

Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white, sans-serif font centered within a solid blue rectangular background.

Avanços e retrocessos da legislação indigenista [Advances and setbacks of the indigenous legislation]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Article
Authors	Fachin, Patricia
Publisher	Instituto Humanitas Unisinos - IHU
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-04-18 21:58:30
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/160359

Avanços e retrocessos da legislação indigenista

Historiadora Thais Luiza Colaço analisa as leis dos índios e as leis feitas para os índios no Brasil. Com a Constituição de 1988 se estabeleceu a alteridade do índio e acabaram as perspectivas assimilacionistas e integracionistas das Cartas Magnas anteriores

POR PATRÍCIA FACHIN E MÁRCIA JUNGES

No período pré-colonial “não havia um único direito para todas as comunidades indígenas, e sim vários direitos de acordo com cada comunidade”. É que os direitos indígenas são pluralistas, “cada comunidade constrói o seu direito de acordo com suas necessidades locais e particularidades culturais”, explica a historiadora Thais Luiza Colaço, na entrevista que concedeu por e-mail à IHU On-Line. E continua: “Observa-se que no decorrer dos séculos a legislação indigenista oscilou, ora reprimindo totalmente os interesses indígenas para atender à demanda dos colonizadores, ora suavizando a opressão. Porém, de uma forma ou de outra, garantindo a exploração da mão de obra indígena, a usurpação de suas terras e riquezas nativas e a extinção étnico-cultural destes povos”. Com o incentivo à colonização europeia e à Lei de Terras de 1850, os indígenas foram expropriados de suas terras: “Em algumas localidades as populações indígenas foram eliminadas ou afugentadas, e em outras foram aproveitadas como mão de obra”. A Constituição de 1988 “estabelece novos elementos jurídicos para fundamentar as relações entre os índios e os não-índios e garantir a manutenção de seus direitos diante da sociedade nacional. Uma das novidades é que se acabaram as perspectivas assimilacionistas e integracionistas das constituições anteriores: o índio adquire o direito à alteridade”.

Thais Luiza Colaço é graduada em História e em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, mestre em História e doutora em Direito pela mesma universidade. É professora na UFSC nos cursos de graduação e Pós-Graduação em Direito. Tem experiência nesta área, com ênfase em Antropologia Jurídica, História do Direito, Metodologia do Ensino e da Pesquisa em Direito. Entre sua produção bibliográfica, citamos *Pueblos indígenas, desarrollo y participación democrática* (Florianópolis e Oñati: Fundação Boiteux e Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, 2009), organizado juntamente com José Augusto Costa; *Elementos de antropologia jurídica* (Florianópolis: Conceito Editorial, 2008); e *“Incapacidade” indígena: tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas* (Curitiba: Juruá, 2000). A professora apresentará o minicurso *Legislação indígena - Os índios e a Lei: história e contemporaneidade*, no dia 27-10-2010, às 16h. Confira a entrevista.

IHU On-Line - Embora os índios pré-coloniais não tivessem um modelo de Estado organizado e regido por uma lei ocidental, ainda assim eles possuíam um direito oral. Quais eram as bases desse direito oral e como ele era aplicado nas diferentes comunidades indígenas?

Thais Luiza Colaço - O direito indígena pré-colonial era regido por quatro princípios: a prioridade dos interesses coletivos sobre os individuais, a responsabilidade coletiva, a solidariedade e a reciprocidade. Tais princípios

permeavam as relações de governo interna e externamente, com as formas de liderança grupal, as relações guerreiras com outros grupos, assim como o direito dos prisioneiros de guerra. No direito penal pela diferença entre o direito penal público e o direito penal privado, o objetivo e tipos de penas, a responsabilidade penal, a regulamentação da caça, os crimes contra o patrimônio, os crimes contra a pessoa, os crimes contra os costumes, os crimes contra a família e o suicídio. Também é possível iden-

tificar o direito civil, apresentando o direito de família, das sucessões, de propriedade e as relações de trabalho. Esta forma de direito estava de acordo com o paradigma do pluralismo jurídico, ou seja, diversas formas de direito convivendo ao mesmo tempo, no mesmo espaço geográfico. Não havia um único direito para todas as comunidades indígenas, e sim vários direitos de acordo com cada comunidade.

IHU On-Line - O que diferenciava a

lei indígena e a lei europeia?

Thais Luiza Colaço - O direito indígena pré-colonial era consuetudinário, transmitido de geração a geração pela oralidade, não era um direito escrito, nem oficial e nem universal. Tratava-se de regras de convívio social indispensáveis para as pessoas viverem em paz e harmonia diante da sua cultura e sua tradição, de acordo com suas especificidades. O direito europeu era um direito escrito, codificado, oficial e universal. Deveria servir para todos, uniformizado. Era um direito monista, e não pluralista.

IHU On-Line - Quais são, no seu entendimento, os principais conflitos e desafios entre índios e europeus no que diz respeito à ideia do Direito e às diferentes formas de entender as leis?

Thais Luiza Colaço - O seu direito consuetudinário lhes foi negado por falta de compreensão e respeito e também pelos interesses da dominação colonial. O direito moderno ocidental se julga universalista, um único direito que deve vigorar para todos, independente de suas particularidades. Já os direitos indígenas são pluralistas, cada comunidade constrói o seu direito de acordo com suas necessidades locais e particularidades culturais.

IHU On-Line - Em que momento histórico houve a necessidade de criar uma legislação indígena?

Thais Luiza Colaço - Os primeiros contatos entre os portugueses e os indígenas foram amistosos. A partir de 1530, quando os portugueses decidiram colonizar o Brasil, houve uma profunda modificação nas suas relações e a necessidade da criação de uma legislação indígena. Mas não havia nenhuma preocupação em garantir os direitos das populações autóctones, mas sim em normatizar e regularizar as relações de exploração do colonizador em relação aos colonizados.

IHU On-Line - Historicamente, quais são as principais posturas dos Estados português e brasileiro em relação ao direito indigenista? Hoje, é possível perceber algum avanço nesta temática?**“A Constituição de 1824 nem sequer mencionava a existência de índios no território brasileiro, muito menos propunha regular as relações conflituosas entre os índios e os não-índios”**

Thais Luiza Colaço - Observa-se que, no decorrer dos séculos, a legislação indigenista oscilou ora reprimindo totalmente os interesses indígenas para atender à demanda dos colonizadores, ora suavizando a opressão. Porém, de uma forma ou de outra, garantindo a exploração da mão de obra indígena, a usurpação de suas terras e riquezas nativas e a extinção étnico-cultural destes povos.

Muito recentemente, quase no final do século XX, finalmente pôde-se perceber algum avanço nos direitos indígenas. O Estado, estimulado pela participação dos movimentos indígenas e pelas novas concepções da Antropologia e do Direito, incorporou uma nova visão dos direitos dos índios à Constituição de 1988, existindo hoje uma proposta de um Estatuto das Sociedades Indígenas para normatizar os dispositivos constitucionais sobre a questão, apresentando uma nova postura de garantia do direito à diversidade cultural e à auto-organização dos povos indígenas.

IHU On-Line - Como se deu o processo de demarcação estatal das terras indígenas no Brasil? Que aspectos favoreceram tal demarcação em detrimento de outro modelo?

Thais Luiza Colaço - Quanto ao processo de demarcação estatal das terras indígenas, a Constituição de 1988 vai determinar que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios tornam-se bens da União, competindo a esta “demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus

bens”. Sendo consideradas “por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais a seu bem-estar e às necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. São garantidos a sua posse permanente e o usufruto de suas riquezas naturais, tornando “nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse” dessas terras. Tornando-se um direito originário (anterior à lei), imprescritível, inalienável e indisponível. As terras indígenas demarcadas são de propriedade da União, mas de posse permanente das comunidades indígenas.

IHU On-Line - Quais foram os efeitos da proclamação da independência do Brasil em 1822, para as comunidades indígenas?

Thais Luiza Colaço - Com a proclamação da independência do Brasil em 1822, sob a influência dos ideais liberais, sentiu-se a necessidade de estabelecer uma política indigenista, pregando-se o término da escravidão e o surgimento de uma nova “raça brasileira”, por meio da integração e da miscigenação. Mas, de fato, pouca coisa mudou. A Constituição de 1824 nem sequer mencionava a existência de índios no território brasileiro, muito menos propunha regular as relações conflituosas entre os índios e os não-índios. Em 1831 foi revogada a Carta Régia que declarava a guerra oficial aos indígenas e à sua escravização.

Com o enfraquecimento do poder central, a partir de 1834, as províncias passam a ter uma certa independência e a tomar iniciativas próprias anti-indígenas. Sendo assim, em 1845, a única norma indigenista geral do governo imperial era o Regulamento das Missões, extremamente detalhado, representando mais um documento administrativo do que um plano político. Esse regulamento tentou oferecer uma certa proteção às populações indígenas, diminuindo a ação armada do Estado, promovendo a integração por meio da descaracterização cultural.

Mas o objetivo principal era acabar com os conflitos nas áreas de expansão da sociedade não-índia, retirando os indígenas das terras e concentrando-os em aldeias.

A situação agravou-se com o incentivo da colonização europeia. A Lei de Terras de 1850 trouxe uma nova concepção da propriedade da terra, acessível apenas pela compra e pela aquisição do título de propriedade, e não mais pela posse. Assim, os indígenas foram expropriados de suas terras, que foram ocupadas paulatinamente por colonos e pelas frentes pioneiras extrativas e agropastoris. Em algumas localidades as populações indígenas foram eliminadas ou afugentadas, e em outras foram aproveitadas como mão de obra.

IHU On-Line - Qual é a novidade da Constituição de 1988 em relação às outras leis que dizem respeito ao índio?

Thais Luiza Colaço - A novidade da Constituição de 1988 é que, pela primeira vez numa constituição, se estabelece novos elementos jurídicos para fundamentar as relações entre os índios e os não-índios e garantir a manutenção de seus direitos diante da sociedade nacional.

Uma das novidades é que se acabaram as perspectivas assimilacionistas e integracionistas das constituições anteriores: o índio adquire o direito à alteridade, isto é, respeita-se a sua especificidade étnico-cultural, garantindo-lhe o direito de ser e de permanecer índio. Assim, “não é mais o índio que necessita entender e incorporar-se à sociedade brasileira, mas, sim, esta deve buscar entender os valores e concepções étnico-culturais de cada povo indígena localizado no Estado brasileiro”.

A Constituição reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, cabendo ao Estado garantir “o pleno exercício dos direitos culturais”, protegendo “as manifestações das culturas populares, indígenas” e outras. Ainda faz menção ao direito do ensino fundamental regular diferenciado, que deverá ser “ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização

“Com o enfraquecimento do poder central, a partir de 1834, as províncias passam a ter uma certa independência e a tomar iniciativas próprias anti-índigenas”

de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”, trazendo, desta forma, uma valorização cultural, incentivando a aprendizagem das línguas nativas

Direito às terras, um direito originário

Com relação às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, também há inovações, passando a ser reconhecido o direito às terras como um direito originário, inalienável, indisponível e imprescritível.

Fica determinado que cabe ao Congresso Nacional a autorização para o “aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas”, após prévia audiência com as comunidades envolvidas, sendo assegurada a elas a participação nos resultados da exploração.

Proíbem-se as remoções de grupos indígenas de suas terras, exceto em situações de risco, como, por exemplo, em epidemias e catástrofes, porém com o consentimento prévio do Congresso Nacional, devendo essas populações retornarem às suas terras de origem tão logo cesse o perigo.

Foram reconhecidas a legitimidade processual dos índios, suas comunidades e organizações para, juntamente com o Ministério Público, ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

A Assembleia Constituinte evitou a utilização do termo “povos” para referir-se às nações indígenas, preferiu “comunidades indígenas”, “grupos indígenas”, “índios”, “populações indígenas” e “organizações indígenas”. A expressão “povos” no plural aparece

apenas para tratar do Estado no âmbito internacional, utilizando a auto-determinação dos povos” e a “cooperação entre povos para o progresso da humanidade”. Não reconhecendo nos moldes do direito internacional o direito à autodeterminação.

Apesar de estarem garantidos os “novos” direitos indígenas na Carta Constitucional de 1988, eles apenas serão efetivados com a sua prática. Para isso, é necessária a criação de uma legislação complementar regulamentando os diversos dispositivos constitucionais que regem a matéria.

IHU On-Line - Que avaliação faz das leis formuladas ao longo da história no que se refere aos indígenas? Quais são os avanços na legislação indigenista no decorrer dos séculos?

Thais Luiza Colaço - Desde a ocupação do Brasil pelos portugueses, houve o interesse em normatizar as relações entre os índios e os não-índios e de legitimar a exploração da mão de obra e a usurpação das suas terras e riquezas.

Os antigos direitos raramente beneficiavam aos índios. A política indigenista no Brasil Colônia e Império alternava entre os interesses da Igreja e os dos colonos, às vezes pregando métodos “suaves” de “civilização” por meio da cristianização, às vezes pregando métodos violentos de exploração e de extermínio.

As leis de proibição da escravidão indígena a partir de 1755 incentivaram o aparecimento da figura da tutela orfanológica. Posteriormente surge a tutela especial por meio do Serviço de Proteção aos Índios - SPI em 1910 e da Funai em 1967. Com o Código Civil de 1916, o regime tutelar se mantém, porém com outras características, classificando o indígena de relativamente incapaz.

A maioria das constituições brasileiras quando se referia aos índios, basicamente preocupava-se com a sua “civilização” e catequese, com a sua integração à comunidade nacional, com uma garantia limitada da posse de suas terras e de usufruto das riquezas naturais.

Em 1973, implantou-se uma legislação indígena mais avançada, o chamado Estatuto do Índio, mas que ainda se encontrava impregnado do caráter

integracionista, que apostava na assimilação do índio à sociedade brasileira, deixando a partir daí de ser índio e perdendo os direitos inerentes a essa condição.

Diversidade étnico-cultural

Ainda hoje existe dificuldade em definir o que é ser índio, e os povos indígenas são tratados indistintamente como iguais apesar de sua diversidade étnico-cultural. Com o advento da Constituição de 1988, põe-se termo à política integracionista e assimilacionista, os índios passam a ter o direito de ver respeitada a sua diversidade étnico-cultural e de se auto-organizar. Ampliam-se os direitos referentes às terras tradicionalmente ocupadas e à utilização de suas riquezas naturais, cabendo à União mantê-las e demarcá-las. Proíbe-se a remoção de grupos indígenas de suas terras e fica reconhecida a legitimidade processual dos índios.

Todos estes dispositivos constitucionais deverão ser regulamentados em legislação específica, já existindo desde 1991 um projeto de lei chamado Estatuto das Sociedades Indígenas, mas que ainda não foi aprovado. Ainda temos em âmbito internacional favoráveis aos “novos” direitos indígenas a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU e as novas constituições plurinacionais latino-americanas.

Averiguou-se a dificuldade de se garantir o direito à auto-organização e à diversidade cultural dos povos diante do Estado, que só aceita a existência de uma cultura nacional e prega a igualdade de direitos para todos, independentemente de suas diferenças. Observa-se que a legislação indígena, mesmo alcançando avanços durante os séculos de ocupação europeia, é retrógrada na sua aplicação, porque ainda interferem e prevalecem interesses alheios à causa indígena e o cotidiano desses povos está muito distante da efetiva garantia de seus direitos constitucionais.

Francisco de Borja e as missões no “Novo Mundo”

POR MARTINHO LENZ

No próximo dia 28 de outubro celebram-se os 500 anos de nascimento de Francisco de Borja y Aragon, que foi o terceiro superior geral da Companhia de Jesus. Francisco de Borja, antes de entrar na Companhia de Jesus, foi membro da Corte espanhola. Nomeado primeiro Marquês de Llombay, foi depois vice-rei na Catalunha, entre 1539 e 1543. Ele faz parte da primeira geração de jesuítas que tiveram suas vidas influenciadas diretamente por Santo Inácio de Loyola, seu amigo e conselheiro.

O artigo que segue foi enviado para a IHU On-Line pelo próprio autor, Martinho Lenz, sob o título “A vida fascinante de Francisco de Borja: de nobre a santo”. Para Martinho Lenz, Francisco de Borja foi um grande incentivador das missões no Novo Mundo. Este “Novo Mundo” era a América, ou seja, as reduções, que inspiram o tema de capa da presente edição.

Graduado em Filosofia e Teologia, Martinho Lenz é mestre em Sociologia da Religião pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), e doutor em Sociologia pela Universidade Gregoriana, em Roma, com a tese *Movimentos sociais na era da globalização*. É especialista em desenvolvimento das comunidades e cooperativismo pelo S. Francis Xavier College, no Canadá. É co-autor de *Realidade Brasileira - Estudo de Problemas Brasileiros* (Sulina) e *Temas de Doutrina Social da Igreja* (Porto Alegre: Paulinas, 2004-2006). Atualmente é secretário executivo da Conferência dos Provinciais Jesuítas da América Latina (CPAL), com sede no Rio de Janeiro. Confira o artigo.

A cidade missioneira de São Borja-RS, leva nome de um Santo que este ano completa 500 anos de seu nascimento. No dia 28 de outubro de 1510 nascia Francisco de Borja y Aragón, filho do duque de Gandia, da Espanha e vice-rei de Navarra. Francisco de Borja levou uma vida intensa e guiada pela fé católica. Liderou na política, formou uma família, era rico e generoso. Depois de perder a esposa, e de ter colocado os filhos, repensou sua opção de vida. Fez um retiro espiritual. Resolveu então mudar de rumo, tornando-se jesuíta. Acabou sendo escolhido superior geral da sua Ordem. Como tal, fomentou as missões religiosas na América.

Essa ação foi o germe do qual nasceram depois as reduções dos sete povos no RS e os demais 23 povos da região do rio da Prata. Em honra ao mérito, o seu nome foi dado à cidade de São Borja, a primeira das sete reduções guarani criadas em solo rio-grandense.

Qual o sonho que inspirou a criação das reduções? Quem foi Francisco de Borja, o patrono da cidade de São Borja, cidade que deu dois presidentes ao Brasil?

As reduções

Os Sete Povos das Missões eram aldeamentos de indígenas fundadas