: "por si mesmo (o direito de descoberta) não justifica a posse (espanhola) desses bárbaros mais do que se eles nos houvessem descoberto a nós."<sup>8</sup>

A mesma posição é sustentada por Grócio no seu *Mare Liberum*, capítulos 2 e 3. Afirma que os portugueses não têm direito algum de domínio sobre as Índias pelo descobrimento nem por doação pontifícia. Mesmo frei Serafim

7 Instituições de Justiniano, *De Rerum divisione*, § *Ferae Bestiae*.

8 Vitória, *Relecciones*, p. 176.



de Freitas, apologeta dos portugueses, na sua *Contestação a Grotio*, reconhece que o descobrimento não atribui de per si o direito de domínio e posse.<sup>9</sup> Com Vitória fica, portanto, estabelecida a questão da soberania original dos índios que Domingos de Soto<sup>10</sup> se encarregara de desenvolver. O papa, por seu lado, pronuncia-se, em 1537, na bula *Veritas ipsa* afirmando:

Os índios e todas as demais nações que daqui por diante forem descobertas pelos cristãos, por mais que careçam do benefício da fé, não estão nem podem ser privados de sua liberdade e do domínio de seus bens; ao contrário, podem e licitamente usar, desfrutar e gozar desta liberdade e domínio [...].

Até o fim do século XVIII, ainda se contestava em Portugal o fundamento do domínio sobre a América. Um documento dessa época, de autoria provável de Philippe Jorge, lente da Universidade de Coimbra, declara que o direito de ocupação é um erro:

não se encontra esse direito na Jurisprudência Romana nem nos novos Estatutos de Coimbra. À aquisição da América procedendo da ocupação se opõe a história primitiva. Pedro Álvares Cabral encontra povoadores em Porto Seguro. O mesmo sucedeu a Cristóvão Colombo nas primeiras ilhas que aportou. A Lei de 6 de junho de 1755 chama primitivos senhores aos índios. Na Origem de Causa do domínio da América pelos europeus dançam os instruídos como gatos por brasa.<sup>11</sup>

O direito internacional parece unânime – ao longo dos séculos – em desqualificar o título que provém de descoberta e que supõe a inexistência de qualquer povoamento: “título imperfeito”, chama-lhe sir Traver Twiss, que se apoia em Vattel.<sup>12</sup>

9 Freitas, *Do justo império asiático dos portugueses*, cap. III, n. 13, cap. IV, n. 5.

10 *De Fide*, disp. 18, sectio I, n. 2 e 9; e *De legibus*, lib. III, cap. VI.

11 *Memórias dos erros e contradições que servem na dedução e reflexões afim de não se atenderem*, Arquivo Nacional da Torre do Tombo, Lisboa, Fundo Cadaval – Brasil – Avulsos 3-18, art. 2.

12 Twiss, *The Oregon Question Examined*, in *Respect to Facts and the Law of Nations*, p. 156.

### Legislação colonial

Nas leis portuguesas para o Brasil, a soberania indígena e o direito dos índios aos territórios que ocupam é frequentemente reconhecida: trata-se, como se sabe, de um reconhecimento de *jure* que mil estratégias tentam contornar na prática: mas tal reconhecimento legal mostra pelo menos a consciência e a má consciência da Coroa acerca dos direitos indígenas.

Assim, as cartas régias de julho de 1609 e de 10 de setembro de 1611, promulgadas por Filipe III, afirmam o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos:

os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer molestia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitães e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer [...].<sup>13</sup>

Assim também, o Regimento das Missões do estado do Maranhão e Pará, de 1º de dezembro de 1686, declara que “a justiça não permite, que estes homens sejam obrigados a deixarem todo, e por todo as terras que habitam”.

Ainda mais explícito é o Alvará de 1º de abril de 1680, que declara que as sesmarias concedidas pela Coroa portuguesa não podiam afetar os direitos originais dos índios sobre suas terras. “Primários e naturais senhores” de suas terras, eram enquanto tais isentos de qualquer foro ou tributo sobre elas.

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 senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer molestia. E o governador com parecer dos ditos religiosos assinará aos que descerem do sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dadas em sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o

13 Carta Régia, 10 de setembro de 1611.

dos di  
sleir:  
ão te  
iprer  
Gera  
'gun  
se r  
Pre  
Mc



prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos índios, *primários e naturais senhores delas* [...]”<sup>14</sup>

Paradoxalmente, a soberania das nações indígenas foi reconhecida no contexto das discussões sobre escravização dos índios. Um dos títulos no punha em presença nações soberanas. A Carta Régia de 9 de abril de 1655 declarava que seriam escravos os prisioneiros tomados em guerra defensiva:

entendo em guerra defensiva a que fizer qualquer cabeça ou comunidade, que tem cabeça e soberania para vir fazer e cometer guerra ao Estado, por que fazendo esta qualidade a quem faz guerra, ainda que seja feita com ajuntamento de pessoas, os que se tomarem não serão captivos [...]”<sup>15</sup>

O Alvará de 28 de abril de 1688 para o Maranhão e Grão-Pará estipulando quase os mesmos termos, que seriam escravos os prisioneiros tomados em guerra defensiva: “que se entenderá somente no ato da invasão que os índios inimigos e infieis fizerem nas aldeias e terras do estado do Maranhão, com cabeça, ou comunidade, que tiver soberania ou jurisdição”.<sup>16</sup> Assim, indagado sobre a justiça do cativo de índios no Maranhão, o padre Antônio Vieira declara:

é que não são escravos, nem ainda vassallos. Escravos não, porque não são tomados em guerra justa; e vassallos também não, porque assim como o espanhol ou o genovês em Argel é contido vassallo do seu rei ou da sua república, assim o não deixa de ser o índio, posto que forçado e cativo, como membro que é do corpo, e cabeça política da sua nação, importando igualmente para a soberania da liberdade, tanto a coroa de penas, como a de ouro e tanto o arco como o cetro [...]”<sup>17</sup>

A legislação sanciona esse parecer de Vieira, já que a Lei de 1º de abril de 1680 ordena que os índios aprisionados em guerra sejam tratados como “prisioneiros, como ficam as pessoas que se tomam nas guerras da Europa”.

14 Alvará, 1º de abril de 1680, § 4, grifos nossos.

15 Carta Régia, 9 de abril de 1655, grifos nossos.

16 Alvará, 28 de abril de 1688, grifos nossos.

17 Voto do padre Vieira, em: Leite, *História da Companhia de Jesus no Brasil*, t. VI, p.330-41.

soberanas, as nações indígenas são, em muitos textos legais, consideradas sob o âmbito da jurisdição régia. Em algumas leis se declara que, mes-  
 eranças ao âmbito da jurisdição régia. Em algumas leis se declara que, mes-  
 no nos aldeamentos (Provisão de 12 de setembro de 1663, por exemplo). Com  
 chefes indígenas que concordarem em “deser” para os aldeamentos, de-  
 as nações indígenas que terão de ser escrupulosamente respeitados: é o  
 vem-se celebrar pactos do Regimento das Missões do Maranhão e Pará, de 21 de dezem-  
 que ordena o Regimento das Missões do Maranhão e Pará, de 21 de dezem-  
 bo de 1686, § 23:

tanto para com as aldeias, que se descirem para servirem aos moradores, como  
 para aquelas que sem esta condição quiserem descer se observarão inviolavel-  
 mente os pactos que com eles se fizerem por ser assim conforme à fé pública, fun-  
 dada no direito natural, civil e das gentes.

Enfim, em 1718, a Coroa declara explicitamente: “(os índios) são livres, e  
 isentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a saírem das suas terras,  
 para tomarem um modo de vida de que eles se não agradam.”<sup>18</sup>

Entretanto, o esbulho das terras indígenas, tanto nos seus territórios ori-  
 ginais quanto nos aldeamentos para onde haviam sido “descidas”, continua-  
 va, a tal ponto que, a 20 de dezembro de 1741, o breve *Immensa Pastorum*  
*Principis*, do papa Bento XIV aos arcebispos e bispos do Brasil, renovando  
 os famosos Breves de 1537 e 1639, proibiu, sob pena de excomunhão – que  
 se escravizassem os índios, se os despojassem de seus bens e propriedades e  
 se os levassem para fora de suas terras.

A Lei pombalina de 6 de julho de 1755 sustenta “os índios no inteiro do-  
 mínio e pacífica posse das terras [...] para gozarem delas per si e todos seus  
 herdeiros”. Essa lei renova e cita por extenso o Alvará de 1º de abril de 1680,  
 supracitado, que expressamente reserva na concessão de sesmarias o direito  
 anterior dos índios sobre suas terras, por serem “primários e naturais senho-  
 res delas”.

O Diretório dos Índios de 1758 expressamente aplica o mesmo Alvará  
 de 1680 para o caso das povoações indígenas, inclusive as que foram então  
 elevadas a lugares e vilas, onde prevaleceria o direito dos índios sobre o dos  
 brancos porventura residentes:

18 Carta Régia, 9 de março de 1718, grifos nossos.







O projeto da Constituinte brasileira de 1823 pouco difere desse resultado decepcionante. A única menção explícita a índios se dá no título XIII, art. 254: "A Assembleia terá igualmente cuidado de criar estabelecimentos para catequese e civilização dos índios, emancipação lenta dos negros, e sua educação religiosa, e industrial". Quanto à Carta Outorgada de 1824, não têm qualquer referência a índios.

No entanto, fora formada na Constituinte de 1823 uma Comissão de Colonização e Catequização que, em 17 de junho, receberia o projeto de João Bonifácio - "Apontamentos para civilização dos índios bárbaros do Império do Brasil" -, o mesmo projeto que fora enviado às Cortes Gerais Portuguesas do ano anterior, com apenas pequenas modificações, e decidiria que o público remettessem exemplares às respectivas províncias, e exigindo delas as necessárias notícias, informem sobre os meios mais eficazes de se realizar em toda sua extensão tão importante projeto".<sup>25</sup> É esta provavelmente a origem de consulta ampla às províncias, realizada em 1826, para a elaboração do Plano Geral de Civilização dos Índios.

Em 1850, o governo imperial promulgou uma lei fundamental que pretendia disciplinar o regime fundiário. Era a Lei das Terras (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850), regulamentada em 1854 pelo Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

A Lei das Terras, no seu art. 3º, define o que se deve entender por terras devolutas:

- 1) as que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;
- 2) as que não se acharem sob o domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do governo geral ou provincial, não incurso em comisso, por falta das condições de medição, confirmação e cultura;
- 3) as que não se acharem dadas por sesmaria ou outras concessões do governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas;
- 4) as que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas.

Como bem entende João Mendes Jr., a Lei das Terras preserva o reconhecimento da propriedade indígena dos territórios ocupados que não necessitam de legitimação de posse, já que seu título legítimo é o indígenato.

Quer da letra, quer do espírito da Lei de 1850, se verifica que essa lei nem mesmo considera devolutas as terras possuídas por hordas selvagens estâner: estas terras são tão particulares como as possuídas por ocupação legítima. Isto é, originariamente reservadas de devolução, nos expressos termos do Alvará de 1º de abril de 1680, que as reserva até na concessão das sesmarias, não há (neste caso) posse a legitimar, há domínio a reconhecer [...].<sup>26</sup>

Têm a mesma compreensão Alípio Bandeira e Manoel Tavares da Costa Miranda, que em seu "Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena", escrevem:

Certo é que a denominação de devolutas aplicada às terras que eles (índios) habitam é de todo o ponto imprópria, já porque, conforme as palavras do Alvará, de 1º de abril de 1680, são os índios "os naturais senhores delas", já porque a semelhante classificação opõe-se formalmente a própria significação gramatical do termo.<sup>27</sup>

Como nos séculos anteriores, o Estado continua fomentando o aldeamento dos índios. A Lei das Terras (Lei n. 601, de 1850, art. 12) estipula que sejam reservadas, das terras devolutas, terras "para a colonização dos indígenas".

As terras dos aldeamentos coincidiam frequentemente com o território originário do grupo: o Regimento das Missões de 1686 claramente formaliza a opção que tinham os índios de, aceitando a doutrina, recusaram-se à transferência de local, quando então deveriam ser aldeados em seu próprio território. No Diretório Pomбалino, embora não se mencionasse explicitamente o preceito, este foi na prática utilizado.

E, como vimos anteriormente, no primeiro quartel do século XIX, se dada repetidas vezes que as terras dos novos aldeamentos de índios devem

<sup>26</sup> Mendes Jr., *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, p. 59-60, grifos do original.

<sup>27</sup> Bandeira, Miranda, *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena*, contendo considerações sobre a situação jurídica do índio brasileiro, em: Oliveira (Ed.), *Colônia de leis, atos e memoriais referentes ao indígena brasileiro*, Ministério da Agricultura, CNPI, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, n. 94, p. 55-86.



ser demarcadas "nos lugares em que se acham arranchados, pela preferência que devem ter nas sobreditas terras" (Provisões de 8 de julho de 1819, Decreto de 26 de março de 1819). Quando, já no período imperial, a preferência de Vila de Barbacena é chamada a dar seus subsídios para o Plano de Civilização dos Índios, declarará que a escolha das terras para novos aldeamentos "deve ser a arbitrio e escolha dos mesmos Índios: parece injustiça que o dono da casa se determine lugar para sua estada".<sup>28</sup>

No Decreto n.1.318, de 1854, que regulamenta a Lei das Terras, a mesma sobreposição das terras de aldeamentos às memoriais continua se verificando: "Art. 72 - Serão reservadas terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas nos distritos onde existem hordas selvagens". Essas terras deveriam ser inalienáveis, de usufruto exclusivo dos índios e destinadas a ser sua propriedade quando "o permitisse seu estado de civilização".

Art. 75 - As terras reservadas para colonização de indígenas, e por eles destinadas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, enquanto o governo imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização. (Decreto n.1.318, de 30 de janeiro de 1854)

A legislação do Império, a partir do Ato Adicional de 1834, permitia às assembleias provinciais legislarem, cumulativamente com o governo geral e a Assembleia sobre matéria indígena. Mais próximas do poder local, não é de admirar que as assembleias provinciais tenham legislado em detrimento dos direitos indígenas, em particular extinguindo sumariamente aldeias para se apropriarem de suas terras.

Reconhecidas juridicamente, as terras indígenas sofreram um marcado processo de esbulho no século XIX, processo que se deu através de vários mecanismos. Houve casos de deslocamento e concentração de grupos indígenas, já que o Regulamento das Missões de 1845 (Decreto n.426, de 24 de julho de 1845) permitia remoção e reunião de aldeias, porém, com o assentimento dos índios (art. 1º, §§ 2º e 4º).

28 Naud, Documentos sobre o índio brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, p.307, jan.-mar. 1971.

Outra forma de esbulho se dava em várias etapas: começava-se por aldear hordas selvagens", no mais das vezes dentro de seu território original, mas reduzindo assim sua ocupação desse território. Aos poucos, porém, tentava-se fazer passar essas terras originais por terras de aldeamentos, como se fossem distintas das terras memoriais e apenas reservadas nos termos da Lei das Terras (art. 12) e do Regulamento de 1854 (arts. 72 a 74). Ao mesmo tempo, arrendavam-se ou aforavam-se terras dentro dos aldeamentos, o que era permitido pelo Regulamento das Missões de 1845 (Decreto n.428, de 24 de julho de 1845, art. 1º, §§ 12 a 14), embora se soubesse, à época, dos efeitos nefastos dessa prática e que um membro do Conselho de Estado houvesse protestado publicamente contra essa possibilidade. Aos poucos, os feitores e arrendatários começavam a pressionar as câmaras municipais e os próprios governos provinciais para obter os terrenos dos índios. Sob pretexto de que eles haviam abandonado o local ou se achavam "confundidos com a massa da população" - essa população que havia sido introduzida pelo próprio sistema de aforamento e arrendamento -, muitos aldeamentos das províncias de São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Sergipe, Ceará, Alagoas, Bahia, Pernambuco e Paraíba são declarados extintos. O Regulamento de 1854, no seu art. 75, expressamente declarava, como vimos, que, assim que o permitisse o "estado de civilização" dos índios, às terras dos aldeamentos deviam-lhes ser dadas em pleno domínio; coerentemente, o Aviso de 20 de novembro de 1855 afirmava que aos índios que habitassem aldeamentos extintos "pertencem os terrenos de que têm estado de posse, sem que lhes seja preciso obter carta de aforamento", o que foi corroborado posteriormente em 21 e 30 de abril de 1857 e 26 de setembro de 1870.

Não obstante, em 1875, na Bahia e em Pernambuco, e em 1862 e 1878, em São Paulo, distribuem-se lotes de terra aos índios. Apesar de muitos deles nelas permanecerem, as terras dos aldeamentos extintos (após hesitações na legislação, que fazem delas próprios nacionais ou terras devolutas passíveis de ser vendidas ou aforadas pelo Império), acabam sendo repassadas em 1887 às províncias, tendo as câmaras municipais direito de aforá-las. Esse escandaloso estado de coisas não encontra nenhum fundamento jurídico. Como bem estabelecem José Maria de Paula<sup>29</sup> e João Mendes Jr.,<sup>30</sup> as

29 Paula, Terras dos índios, *Boletim SPI*, Rio de Janeiro, n.1, 109p., 1944.

30 Mendes Jr., *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, p.6.



terras dos índios aldeados jamais poderiam ter sido consideradas devolutas, ou coincidem com o território originário do grupo e nesse caso eram de domínio pelo título do indígenato, ou estavam garantidas pela tutela: poder público exercia, estando os bens dos índios sob a responsabilidade do primeiro lugar dos ouvidores e posteriormente dos juizes de orfãos (Lei de 3 de junho de 1833 e Ordenações L. I., título 88, § 26) e dos diretores de índios (Regulamento n. 426, de 24 de julho de 1845). Sendo

imprescritíveis os diretores e inalienáveis os bens dos índios aldeados, na sua qualidade de orfãos e beneficiários das cautelas outorgadas pela lei a essa espécie de tutelados [...] não importa que, por motivos independentes da sua espécie índios, seus possuidores, nem sempre tenham estado na sua vontade, ou bre as mesmas, como expressão de um direito imperceptível, sempre se conservou íntegro e capaz de produzir os seus efeitos em qualquer tempo [...] <sup>31</sup>

Há, resumindo, duas expropriações sucessivas que parecem operar: em-bora desde o fim do século XVII os aldeamentos coincidissem frequente-mente com os territórios originais dos índios (e fossem, portanto, de sua propriedade pelo título do indígenato), as terras dos aldeamentos acabam sendo tratadas a partir da Lei das Terras como apenas reservadas e destina-das a uma ulterior doação aos índios. É uma primeira expropriação à qual se segue a extinção das aldeias e a liquidação de suas terras, sem que a doação se efetive.

Em 1890, o Apostolado Positivista apresenta à Constituinte uma propos-ta que contém o mais explícito reconhecimento da soberania indígena.

Art. 1º – A República dos Estados Unidos do Brasil é constituída pela livre federação dos povos circunscritos dentro dos limites do extinto Império do Bra-sil. Compõe-se de duas sortes de estados confederados, cujas autonomias são igualmente reconhecidas e respeitadas segundo as fórmulas convenientes a cada caso, a saber:

I. Os Estados Ocidentais Brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine.

II. Os Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, cons-tituídos pelas hordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República. A federação deles limita-se à manutenção das relações amistosas hoje reconhe-ci-das como um dever entre nações distintas e simpáticas, por um lado, e, por outro lado, em garantir-lhes a proteção do governo federal contra qualquer violên-cia, quer em suas pessoas, quer em seus territórios. Estes não poderão jamais ser atravessados sem o seu prévio consentimento pacificamente solicitado e só paci-ficamente obtido. <sup>32</sup>

Nações soberanas e livres, era como os positivistas entendiam os povos indígenas do Brasil:

Urge, segundo os ditames da moral e da razão, ver nos povos selvagens na-ções independentes, que devem ser tratadas com as atenções com que tratamos os povos mais fortes [...] Perante os brasileiros, as tribos selvagens devem, pois, constituir nações livres, cujos territórios cumpre-nos escrupulosamente respeitar e cuja amizade devemos procurar com lealdade. <sup>33</sup>

Quanto aos títulos sobre os territórios que ocupavam os índios, a posição do Apostolado é também inequívoca:

Nenhum homem de coração pode contestar que os selvagens são os senhores das terras que habitam, com títulos tão válidos como os que qualquer nação oci-dental pode invocar, para justificar a posse do território que ocupa. <sup>34</sup>

A demarcação das terras indígenas é reclamada pelos positivistas pelo menos desde 1894. <sup>35</sup>

A primeira medida consiste em demarcar honestamente as terras ocupa-das pelos selvagens e doravante respeitar as nações selvagens como a quais-quer outras independentes, isto que o são perante a moral e a razão. Os povos

<sup>32</sup> Lenos; Teixeira Mendes, *Bases de uma Constituição política ditatorial federativa para a Repu-blica Brasileira*.

<sup>33</sup> Teixeira Mendes, *Ainda os indígenas do Brasil e a política moderna*, p. 8, grifos no original.

<sup>34</sup> Id., *Em defesa dos selvagens brasileiros*, p. 11.

<sup>35</sup> Oliveira, *Pelos indígenas brasileiros*, p. 10.



americanos são meros usurpadores, conforme nobremente proclamou o velho José Bonifácio.<sup>36</sup>

Quando se colocou a questão da construção de estradas de ferro passadas por território indígena, Teixeira Mendes escreveu: "Não é lícito ao governo mandar tropas para obrigar os selvagens a cederem seu território. Modifique-se o traçado da estrada de ferro de modo a respeitar o território dos selvagens..."<sup>37</sup>

## A Constituição de 1891

A Constituição de 1891 não acolheu as propostas do Apostolado Positivista. Na verdade, nem mencionou os índios em seu texto. Por outro lado, em seu art. 64 transferiu para os estados federados as terras devolutas, servando à União apenas as terras necessárias para a defesa das fronteiras, fortificações e construções militares e para a construção de estradas de ferro federais. Houve, de maneira geral, uma confusão que se disseminou a partir de 1891, e, durante algum tempo, pensou-se que as terras indígenas como um todo houvessem passado ao domínio dos estados. Na realidade, o que passou aos estados foram as terras devolutas (art. 64 da Constituição de 1891), entre as quais, como vimos, se contavam, desde 1887, as *terras dos aldeamentos extintos*. Mas nem as terras dos aldeamentos não extintos nem as terras imemoriais podiam ser consideradas devolutas, como bem lembra João Mendes Jr.:

Aos estados ficaram as terras devolutas; ora, as terras do *indigenato*, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1º, do Decreto de 1854; as terras reservadas para o *colonoato de indígenas* passaram a ser sujeitas às mesmas regras que as *concedidas para o colonoato de imigrantes*, salvo as cautelas de orfanato em que se acham os índios;

36 Teixeira Mendes, *Em defesa dos selvagens brasileiros*, p. 13-4, grifos do original.

37 Id., *Antes os indígenas do Brasil e a política moderna*, p. 12-3.

as leis estaduais não tiveram, pois, necessidade de reproduzir as regras dos arts. 72 a 75 do Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854.<sup>38</sup>

É o que fica claro por exemplo no Decreto n. 734, de 5 de janeiro de 1900, do estado de São Paulo, que distingue as terras dos aldeamentos extintos – que são devolutas e pertencem ao Estado pelo art. 64 da Constituição de 1891 – das terras dos aldeamentos de índios, que são reservadas das terras devolutas, como já mandava a Lei das Terras:

Título I, Cap. I, Art. 1º – Pertencem ao Estado de São Paulo, ex-*tri* do artigo 64 da Constituição Federal, todas as terras devolutas situadas em seu território. Art. 2º – São consideradas terras devolutas: [...] § 10: As dos extintos aldeamentos dos índios não remidos nos termos da Lei n. 2.672, de 20 de outubro de 1875, nem aforadas nos estritos termos do artigo 8º, n. 3, da Lei n. 3.348, de 20 de outubro de 1887, ou qualquer outra disposição anterior. [...] Cap. II, Art. 3º – Das terras devolutas consideram-se reservadas: [...] § 7º. As terras dos aldeamentos dos índios [...].

Não se quebrou, portanto, apesar da omissão da Constituição de 1891, a tradição do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas. O que aconteceu é que, como os aldeamentos extintos o foram, na maioria dos casos, de forma fraudulenta e abusiva, os índios que permaneciam nessas terras foram espoliados. Isto explica por que, ao se criar o SPI, se prevê um entendimento com os estados, quando fosse necessário, para garantir a posse aos índios dos seus territórios (Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, art. 3º, 2, e Decreto n. 9.214, de 15 de dezembro de 1911, art. 2º, 2).<sup>39</sup>

38 Mendes Jr., *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, p. 62.

39 Que são apenas as terras de aldeamentos extintos que passaram aos estados é o que fica claro nos dois decretos citados. Ambos rezam: "O governo federal, por intermédio do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, e sempre que for necessário, entrará em acordo com os governos dos estados ou dos municípios [...] para que sejam cedidas ao Ministério da Agricultura as terras devolutas que forem julgadas necessárias às povoações indígenas ou à instalação de centros agrícolas" (Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, art. 3º, e Decreto n. 9.214, de 15 de dezembro de 1911, art. 3º). As povoações indígenas são definidas nesses mesmos decretos como os aldeamentos extintos: "Art. 15 – Cada um dos antigos aldeamentos, reconstruídos de acordo com as prescrições do presente regulamento, passará a denominar-se 'Povoação Indígena'". Quanto aos centros agrícolas, destinavam-se aos "trabalhadores nacionais", com postos basicamente dos antigos escravos, cuja "localização", de 1910 até 1918, competia ao



Embora sem amparo legal, em muitos casos começaram-se a tratar nesse período as terras indígenas como terras devolutas, prática que será reprovaada com todas as letras no Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936, que incumbiu o Serviço de Proteção aos Índios de "impedir que as terras habitadas pelos índios sejam tratadas como se devolutas fossem" (art. 3º, a). "A Constituição republicana de 1891", escreve José Maria de Paula, em conclusão a uma longa demonstração, afirma:

passando ao domínio privado dos estados as terras devolutas que recebera do governo imperial, é claro, que somente transferiu a esse domínio as terras que realmente eram devolutas; subsistindo em toda a sua plenitude os direitos legalmente definidos ou adquiridos sobre a propriedade territorial, nos regimes anteriores. A incorporação, por parte dos estados, ao seu domínio privado, nos regimes an-terras devolutas, das terras dos índios, que indiscriminadamente tinham recebido da União, *ex-vi* da Constituição Federal de 1891, constituiu clamoroso esboço do patrimônio indígena, sendo que deveriam tais estados, desde logo, definir a situação dessas terras dos índios, a fim de as extremarem daquelas que, como devolutas, lhes tinham sido cedidas pela União, ao invés de, sem nenhum exame, passarem, como fizeram, desde logo, a considerá-las como suas e delas irem dispondo, mediante processos administrativos estabelecidos pelas respectivas legislações.<sup>40</sup>

Embora não fosse, como escreve João Mendes Jr., necessário, alguns estados reconheceram explicitamente a vigência dos títulos indígenas. Assim, o estado do Amazonas promulgou em seu Regulamento de 21 de maio de 1892 (que se refere ao Decreto n. 4, de 16 de março de 1892) o exato texto do Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, no seu art. 75:

mesmo órgão que cuidava da questão indígena, aliás chamado originalmente de Serviço de Proteção aos Índios e de Localização dos Trabalhadores Nacionais. As povoações indígenas eram, portanto, distintas dos aldeamentos em vigência (art. 10) para os quais não se mencionavam acordos com os estados ou municípios: "Art. 10 - Se os índios que estiverem atualizados aldeados quiserem fixar-se nas terras que ocupam, o governo providenciará de modo a lhes ser mantida a efetividade da posse adquirida" (Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, e n. 9.214, de 15 de dezembro de 1911).

A espoliação das terras dos aldeamentos, abusivamente extintos será explicitamente denunciada no Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936: "o fato dos governos terem deixado de administrar esses aldeamentos (extintos) ou estabelecimentos, não justifica que os índios ou seus descendentes, sejam espoliados de suas terras" (art. 3º, c).

40 Paula, Terras dos índios, *Boletim SPI*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 73, 1944.

Art. 110 - Quando se trata de colonização de indígenas as terras reservadas e por eles distribuídas serão destinadas ao seu usufruto e não poderão ser alienadas enquanto o governo por ato especial não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização.<sup>41</sup>

No Rio Grande do Sul, também, um decreto estadual reconhece os títulos indígenas nos termos que viriam a ser consagrados na Constituição de 1934: "O Estado as considera tais (terras indígenas) independente de qualquer título de domínio, como consequência da propriedade de ocupação por elas (índios)".<sup>42</sup>

Eram, portanto, títulos originários de propriedade, afirma João Mendes Jr.:

o das terras possuídas por *hordeas selvagens* coletivamente organizadas, cujas posses não estavam sujeitas à *legitimação*, visto que o seu título não era a ocupação mas o *indigenato* (Alvará de 1º de abril de 1680): [...] o das terras *reservadas*, quer para a colonização de indígenas, quer para fundação de povoações, estradas e outras servidões e estabelecimentos públicos, quer para a conservação naval (Lei n. 601, de 1850, art. 12).<sup>43</sup>

#### A criação do SPI

Aos governos dos estados competiu, de 1889 a 1906, "promover a ca- tequese e civilização dos índios" (Decreto n. 7, § 12, de 20 de novembro de 1889). Pela Lei n. 1.606, de 29 de dezembro de 1906, criava-se o Ministério da Agricultura, a quem ficou atribuída a política indígenista.

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

41 Regulamento, 21 de maio de 1892.

42 Decreto Estadual n. 3.004, de 10 de agosto de 1922, art. 21.

43 Mendes Jr., *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, p. 64-5, grifos do original.



massacrar os índios: a denúncia foi feita em Viena, diante do XVI Congresso dos Americanistas. Na esteira desse movimento de opinião, foi criado pelo governo Nilo Peçanha, em 1910, o Serviço de Proteção ao Índio, órgão do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, cuja direção foi confiada ao general Rondon, herói nacional desde sua atuação à frente das Linhas Telegráficas de Mato Grosso e de Mato Grosso ao Amazonas.

Com a criação do SPI, o reconhecimento dos títulos dos índios sobre suas terras recebeu novo amparo legal. Na exposição de motivos do Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, que criava o SPI, o ministro Rodolpho Miranda citava e adotava a fórmula de Couto de Magalhães: "Não aldear, nem pretender governar as tribos; deixá-las com seus costumes, sua alimentação, seu modo de vida". O objeto da assistência aos índios seria, entre outros, o de:

Art. 2º, § 3º – Pôr em prática os meios mais eficazes para evitar que os civilizados invadam terras dos índios e reciprocamente.

Art. 2º, § 4º – Fazer respeitar a organização interna das diversas tribos, sua independência, seus hábitos e instituições, não intervindo para alterá-los senão com brandura e consultando sempre a vontade dos respectivos chefes.

Art. 2º, § 12 – Promover, sempre que for possível, e pelos meios permitidos em direito, a restituição dos terrenos que lhes tenham sido usurpados.<sup>44</sup>

Previa-se no decreto a demarcação das terras ocupadas pelos índios, que delas teriam usufruto exclusivo. Seriam nulos de pleno direito o arrendamento ou a alienação dessas terras (arts. 4º, 6º, 7º, 8º e 9º).

Seis anos após a criação do SPI, mas no fundo gestado no mesmo período, é aprovado o Código Civil que declara os índios relativamente incapazes (art. 6º, IV). Lembremos aqui que essa tutela orfanológica foi passada ao Espírito Santo a partir de 1928.<sup>45</sup>

O Serviço de Proteção ao Índio passou sucessivamente do Ministério da Agricultura, onde havia sido fundado em 1910, para o do Trabalho, Indústria e Comércio em 1930, para o da Guerra em 1934, para enfim voltar ao da Agricultura em 1939, onde ficaria até sua extinção em 1966, em meio a uma

44 Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, e Decreto n. 9.214, de 15 de dezembro de 1911.

45 Sobre a origem histórica da tutela, remeto ao texto "Caráter da tutela dos índios", em coautoria com Nádia Farage, presente no livro *Os direitos do índio – Ensaios e documentos* (São Paulo: Brasiliense, 1987).

de escândalos de corrupção. Ao longo do período, firmou-se uma legislação sobre terras indígenas que tentava resgatar alguns erros do século XIX.

No Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928 (arts. 8º ao 10º), tomaram-se providências para garantir aos índios a posse de suas terras. No Decreto n. 7.360, de 6 de abril de 1936, elaborado quando o SPI se encontrava na alçada do Ministério da Guerra, e após a Constituição de 1934, que consagrava a garantia das terras indígenas, elimina-se a possibilidade de remção dos grupos indígenas e estabelecem-se princípios que estarão na origem do art. 198 da Constituição de 1969 e do Estatuto do Índio:

Cap. I. Art. 2º – A proteção, assistência, defesa ou amparo de que trata o art. 1º deverão ser dadas na própria terra habitada pelos selvícolas, salvo os casos de afastamento por motivos de encheres, secas, epidemias ou outras calamidades e motivos justificáveis, e terá por fim: [...]

b) garantir a efetividade da posse das terras habitadas pelos índios, como função indispensável e básica de sua tranquilidade e de seu desenvolvimento futuro; [...]

g) impedir, pelos meios legais, que os funcionários do Serviço de Proteção aos Índios ou quaisquer particulares, leigos ou religiosos, que se proponham a beneficiar os índios, se tornem, sob quaisquer pretextos, parceiros ou possuidores dos bens ou das terras dos índios, mesmo que aí tenham escolas ou quaisquer outros estabelecimentos; entendendo-se por "terras dos índios": 1) aquelas em que presentemente vivem e que já primariamente habitavam; 2) aquelas em que habitam e são necessárias ao meio de vida compatível com o seu estado social: caça e pesca, indústria extrativa, lavoura ou criação; 3) as que já lhes tenham sido ou venham a ser reservadas para seu uso, ou reconhecidas como de sua propriedade a título qualquer. [...]

Art. 3º – O Serviço de Proteção aos Índios promoverá os atos mais convenientes: a) para impedir que as terras habitadas pelos selvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem, demarcando-as, fazendo respeitar, garantir, reconhecer e legalizar a posse dos índios, já pelos governos estaduais ou municipais, já pelos particulares; [...] c) para que igualmente sejam respeitadas as posses dos índios já reconhecidas em virtude da lei de 18 de setembro de 1850 e outras posteriores, provando que o fato dos governos terem deixado de administrar esses adamentos ou estabelecimentos, ou de superintendê-los, não justifica que os índios, ou seus descendentes, sejam espoliados de suas terras;



[...]

Art. 41 – Nas terras reservadas para os índios ou por eles habitadas, sua propriedade ou nas terras a que se refere o art. 129 da Constituição da República, ninguém poderá construir ou fazer benfitorias para gozo ou lucro próprio, sob pena de incorrer nas cominações da última parte do art. 547 do Código Civil, e mais disposições legais que resguardam as propriedades dos índios.

Art. 42 – Todos os imóveis construídos em terras dos índios, bens imóveis, semoventes aí existentes ou introduzidos serão considerados de propriedade da comunidade indígena habitante das terras respectivas.<sup>46</sup>

### A questão indígena na Constituição de 1934

É na Assembleia Constituinte de 1934 que, pela primeira vez, a questão da terra indígena passa a ser matéria constitucional. Não constava disposto algum sobre índios nem no projeto do governo, o chamado Projeto Itamaraty, nem no substitutivo da Comissão dos 26, composto de um membro da bancada de cada estado, do Distrito Federal, do Acre, além dos representantes dos empregados, empregadores, funcionários e das profissões liberais. A primeira emenda apresentada tem origem na bancada amazense, e foi apresentada a 21 de dezembro de 1933, pelo deputado Álvaro Maia e mais três deputados, sob o número 1.193. Vinha assim redigida: “A União, os Estados, ou os municípios respeitarão a posse dos indígenas sobre as terras onde estiverem localizados, tudo nos termos da legislação federal sobre o assunto”.

A justificação da emenda “provava que ela se fundamentava nas leis referentes aos indígenas, consubstanciadas desde o Império à República” e acrescentava:

Temos regiões habitadas por centenas de tribos, a que pertencem milhares de indivíduos. Não é admissível que sejam concedidos, retalhados os lotes, às vezes cultivados e expulsos para o interior das selvas. Dessas atitudes desumanas surgem lutas que redundam em dificuldade à catequese. A emenda consubstancia

46 Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936.

47 Brasil, *Anuário da Assembleia Nacional Constituinte*, 1933-1934, v. XIV, p. 395.

legislação federal sobre o assunto, colocando-a, porém, sob a segurança maior de um dispositivo constitucional.<sup>48</sup>

O fundamento, portanto, do dispositivo constitucional era o reconhecimento dos direitos originais dos índios sobre suas terras, como “seus primitivos donos”.<sup>49</sup>

A iniciativa de Álvaro Maia fora suscitada por manifestações do Instituto Geográfico e Histórico do Amazonas. Manifestação semelhante viera do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, e o projeto teria também o apoio de deputados do Rio Grande do Sul. Como ressaltava Álvaro Maia, a bancada amazonense não estava apresentando a emenda,

Se prendendo a um ponto regionalista, porque exatamente no Amazonas existe a maior quantidade de ameríndios. Ela supõe interpretar o pensamento dos srs. constituintes do Brasil inteiro [...] Pense, assim, que, vitoriosa essa emenda, teremos prestado a maior das homenagens ao Brasil do passado, para podermos ser dignos do Brasil do futuro.<sup>50</sup>

Levi Carneiro, autor do decreto que organizava o Governo Provisório da República Nova, presidente da OAB em 1933 e eleito pelos advogados como um dos três representantes das profissões liberais para a Assembleia Constituinte – lembremos que essa Constituinte contava com quarenta deputados classistas –, propôs uma nova redação a essa emenda (n. 60), introduzindo a proibição de alienação das terras dos índios, para protegê-los de abusos. A nova formulação foi aceita pela bancada amazonense, que a representou sob o n. 644: “Será respeitada a posse de terra por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Essa emenda, aprovada, tornou-se o art. 129 da Constituição de 1934. Estavam consagrados na Constituição os títulos indígenas sobre suas terras que, conforme mostramos, remontavam à Colônia e ao Império. Pontes de Miranda assim comenta esse artigo fundamental:

<sup>48</sup> Brasil, *Anuário da Assembleia Nacional Constituinte*, v. II, p. 22-8, sessão de 21 de dezembro de 1933.

<sup>49</sup> Id., v. XVII, p. 227.

<sup>50</sup> Discurso de Álvaro Maia, 11<sup>ª</sup> sessão em 12 de abril de 1934, em: Brasil, *Anuário da Assembleia Nacional Constituinte*, v. XIV, p. 395-403.



No art. 129, [...] respeita-se a "posse" do silvícola, posse a que ainda se exige a localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 129, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou com o que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula. Aquelas mesmas que forem em virtude do art. 129 reconhecidas como de posse de tais gentes não podem ser alienadas. Os juizes não podem expedir mandados contra silvícolas que tenham posse e nas terras, de que se trata, se localizaram com permanência.

A proibição de alienação tem como consequência: a) nulidade absoluta de qualquer ato de disposição, incluídos os que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (usufruto, garantia real, locação); b) não há prescrição contra o silvícola ainda que trintenal; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são susceptíveis de rescisão, por infringirem texto constitucional.<sup>51</sup>

Outro progresso registrado na Constituição de 1934 foi a aprovação da competência exclusiva da União para legislar sobre questões indígenas.

Como vimos anteriormente, o Ato Adicional de 1834 permitia às assembleias provinciais legislar cumulativamente com o Império sobre catequese e civilização dos índios, levando às espoliações que descrevemos. Em 20 de novembro de 1889 (Decreto n. 7 do Governo Provisório, § 12) a competência para legislar sobre questões indígenas passava aos estados da federação, situação que durou dezessete anos, até que, em 1906, a Lei n. 1.606, que criava o Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, transferisse definitivamente para a União a responsabilidade da questão indígena.

Para tornar essa competência exclusiva preceito constitucional, o deputado Pereira Lima, em nome da Subcomissão Constitucional, propôs a Emenda n. 1.417, que, ligeiramente modificada e aprovada, veio a ser o art. 5º, item XIX, m, com a seguinte redação:

Compete privativamente à União:

XIX – Legislar sobre [...]

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

O assunto era de tamanha importância que o general Rondon escrevia ao *Senado* Pereira Lira, a 18 de maio de 1834, nos seguintes termos:

Antes que seja tarde permitiréis que vos manifeste meus aplausos e calorosos cumprimentos cívicos pela vossa patriótica atitude perante a Assembleia dos senhores representantes, levantando do esquecimento a causa que há 110 anos constitui objeto de fervorosa defesa ante a primeira Constituinte Brasileira por parte do glorioso Patriarca de nossa independência política, José Bonifácio.

Considerar na Carta Magna a declaração terminante de que é da competência privativa da União o legislar sobre a incorporação do selvícola à comunhão nacional, já é vencer, presentemente, boa parte do caminho a transpor para se colocar a grande causa a salvo dos assaltos de que se encontra ameaçada [...].<sup>52</sup>

Apesar da oposição de boa parte dos deputados, e em particular do líder da maioria, Medeiros Neto, a emenda foi aprovada graças a um pedido de verificação de voto feito em boa hora pelo deputado Pereira Lira.

Não teve a mesma sorte a Emenda n. 1.273, de Morais Leme, que, reconhecendo a personalidade jurídica das comunidades indígenas, teria sido da maior importância: "São reconhecidas as comunidades de indígenas e a lei declarará os direitos que lhes pertencem".

O debate que levou à rejeição dessa emenda merece ser transcrito pela alta qualidade da justificação de Morais Leme e pela confusão intencional causada pelos seus opositores, novamente encabeçados pelo líder da maioria, Medeiros Neto.

O sr. Morais Leme (para encaminhar a votação) – Sr. Presidente, apresentei a Emenda n. 1.273, que se encontra à página 167 do avulso.

Diz essa emenda:

"São reconhecidas as comunidades de indígenas e a lei declarará os direitos que lhes pertencem". O parecer da ilustre Subcomissão foi, em parte, favorável à emenda, reconhecendo que ela estava parcialmente atendida no dispositivo que diz competir à União estabelecer escolas primárias nos aglomerados indígenas.

Mas, entende a Ilustrada Subcomissão que essa emenda não deve figurar na Constituição, porque a matéria da mesma deve ser afeta à legislação ordinária.

ia dos d  
brasilei  
lição te  
Suprer  
m ger:  
pergu  
lo se  
? Pr

M. N

<sup>52</sup> Candido Rondon, em: *Brasil, Anuas da Assembléa Nacional Constituinte*, v. XXI, p. 341.

<sup>51</sup> Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, t. II, p. 348-9.



Data teria, não tem razão o parecer. Hoje se considera ser do âmbito consuetudinário tudo quanto se refira ao direito social. Com fundamento nessa consideração, vemos que regras de Direito Privado são encartadas na Constituição, com o temor de que uma legislação ordinária possa alterá-la ou não tenha a coragem precisa para estabelecê-la!

Mas o reconhecimento da comunidade de indígenas é matéria eminentemente constitucional, pois diz de perto com o direito de propriedade e com o princípio da humanidade.

Não se reconhecendo essas comunidades, nós permitiríamos que os grupos audaciosos vão recalçando, vão oprimindo cada vez mais os indígenas, eliminando-os pelo desbarato quando a política deve ser a de chamá-los à civilização. Constituições há que consagram providências em favor dos indígenas, elas sobressai a do Peru, que determina serem imprescritíveis os bens das comunidades de indígenas, estabelece que o Estado protegerá a raça indígena e promoverá para o seu desenvolvimento e cultura em harmonia com as suas necessidades. Na Argentina igualmente as concessões de terras foram feitas a algumas tribos. Ainda há poucos dias a Assembleia aprovou uma emenda restringindo o prazo do usucapião em certos casos, providência essa que foi estigmatizada por um ilustre Sr. Deputado que classificou a providência como a legalização do "grilo".

Depois dessa emenda, terá coragem a Assembleia de negar o reconhecimento das comunidades de indígenas, medida que se impõe não apenas pelo princípio da solidariedade, mas igualmente pelo de humanidade? (Muito bem.)

O Sr. Medeiros Neto – Peço a palavra, para encaminhar a votação.

O Sr. Presidente – Tem a palavra, para encaminhar a votação, o Sr. Deputado Medeiros Neto.

O Sr. Medeiros Neto (para encaminhar a votação) – Sr. Presidente, parece-me que esta é uma das emendas genuinamente prejudicadas, porque a matéria já está regulada, aliás no sentido da emenda, na parte da discriminação dos poderes privativos da União, quando lhe concedemos o de regular o comércio.

Cumprir notar, entretanto, que neste particular não inovamos, porque já faz parte da Constituição de 1891 essa faculdade, concedida à União.

Era, Sr. Presidente, o que eu tinha a dizer a V. Ex., para que decidida, no seu alto entendimento, considerando prejudicada a emenda, ou, se julgar conveniente, consultando a Casa a respeito. (Muito bem.)

O Sr. Presidente – Em verdade, a situação dos indígenas já está, de modo claro, regulada em dispositivo anterior. À vista disso, prejudicada a emenda.

O Sr. Moraes Leme – Peço a palavra, pela ordem.

O Sr. Presidente – Tem a palavra, pela ordem, o Sr. Moraes Leme.

O Sr. Moraes Leme (pela ordem) – Sr. Presidente, não tem razão o nobre colega da maioria. O dispositivo que existe a respeito declara competir à União a fundação de escolas primárias nos aglomerados de indígenas, ao passo que a emenda reconhece a comunidade de indígenas.

São assuntos inteiramente diversos. Nestas condições, parece-me que a emenda não está prejudicada. (Muito bem.)

O Sr. Presidente – Em todo caso, vou ouvir a Assembleia a respeito.

O Sr. Moraes Leme – É rejeitada a propositura do Sr. Moraes Leme.<sup>53</sup>

## A Constituição de 1937

A Carta Outorgada de 1937, a "Polaca" de Francisco Campos, ou seja, a Constituição do Estado Novo, conserva o reconhecimento dos direitos indígenas às terras, modificando levemente os termos da de 1934: "Art. 154 –

Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las".

Sobre esse dispositivo, comenta Antonio Figueira Almeida:

Os silvícolas são os primeiros ocupantes das terras em que se acham localizadas em caráter permanente: não se poderia turbar essa posse mansa e pacífica, tradicionalmente mantida. Reconhece-se-lhes, pois, esse direito, como que em usufruto, desde que eles não possam alienar suas terras. Essa proibição, porém, visa somente protegê-los, porque impede que eles possam vir a ser lesados pelos compradores.<sup>54</sup>

Em consequência do art. 154, as constituições estaduais do Pará, Amazonas, Maranhão e Mato Grosso passaram a assegurar aos índios, elas também, a posse de suas terras.

<sup>53</sup> Basal, *Anuário da Assembleia Nacional Constituinte*, v. XXII, p. 120-2.

<sup>54</sup> Almeida, *A Constituição de 10 de novembro explicada ao povo*, p. 122, grifos nossos.



### A Constituição de 1946

A Constituição de 1946 conservou os dois artigos da de 1934:

Art. 5 – Compete à União:

XV – Legislar sobre [...]

f) a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acham permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

O art. 216 proveio da emenda apresentada por Artur Bernardes na Comissão Constitucional. Era fruto de memorial do SPI ao Ministério da Agricultura, e endossada, com outras palavras, pelo anteprojeto do Instituto de Advogados, de março de 1946. Vinha assim redigida:

Será respeitada aos silvícolas a posse de terras que lhes tenham sido reservadas e também aquelas em que se acham localizados, e sejam necessárias à sua manutenção, de acordo com as respectivas condições do estado social, sendo-lhes, porém, vedado, em qualquer caso, a alienação das mesmas.

E Artur Bernardes lembrava, em sua justificação, que os índios, “donos primitivos das terras, já vão recuando do litoral e de todos os pontos em que a civilização penetra”.<sup>55</sup>

Em defesa da emenda, dizia Álvaro Maia, o mesmo deputado amazonense que introduzira o dispositivo na Constituição de 1934:

O artigo, que pleiteamos seja incluído na Carta Magna, é um resumo da legislação sobre o assunto, desde as doações ou sesmarias, desde as posses, desde as leis de terras e desde as leis que vigoram no regime republicano. [...] Acontece, entretanto, que, na execução dessas leis, em anos que se sucederam e principalmente depois do regime republicano, coube aos estados a distribuição ou a demarcação das suas terras devolutas. Nessas terras devolutas eram envolvidas muitas vezes as terras dos índios. Começou a grande tragédia no regime republicano, entre o civilizado e o índio, entre aquele que trazia alfabetização e

55 Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946*, v. III, p. 431.

que e necessitava de todas as leis protecionistas a terras para si e seus herdeiros; e que a distribuição dessas terras devolutas, requeridas naturalmente pelos latifundiários, por aqueles que desejavam e desejam a exploração natural dos *sarungis*, dos castanhais, dos balatais e, enfim, das reservas de madeiras, impossibilitava os engenheiros que se ocupavam dessas demarcações de separar uma linha clara entre as terras devolutas e as terras dos índios, ou porque realmente não tinham elementos de consulta, elementos científicos para essas demarcações ou por má-fé, ambição e desrespeito às leis que asseguravam as terras dos silvícolas.<sup>56</sup>

A redação original da emenda, aprovada em primeiro turno, foi alterada em vista da simplificação do texto, sendo aprovado o artigo em segundo turno.<sup>57</sup> Carlos Maximiliano comenta o artigo nos seguintes termos:

Governos estaduais concederam título de domínio de terras públicas ocupadas por indígenas; espectralhões compraram-nas por irrisórias quantias e expulsaram os indígenas silvícolas. Providencialmente, portanto, o estatuto de 1946 assegurou a permanência da posse, apenas, e assim mesmo com a vedação da transferência.<sup>58</sup>

“O artigo”, escreve Alcino Pinto Falcão, “tem uma finalidade maior: a de impedir que entre nós ocorra o conflito constitucional de que já foram palco os Estados Unidos, por causa das cobijadas terras de índios”.<sup>59</sup>

E Pontes de Miranda acrescenta aos comentários que já fizera sobre o dispositivo na Constituição de 1934:

A Constituição fala de “condição de não a transferirem”. Entenda-se: sendo, porém, inalienáveis por atos “intervivos” tais terras. “Condição” esta, ali, em sentido não técnico. A posse dos silvícolas é transmissível hereditariamente segundo a regra jurídica do direito das coisas, entre os membros da tribo, se de

56 *Diário da Assembleia Constituinte de 1946*, 1º maio 1946, p. 1843-4.

57 Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946*, v. III, p. 432.

58 Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, v. III, p. 301.

59 Falcão, *A Constituição anotada*, v. III, p. 227.



tribo ainda se trata. A propriedade coletiva é respeitada, e não se considera transferência a substituição automática dos membros da comunidade.<sup>60</sup>

O ponto importante nos textos que precedem e que deve ser aqui salientado é que se trata do reconhecimento da posse imemorial dos índios, de seus títulos anteriores aos de quaisquer outros ocupantes, e não uma proteção transitória, apenas assegurada aos índios enquanto o existisse seu estado de vulnerabilidade. Ou seja, pela facilidade com que podem ser lesados, os índios são protegidos pela tutela. Mas seus direitos à terra independem da tutela, na medida em que são fundamentados na sua condição de primeiros donos. É o que fica claro no comentário que Themistocles Calvanti, o futuro autor do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973), faz sobre o art. 216 da Constituição de 1946:

A Constituição assegura aqui o *uti possidetis* das terras ocupadas pelos índios, com a condição de que não a transfiram. É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a possuíram [...] O princípio é autoexecutável, reconhece um direito cuja medida e extensão dependem apenas da prova quando contestada judicialmente.<sup>61</sup>

### A Convenção 107 e a Constituição de 1967

Em 1966, o Brasil promulga com o Decreto n. 58.824, de 14 de julho de 1966, após aprovação pelo Decreto Legislativo n. 20, de 30 de abril de 1965, a Convenção 107 sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes, da Organização Internacional do Trabalho, adotada em Genebra em 26 de junho de 1957, e da qual era signatário. O art. 11 da Convenção 107 estipula: "O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupam tradicionalmente". Na Constituição de 24 de janeiro de 1967, apesar desse instrumento internacional, a propriedade das terras indígenas é atribuída à União (art. 14).

*fiat se, e a verdade, de uma medida de proteção adicional que visa "impedir que os estados indígenas",<sup>62</sup> Declaradas patrimônio da União, as terras indígenas ficavam ipso facto declaradas patrimônio legislativa.<sup>63</sup> O projeto inicial mantinha apenas a competência da União para legislar sobre questões indígenas art. 8, § VIII, o), e nenhum dispositivo sobre terras. O então ministro da Agricultura, Severo Gomes, por instâncias da profª Heloísa Alberto Torres, articulou que havia sucedido Rondon na presidência do Conselho Nacional de Proteção ao Índio (CNPDI), enviou texto de emenda apresentada pelo senador Wilson Gonçalves:*

Emenda 826. Constituem o patrimônio da União: [...] V – As terras que integram o "Patrimônio Indígena", com o texto seguinte:

"Art. 14 – Integram o Patrimônio da União: [...] – as terras ocupadas pelos silvícolas".

Da justificação constavam as seguintes considerações:

1. A exclusão, do Projeto de Constituição ora em estudo, do art. 216, que assegura aos índios a posse das terras que ocupam sem, todavia, poder aliená-las, dispõe essa já existente nas Constituições de 1934 e 1937, vem abalar ainda mais a segurança indígena.
2. Não foi tampouco incluído, no Projeto de Constituição, o artigo elaborado pelo Conselho Nacional de Proteção aos Índios, no intuito de aprimorar o art. 216, que vinha sendo frequentemente burlado. [...]
4. O que é certo é que a eliminação do art. 216 ensejará o recrudescimento imediato e violento do movimento esbulhador contra o Patrimônio Indígena, levado a efeito pelas correntes pioneiras de penetração, ávidas de ganho e inescrupulosas, que campeiam no interior do país.
5. A repressão desse esbulho será tanto mais dificultada e financeiramente onerosa quanto mais distantes ou dispersos os centros administrativos estaduais, cuja ação jurídica deverá ser requerida em cada caso de esbulho. [...]

<sup>62</sup> Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, v. I, p. 65.

<sup>63</sup> Ver intervenção do senador Oliveira Brito, em: Brasil, *Constituição de 1967, Anais da Câmara dos Deputados*, v. IV, p. 686.

<sup>60</sup> Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, v. IV, p. 217-8.

<sup>61</sup> Cavalcanti, *A Constituição Federal comentada, grifos nossos*.



8. A medida proposta através dessa emenda terá a vantagem de assegurar, pelas autoridades federais componentes, a proteção efetiva dessas terras, ampliando ao mesmo tempo a área efetiva de atuação do governo federal nas diferentes unidades federadas. [...]

9. Se a Constituição considera como de propriedade da União as riquezas do subsolo e as regiões particulares dotadas pela natureza, para efeito da proteção de sua flora e fauna, com muito maior razão terá de ceder a sua proteção às áreas ocupadas pelos índios, que têm nelas a sua condição única de sobrevivência.<sup>64</sup>

O art. 14 da Constituição de 1967 teve, portanto, origem no Ministério da Agricultura. Além disso, funcionários do SPI procuraram o senador Aurélio Vianna, pedindo-lhe que apresentasse emenda com o seguinte texto:

Emenda 436. 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, sendo considerados nulos de pleno direito os atos que impliquem alienação, ônus ou gravames de qualquer natureza, incidindo sobre essas mesmas terras destinadas à subsistência de seus legítimos possuidores.

Várias manobras foram tentadas, em particular pelo senador Oliveira Brito, para impedir a aprovação da Emenda Aurélio Vianna: pretextou-se que era redundante, já que havia sido aprovada a emenda que transferia ao patrimônio da União as terras indígenas. Ora, era evidente, como defendeu o senador Eurico Rezende, que a Emenda Aurélio Vianna tratava da posse e não da propriedade (já então passada à União). E Aurélio Vianna, encaminhando a votação, salientou que a emenda tratava de assegurar aos índios, além da posse, o direito exclusivo aos recursos naturais e às utilidades nelas existentes. A emenda conseguiu ser aprovada, mas amputada de sua segunda parte. Veio a ser o art. 186, com a seguinte redação: "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".<sup>65</sup>

64 Brasil, *Anais da Constituição de 1967*, t.II, v.6, p.876-7.  
65 Brasil, *Constituição de 1967, Anais da Câmara dos Deputados*, v.IV, p.678-87; *Anais da Constituição de 1967*, t.II, v.VI, p.477-8, 876-977.

### A Emenda Constitucional de 1969

Uma formulação semelhante à da Emenda Aurélio Vianna original apareceu afinal, na Emenda Constitucional de 1969 (art. 198). A propriedade das terras continua sendo da União (art. 4º), a quem cabe legislar sobre a mineração indígena (art. 8º, XVIII, o):

Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: IV - as terras ocupadas pelos silvícolas.

Art. 8º - Compete à União:

XVII - Legislar sobre: o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunidade nacional.

Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º - Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º - A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direitos a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

O art. 198 é poderoso, mas contraria interesses igualmente poderosos. Não faltou quem o criticasse e o tentasse deturpar. Assim, o Decreto do Executivo n.88.985/1983, que permite a mineração em terras indígenas, assinado pelo presidente Figueiredo, nos últimos dias de seu governo, é de nefastas consequências. Pontes de Miranda afirma, no entanto, claramente: "O usufruto (do silvícola) é pleno, compreendendo o uso e a fruição, quer se trate de minerais, de vegetais ou de animais".<sup>66</sup>

Outros argumentam que títulos anteriores à Constituição de 1934, incidentes sobre terras de posse de índios, manter-se-iam válidos. É novamente Pontes de Miranda quem afirma: "São nenhuns quaisquer títulos, mesmo

66 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, t.VI, p.457, grifo nosso.

ta dos  
brasil  
ição l  
Supre  
m gei  
pergu  
lo se  
? Pre

Al. Ml

tro  
risik  
o. l  
ida  
lige  
rã  
Bh  
ec  
d  
a  
a  
it  
y  
y  
x  
x  
y



314 MANUELA CARNEIRO DA CUNHA E SAMUEL BARBOSA (ORGS.)  
registrados, contra a posse dos silvicultas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse".<sup>67</sup>

Outros quiseram restringir o entendimento do termo "silviculta", que no Estatuto do Índio é inequivocamente definido como sinônimo de "indio", tentando assim descaracterizar os sujeitos dos direitos assegurados na Constituição.

Outros ainda quiseram entender as terras habitadas pelos indígenas em sentido restrito, e não no sentido antropológico de *habitat*,<sup>68</sup> ou seja, o território necessário à reprodução física e cultural da comunidade indígena, jogo, propriamente, o conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos: trata-se do *habitat* de um povo".<sup>69</sup>  
Em outro voto sobre o assunto, diz Vítor Nunes Leal:

Não está envolvida, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o *habitat* dos remanescentes das populações indígenas do país. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram.

A Constituição atual foi além da anterior, que só protegia a posse, porque ela também protege o usufruto exclusivo, pelos índios, dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras. Pela Constituição, mesmo a alienação de certos frutos dessas áreas pode ficar dependendo de condições que não sejam normalmente exigidas para a alienação dos bens públicos em geral. No caso, trata-se da venda de pinheiros. Não posso saber em que medida a permanência dos pinheiros, como árvores vivas, deva ser considerada como elemento essencial ao *habitat* dos silvicultas.

A ressalva do meu voto é no sentido de não ficarem esses bens públicos — as terras ocupadas pelos índios — bem como os seus frutos, sujeitos à mesma disciplina jurídica dos demais bens públicos.<sup>70</sup>

67 Ibid., p. 457; vide também *Comentários à Constituição de 1946*, v. IV, p. 217-8.

68 Ver Seeger: *Viveiros de Castro*. Terras e territórios indígenas no Brasil, *Revista Civilização Brasileira*, n. 12, jun. 1979.

69 Voto do ministro Nunes Leal. *Recurso Extraordinário* n. 44.585, Maio Grosso, STF, 1961.

70 Voto, Mandado de Segurança n. 16.433-DF, Supremo Tribunal Federal, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 49, p. 295-6, 1967.

Manifesta-se do mesmo modo Themistocles Cavalcanti, na sua Justificação do Projeto do Estatuto do Índio (p.7):

Para que se possa dar ao texto constitucional o seu sentido próprio e uma aplicação prática, é indispensável ajustar ao conceito de habitação e ao sistema de *viveiros silvicultas* e à sua natureza mais ou menos nômade.

Assim a sua posse estaria vinculada não à ideia de habitação como a entendemos, mas de acordo com os costumes indígenas e as necessidades de sua subsistência, levando em consideração a importância da caça e da pesca na vida do indígena.

Evitar, portanto, o conceito que considera a posse o exercício de algum dos direitos inerentes à propriedade, que levaria a um terreno polêmico pois o domínio é da União, preferindo subordinar a posse aos costumes e hábitos dos próprios índios e à sua vinculação à terra.

Se se evocaram aqui essas tentativas de distorção do texto constitucional se se evocaram as manobras usadas nas assembleias constituintes é porque se descreveram a necessidade de se inscreverem na Constituição de 1987 as apontadas para a necessidade de se inscreverem na Constituição de 1987 artigos que mantêm o respeito às terras indígenas, mas redigidos sem nenhuma ambiguidade, nem ressalvas que abram a possibilidade de exceções. Xiste capitulo, é melhor se pecar por excesso.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, A. F. A *Constituição de 10 de novembro explicada ao povo*. Rio de Janeiro: DIP, 1940.  
MUNHO, Tomás de. *Securida Securadae*. 10, 10.  
MUNDEIRA, Alípio; MIRANDA, Manoel Tavares da Costa. Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena, contendo considerações sobre a situação jurídica do índio brasileiro. In: OLIVEIRA, Humberto de (Ed.). *Coletânea de leis, atos e memórias referentes ao indígena brasileiro*, Ministério da Agricultura, CNPI, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, n. 94, p. 55-86, 1947 (1912).  
ROEHR, G. Some Indian Problem. *COLÓQUIO INTERNACIONAL DE ESTUDOS USO-BRASILEIROS*, 3. *Actas do...* v. II. Lisboa: Biblioteca Nacional, 1960. p. 201-9.  
BRASIL. Sessão de 21 de dezembro de 1933. *Annuaire da Assembleia Nacional Constituinte, 1933-1934*, v. II. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1935. p. 22-8.



- BRASIL. *Anuários da Assembleia Nacional Constituinte, 1933-1934, v. XIV*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.
- . *Anuários da Assembleia Nacional Constituinte, 1933-1934, v. XVII*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.
- . *Anuários da Assembleia Nacional Constituinte, 1933-1934, v. XXI*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.
- . *Anuários da Assembleia Nacional Constituinte, 1933-1934, v. XXII*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.
- . *Assembleia Constituinte. Anuários do Parlamento Brasileiro*. t. II. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional, 1823.
- . *Câmara dos Deputados. Anais da Constituição de 1967*. v. IV. Brasília: Diretoria de Informação Legislativa, 1968.
- . *Diário da Assembleia Constituinte de 1946*, 1º maio 1946.
- . *Senado. Anais da Constituição de 1967*. v. 6. t. II. Brasília: Diretoria de Informação Legislativa, 1970.
- . *Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 49, p. 295-6, 1967.
- CAVALCANTI, T. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.
- DUARTE, José. *A Constituição Brasileira de 1946*. v. III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
- FALCÃO, A. P. *A Constituição anotada*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.
- FERREIRA FILHO, Manoel G. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1972.
- FREITAS, frei Serafim de. *Do justo império asiático dos portugueses*. 2v. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1983 (1625). [cap. III, n. 13; cap. IV, n. 5.]
- GERSON, J. *De Vita Spirituali Animae*. In: TUCK, R. *Natural Rights Theories: their Origin and Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 25-7.
- INOCÊNCIO IV, papa. *Apparatus ad quinque libros Decretalium*. v. III. 34.8. [s.l.: s.n.] 1578.
- LEITE, S. *História da Companhia de Jesus no Brasil*. t. VI. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1945. p. 330-41.
- LEMOS, Miguel; TEIXEIRA MENDES, R. *Bazes de uma constituição política ditatorial federal para a República Brasileira*. Rio de Janeiro: Apostolado Positivista do Brasil, 1890.
- MAXIMILIANO, C. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. III. São Paulo: Freitas Bastos, 1948.
- MENDES JR., J. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Henries Irmãos, 1912.
- NAUD, L. *Documentos sobre o índio brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*. p. 307, jan./mar. 1971.
- OAKLEY, F. *The Political Thought of Pierre d'Ailly: the Voluntarist Tradition*. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 74-92.

- OLIVEIRA, J. Mariano de. *Pelos indígenas brasileiros*. Rio de Janeiro: Igreja Positivista do Brasil, 1894.
- , José Maria de. *Terras dos índios*. *Boletim SPI*, Rio de Janeiro, n. 1, 1944.
- PÁULA, José Miranda, F. C. *Comentários à Constituição da República das E. U. do Brasil*. Ed. Guanabara, 1937.
- MONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1946*. v. IV. Rio de Janeiro: s.l. t. III. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1946.
- MONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1946*. v. IV. Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1946.
- . *Comentários à Constituição de 1967*. t. VI. São Paulo: RT, 1972.
- SEGER, Anthony; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Terras e territórios indígenas no Brasil*. *Revista Civilização Brasileira*, ano 00, n. 12, p. 101-15, jun. 1979.
- TEIXEIRA MENDES, R. *Ainda os indígenas do Brasil e a política moderna*. Rio de Janeiro: Igreja Positivista do Brasil, 1908.
- . *Em defesa dos selvagens brasileiros*. Rio de Janeiro: Igreja Positivista do Brasil, 1910.
- . *En deŕezza dos selvagens brasileiros*. Rio de Janeiro: Igreja Positivista do Brasil, 1910.
- TWISS, sir Traver. *The Oregon Question Examined, in Respect to Facts and the Law of Nations*. Londres: Longman, Brown, Green, and Longmans, 1846. p. 156. [digit.]
- VITÓRIA, Francisco de. *Relecciones. De indis*. 3. ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1975.
- ZAWALA, S. *Las instituciones jurídicas en la conquista de America*. Madrid: Imprenta Helénica, 1935.