Prim@ Facie vol 16 número 32 2017

Direitos dos Índios na Constituição de 1988
Os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção

Rodrigo Bastos de Freitas
Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Delegado da Polícia Federal
Email: rodrigobastosdefreitas@gmail.com

Saulo José Casali Bahia
Título: Professor Dr. da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Juiz Federal da 1ª Região
Email: saulocasalibahia@uol.com.br

Resumo: O presente artigo tem como objetivo identificar e demonstrar a existência dos princípios da tutela-proteção e da autonomia dos povos indígenas, presentes de forma implícita na Constituição de 1988. Para tanto, parte da pesquisa histórica da legislação relativa aos direitos dos índios brasileiros desde o período colonial, com referência também a determinados aspectos da formação e atuação dos órgãos estatais encarregados da gestão da "questão indígena", para tratar da recepção da figura da tutela estatal dos índios pela vigente Constituição.

Palavras-chave: Constituição de 1988; Direitos dos índios; História da legislação indigenista; Autonomia dos povos indígenas; Tutela.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Direitos dos Índios na Constituição de 1988
Os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção

RODRIGO BASTOS DE FREITAS

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 estabeleceu o principal marco no tratamento dos direitos dos índios no Brasil. Primeiro texto constitucional a reservar um capítulo específico para o tema, ampliou significativamente o grau de proteção ao reconhecer "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam" (art. 231, *caput*).

Desde os tempos coloniais as políticas oficiais sempre se pautaram pelo *paradigma da integração*, que reputa transitória a "condição" de índio e inexorável sua "integração" à sociedade nacional. A principal inovação trazida pela Constituição de 1988 foi justamente a superação desse marco, substituindo-o pelo *paradigma da interação*.

O presente artigo, retirado de dissertação de mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, propõe demonstrar a existência de dois princípios implícitos na Constituição, de posição central no sistema constitucional de direitos dos índios: os princípios da *autonomia dos povos indígenas* e da *tutela-proteção*, cujos contornos teóricos foram delineados respectivamente por Barbosa (2001a) e Barreto (2003).

Para tanto, parte-se de condensada exposição da trajetória da legislação brasileira, em paralelo a certos aspectos das políticas indigenistas oficiais adotadas ao longo da história, com o objetivo

de analisar o grau de inovação trazido pela Constituição de 1988 e também as dificuldades representadas pelo antigo paradigma da integração.

Analisados os contornos do paradigma da interação, buscaremos demonstrar que o *caput* do art. 231 da Constituição estabelece norma de direito fundamental. Em seguida, passamos à análise dos princípios da tutela-proteção e da autonomia dos povos indígenas, implícitos no texto constitucional.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO E POLÍTICA INDIGENISTA NO BRASIL

2.1. Período colonial

No período colonial, a ação indigenista se fundou na distinção entre índios aldeados – receptivos à política oficial – e gentios bravios, cujo enfrentamento era justificado pelo princípio da guerra justa.[1] A política de aldeamento, crucial para o projeto colonial, baseou-se na inovadora teoria do *consentimento pelo medo*, de autoria do jesuíta Manuel da Nóbrega (1517-1570) (EISENBERG, 2000, p. 22).

A força de trabalho indígena somente decaiu de importância no século XVIII, com a mineração em larga escala. A essa altura a população autóctone, em grande parte eliminada ou escravizada, já não era capaz de suprir a mão-de-obra necessária.

Durante certo tempo predominou a tese de que a política indigenista colonial teria se caracterizado por oscilações, na disputa política entre projetos opostos – a catequização jesuíta e a exploração econômica. Contudo, estudos recentes demonstram que, embora conflitantes, ambas as visões atendiam aos interesses da metrópole.

1 A legislação do período colonial português nunca foi compilada adequadamente, pois o estudo do indigenismo colonial tradicionalmente privilegiou aspectos políticos e econômicos e não o estudo jurídico. As presentes remissões se baseiam no inventário realizado por Beatriz Perrone-Moisés (CUNHA, 2002, p. 529-566).

As linhas paralelas de atuação convergem para o reconhecimento de direitos mais amplos aos indígenas que se submetessem à Coroa. Além das ordenações portuguesas, a legislação colonial era formada por regimentos expedidos pelos governadores locais e também cartas régias, leis, alvarás e provisões. Quando necessário, formavam-se juntas para a análise *in loco* de controvérsias, motivando a expedição de normas relativas a questões bastante específicas e locais (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 116-117).

A Lei de 30/7/1566, promulgada pelo administrador Mem de Sá (1500-1572), foi o primeiro conjunto sistemático de legislação sobre os índios, contemplando a possibilidade de escravização voluntária (EISENBERG, 2000, p. 139).

Para garantia de mão-de-obra e exploração do território, foram fundamentais as políticas de "descimento" (deslocamento de povos inteiros até a proximidade dos povoados, tendo a Lei de 24/2/1587 exigido a participação de missionários) e de "aldeamento" (sedentarização e catequização).

As terras das aldeias, após os descimentos, eram garantidas aos índios desde o início.[2] A administração das aldeias foi confiada primeiramente aos jesuítas[3], mas mudanças legais introduziram a administração temporal.[4]

2 O Alvará de 26/7/1596 consagrou o adágio "senhores das terras da aldeia, como o são na serra". Posteriormente, o Alvará de 1/4/1680 (reiterado pela Lei de 6/6/1755) explicitaria e ampliaria essa proteção.

3 A Lei Régia de 3/7/1609 proibiu a escravização de índios, reconheceu seus direitos territoriais e entregou sua civilização e catequese à Companhia de Jesus. Ao longo do tempo houve idas e vindas: a administração religiosa foi reafirmada (Lei de 9/4/1655), depois proibida (Lei de 12/9/1663), restaurada (Lei de 1/10/1680 e Regimento das Missões de 21/12/1686) e definitivamente revogada pelo marquês de Pombal em 1755.

4 A administração leiga foi introduzida, de fato, no Maranhão e no Pará. Denúncias de abusos levaram à sua proibição (Alvará de 8/6/1625), o que gerou resistência (MIRANDA; BANDEIRA, 1992, p. 32). Contudo, a vedação foi reiterada pelo Alvará de 10/11/1647, e posteriormente restaurada pela Lei de 12/9/1663.

Aos índios aldeados e aliados sempre se reconheceu a liberdade[5], o que incluía a posse das terras das aldeias e o direito a remuneração e bom tratamento, exigindo-se em troca o trabalho compulsório. Desde o início o trabalho indígena era remunerado, direito frequentemente desrespeitado ao argumento de que a liberdade impedia os índios de sair da barbárie. A reunião de povos diferentes na mesma aldeia era condicionada à mútua concordância. Esse seminal e genuíno direito político constituía também medida de cautela, uma vez que o aldeamento conjunto de povos inimigos dificilmente poderia ser bem sucedido.

A contumaz inobservância dos direitos positivados tornou necessária a figura do procurador dos índios.[6] Criaram-se juntas para fiscalização dos direitos trabalhistas e casos de cativeiro[7], exercida pelos ouvidores gerais. A Lei de 1653 garantiu o acesso à justiça aos índios cativos, tornando-se o primeiro texto legal a tratar da alforria. Ao longo do período colonial perdurou a correlação entre liberdade e aldeamento, presente nas leis que previam o aldeamento como punição aos colonos que ilegalmente escravizassem os índios.[8]

Os frequentes casos de escravização ilegal levaram a Coroa portuguesa a cessar a distinção e estender a liberdade a todos os índios, para garantir ao menos a liberdade dos aldeados. Eram as chamadas "grandes leis da liberdade" (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 122).

---

5 Podem ser citadas as Leis de novembro de 1505, de 30/7/1609, de 10/9/1611, de 17/10/1653 e de 1/4/1680, os Alvarás de 10/11/1647 e 8/5/1758, a Provisão de 5/7/1605 e as Cartas Régias de 29/4/1667 e 5/7/1715.

6 São exemplos de instituição de procurador dos índios o Alvará de 26/7/1596, a Lei de 9/4/1655 e o Regimento das Missões de 1686. Há registro da prisão de um procurador no Maranhão, em 1701, para a garantir a observância de leis favoráveis aos índios (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 121).

7 Lei de 9/4/1655 e Carta Régia de 3/2/1701, p.ex.

8 É o caso do Regimento das Missões e também do Quartel da Câmara de São Paulo de 28/5/1635 e do Bando do Governador do Rio de Janeiro de 14/8/1696.

No período colonial a escravização era juridicamente lícita em duas hipóteses: guerra justa ou resgate.[9] Muito variaram, ao longo do tempo e das diversas leis, os motivos para a guerra justa. Sobre a maior parte não havia consenso, fosse a recusa dos índios à conversão[10], o impedimento da propagação da fé[11], a quebra de pactos celebrados ou a prática da antropofagia.[12]

A única justificação incontroversa era a hostilidade contra vassalos e aliados dos portugueses.[13] Não surpreende que fosse a mais utilizada, ao ponto de, diante dos abusos, ter-se estabelecido como justas apenas as guerras declaradas pelo próprio rei, de maneira fundamentada.[14]

---

9 Como se pode concluir das Leis de 1609, 1680 e 1755. A escravização decorrente de guerra justa foi considerada lícita já nas Leis de 20/3/1570 e de 11/11/1595. A Lei de 30/6/1609 declarava a liberdade de todos os índios do Brasil, mas as constantes hostilidades entre gentios e colonizadores levaram a Lei de 10/9/1611 a restaurar a escravidão decorrente de guerra justa. O Alvará de 28/4/1688 autorizava a escravização dos índios infiéis durante o período de guerra, levando à conclusão de que aqueles que já tivessem se convertido ao cristianismo não podiam ser escravizados. A Carta Régia de 20/4/1708, por sua vez, autorizava a venda de índios em praça pública para indenização de despesas feitas pela Fazenda Real.

10 Como dito, Nóbrega se opunha à catequização pela força e defendia o consentimento pelo medo. Porém, a primeira tese prevaleceu por influência do jesuíta espanhol Quirício Caxa, que ocupou importante posição na Congregação em Salvador. Em acirrado debate com Nóbrega sobre a tese tomista de extrema necessidade e suas implicações para a natureza do direito subjetivo, Caxa formulou o modelo que se tornaria influente na doutrina jesuíta. A teoría de Nóbrega do consentimento pelo medo e o conceito de direito subjetivo de Caxa foram as contribuições mais importantes dos jesuítas para a teoria política (EISENBERG, 2000, p. 140-167).

11 A Provisão Régia de 17/10/1653, a Lei de 9/4/1655 para o Estado do Maranhão e o Alvará Régio de 28/4/1688 permitiam a guerra justa para garantia do trabalho de pregação. Contudo, a Lei de 9/4/1655 não reconhecia a justificativa da recusa à aceitação da fé, a exemplo do antigo Regimento de Tomé de Sousa de 1548.

12 Provisão Régia de 17/10/1653.

13 Carta Régia de 1537, Regimento de Tomé de Sousa de 1548, Lei de 20/3/1570, Lei de 22/8/1587, Lei de 11/11/1595, Provisão de 26/7/1596, Lei de 10/9/1611, Lei de 9/4/1655, Lei de 2/9/1684, Carta Régia de 11/10/1707 para o Maranhão e Cartas do vice-rei do Brasil de 1723 e 1726, entre outros documentos.

14 Leis de 11/11/1597 e de 9/4/1655. Houve guerras declaradas injustas, com determinação de soltura dos prisioneiros (Cartas Régias de 22/9/1605 e 17/1/1691

Se decretada, a guerra devia ser total. A morte e escravização dos índios eram autorizadas, recomendava-se a queima e destruição de aldeias e a imposição de castigos exemplares.[15] A escravização poderia decorrer também dos resgates, ou seja, da compra ou libertação de prisioneiros dos índios; nesses casos era temporária, instituída como contraprestação pela salvação.[16]

O primeiro governo leigo foi instituído em 1611, mas a administração por religiosos permaneceu como regra. Por influência do padre Antônio Vieira (1608-1697), a Lei de 9/4/1655 concedeu o monopólio da Companhia de Jesus sobre os índios. Gradualmente o governo secular se expandiu, ficando reservada aos jesuítas a jurisdição espiritual, extinta apenas em 1755.[17]

Em 1759 os jesuítas foram expulsos pelo marquês de Pombal (1699-1782); ao retornarem em 1840, passaram a atuar estritamente a serviço do Estado. Pode-se afirmar que os missionários jesuítas desempenharam o importante papel de contrapor o humanismo cristão à pura e simples exploração da força de trabalho indígena. O objetivo oficial de conversão dos "gentios" foi abandonado apenas no século XVIII, nos primórdios do positivismo filosófico.

---

e Consulta do Conselho Ultramarino de 27/4/1731). Por sua vez, a Lei de 1/4/1680 proibiu as guerras e a escravização de índios, diante da constatação de que os abusos haviam se tornado comuns.

15 Foram vários os textos legais e documentos nesse sentido, podendo ser destacados o Regimento de Tomé de Sousa de 1548, o Regimento de 24/12/1654 para a Bahia, a Carta do governador-geral do Brasil de 14/3/1688 para o Rio Grande e a Carta Régia de 25/10/1707 para o Maranhão. As recomendações de guerra rigorosa, total ou veemente são especialmente numerosas no século XVII e início do século XVIII.

16 A licitude da escravização decorrente de resgate remonta à Lei de 1587. Posteriormente veio a ser prevista no Regimento de 21/2/1603, na Lei de 10/9/1611 e na Provisão Régia de 17/10/1653, entre outros documentos. Em alguns casos, como no do Regimento de 25/5/1624, ela se restringia ao caso de resgate de cativos destinados ao sacrifício em rituais de antropofagia.

17 Lei de 6/6/1755, que extinguiu a administração jesuíta e também proibiu a escravização dos índios.

No período de Pombal a presença de brancos nas aldeias se tornou política oficial, com a justificativa de se eliminar o isolamento das missões. Criaram-se os Diretórios Pombalinos para administração colegiada dos aldeamentos. Proibiu-se a escravização dos índios e os aldeamentos foram transformados em vilas. Foram incentivados os casamentos mistos e os índios proibidos de usar seus nomes.

Embora atualmente a política pombalina possa ser considerada etnocida, à época se entendeu que as medidas significavam a "vanguarda da defesa do índio" (MIRANDA; BANDEIRA, 1992, p. 39), servindo também à consolidação da presença do Estado.

2.2. Império

No período imperial, o ponto central da ação indigenista deixou de ser a mão-de-obra e passou à questão das terras. A mudança refletiu-se no debate quanto à *natureza* dos índios. Na colônia, a influência jesuíta ditou o discurso oficial, calcado no imperativo moral de salvação das almas. A escravização dos índios, fundamental para economia colonial, exigia justificativa legítima. Porém, no período monárquico a expansão do Estado e a apropriação das terras exigiam justificativa diversa: no século XIX surgiu o novo debate acerca da humanidade dos indígenas, que se estenderia pelos domínios da filosofia, da biologia e da antropologia física (CUNHA, 2002, p. 133-134).

A legislação brasileira foi influenciada pelo chamado evolucionismo unilinear, segundo o qual todas as culturas devem passar pelas mesmas etapas de evolução, o que permite classificá-las de acordo com o grau de desenvolvimento (LARAIA, 2005, p. 114). Destarte, as sociedades "primitivas" estariam fadadas a "evoluir", abandonando suas culturas em prol dos benefícios da civilização.

Diante dos veementes argumentos quanto à animalidade dos índios, o Estado brasileiro adotou o discurso oficial oposto. Para

promoção do orgulho nacional, afirmavam-se as qualidades naturais do indígena brasileiro e as artes se voltavam para o tema da "vida natural". Porém, tal retórica era para uso externo; internamente, a bestialidade dos nativos era afirmada (CUNHA, 2002, p. 134).

A vinda da Corte portuguesa significou o início de ofensiva sem precedentes da política indigenista oficial. Se antes a guerra contra os índios era supostamente defensiva e travada em seu próprio beneficio, o reinado de D. João VI inaugurou a política de franca hostilidade (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p. 101-105).

Contudo, tratou-se de breve interregno. Após a Independência a ação estatal voltou a se inserir em um projeto político amplo, por esforço principalmente de José Bonifácio (1763-1838). Porém, o objetivo maior permanecia sendo a aculturação, consoante os postulados evolucionistas. Os índios deveriam se incorporar à nação por métodos pacíficos (ponto controverso entre a elite política e científica), os chamados "meios brandos e persuasivos".[18] De certo modo, tal política representou a retomada do projeto pombalino, acrescido de princípios éticos (CUNHA, 2002, p. 137). Porém, o objetivo maior era mesmo incorporar a mão-de-obra indígena, após a abolição da escravidão (RAMOS, 1999, p. 43).

Apesar do intenso debate acerca da questão indígena (CUNHA, 1987, p. 64-65), a Constituição outorgada em 1824 não fez menção ao tema. A modernização almejada por Bonifácio não prosperou, em parte devido a pressões de oligarquias regionais. Com a abdicação do imperador, o Ato Adicional de 1834 conferiu às Assembléias Legislativas Provinciais competência para legislar acerca da civilização e da catequização dos índios, concorrentemente com o

18 Alguns dos primeiros textos legais a utilizar essa expressão foram as Portarias de 25/5, 18/10 e 8/11/1825.

governo central.[19] Essa relevante inovação conferiu às províncias poder inédito, dispensada a exigência de sanção legislativa pelo governo central.

Outra importante inovação foi trazida pela Lei de 27/10/1831, que conferiu aos juízes de órfãos a competência para tutela de indígenas libertados após período de servidão ou escravidão decorrente de guerra justa.[20] Embora sua proteção representasse uma necessidade evidente, o novo sistema gerou distorções, em especial a confusão deliberada entre as duas espécies de tutela previstas na lei – a tutela específica dos índios libertados e a proteção geral dos direitos de quaisquer indígenas, isolados ou não.

Na prática a tutela orfanológica foi estendida a todos os índios[21], o que representou a introdução no ordenamento jurídico da doutrina

19 Reiterando disposição da Lei de 20/10/1823, editada logo após a independência (PITANGA, 1992, p. 64). No mesmo período surgiram outras normas de proteção dos índios, como a proibição de venda de bebidas alcoólicas (Provisão de 23/12/1823) e diversas recomendações de bons tratos e meios pacíficos para a catequese (Portarias de 21/8/1823 e 3/12/1824 para Minas Gerais e Portarias de 28/1 e 18/12/1824 para o Espírito Santo).

20 A Lei de 27/10/1831 revogou as Cartas Régias de 1808 que haviam autorizado guerra aos índios de São Paulo e Minas Gerais. Com isso, aboliu a servidão dos nativos, declarou-os órfãos e criou a referida competência jurisdicional para tutela. Em seguida, o Decreto de 3/6/1833 encarregou os juízes de órfãos da administração provisória dos bens dos índios, possivelmente devido à carência de ouvidores de comarcas (SOUZA FILHO, 2004, p. 94). A medida foi reafirmada pelo Regulamento 143, de 15/3/1842. Porém, o entendimento de que a Lei de 27/10/1831 teria introduzido a figura da tutela do índio no ordenamento jurídico brasileiro é precipitado, pois a mesma apenas transferiu a titularidade para os juízes de órfãos. A inovação foi relevante, mas a tutela há muito já existia como decorrência das normas relativas aos aldeamentos, pois os índios aldeados estavam sujeitos ao poder temporal, ora dos missionários ora de administradores nomeados. Houve breve intervalo de inexistência de tutela apenas na época de Pombal, entre junho de 1755 e maio de 1757, por força das medidas de emancipação dos indígenas do poder jesuíta. O Diretório de 3/5/1757 confiou a tutela dos índios aos diretores dos aldeamentos, norma que seria derrogada pela Carta Régia de 25/7/1798, determinando que os particulares que contratassem com índios não aldeados deveriam cuidar de sua educação e instrução, como se fossem órfãos – marco da criação da tutela de índios independentes (CUNHA, 2002, p. 147).

21 Alguns autores (BARBOSA, 2001a, p. 210; CUNHA, 2002, p. 148; OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p. 108; SOUZA FILHO, 1993, p. 297-299) defendem que a tutela estabelecida pela Lei de 27/10/1831 somente deveria se aplicar aos índios de São

da incapacidade relativa dos indígenas (BARRETO, 2003, p. 38-39), posteriormente consagrada no Código Civil de 1916.

À exceção dessa norma de natureza civil, a legislação indigenista sofrera verdadeiro vácuo a partir de 1798, com a revogação do Diretório Pombalino. Nova política de Estado somente foi estabelecida pelo Regulamento das Missões de 1845[22], único corpo normativo de caráter geral editado durante o Império.

Bastante minucioso, o Regulamento aprofundou a política de aldeamento, tida como etapa até a assimilação total. Consagrou a administração secular e delegou aos administradores cargos e funções públicas. Cada província deveria ter um Diretor Geral de Índios e cada aldeia um diretor, assistido por corpo de administradores, médicos e missionários.

Os diretores de índios foram legatários de fato dos poderes dos juízes de órfãos, exceto o jurisdicional. A eles cabia também demarcar terras indígenas, zelar pelo sustento dos índios, administrar e remunerar seu trabalho e representá-los legalmente. Trata-se, sem dúvida, de um primeiro e alargado poder estatal de tutela.

A carência de administradores leigos fez com que em diversas colônias a administração permanecesse a cargo de religiosos (CUNHA, 2002, p. 140), que por expressa exigência legal se

---

Paulo e Minas Gerais escravizados em decorrência de guerra justa (Cartas Régias de 13/5, 5/11 e 2/12/1808). Destarte, a Lei de 27/10/1831 seria extensão da Lei de 3/11/1830 da Província de São Paulo, que tomara tal providência em âmbito local. Embora pertinente, trata-se de interpretação surgida apenas no século XX e distinta da que prosperou à época; nesse sentido, basta mencionar o entendimento professado por Mendes Junior (1912, p. 54), engajado defensor dos direitos dos índios e criador da teoria do indigenato.

22 Decreto 426, de 24/7/1845. Considerado avançado (segundo o paradigma evolucionista), diversas disposições desse diploma legal – relativas a assistência médica, recenseamentos periódicos e educação, p.ex. – nunca foram efetivadas (MENDES JUNIOR, 1912, p. 54; OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p. 109-114).

subordinavam aos projetos governamentais[23], portanto sem traços da autonomia gozada no período colonial.

Como já se mencionou, o direito dos índios às próprias terras era reconhecido deste os primórdios da colonização. Carta Régia editada em 2/12/1808 declarou devolutas as terras conquistadas de povos contra os quais houvesse sido decretada guerra justa. Logo, infere-se que os índios eram titulares de direitos reais anteriores, passíveis de derrogação apenas em situações específicas. Além disso, duas Provisões de 8/7/1819 garantiam a inalienabilidade das terras dos índios e a proibição de sua declaração como devolutas.

Contudo, ao longo do século XIX abundaram subterfúgios para a burla desses direitos: o nomadismo dos nativos, sua "falta de apego" à terra, a inexistência do conceito de propriedade em suas culturas. O argumento da guerra justa foi largamente manejado, inclusive para justificar a escravização de índios livres (abolida pelo Diretório Pombalino). As terras normalmente eram dadas em sesmaria, pressupondo eufemisticamente que os colonos promoveriam a catequização dos índios e sua instrução em ofícios (CUNHA, 2002, p.142). É interessante observar que a escravidão dos índios, abolida e reinstituída algumas vezes ao longo dos séculos XVII e XVIII, perdurou, de fato, até meados do século XIX.[24]

Na prática a política de "aldeamento" continuou, mesmo com o desuso do termo (CUNHA, 2002, p. 144). Houve casos de autorização de arrendamento e aforamento de terras de aldeias, supostamente

23 São exemplos a Lei de 2/7/1839 para o Maranhão e a Lei 239 de 25/5/1872 para a Província do Amazonas.

24 Houve casos de textos legais autorizando a venda de crianças (Aviso de 2/9/1845) e escravização de adultos (Aviso de 2/9/1845). O Regulamento das Missões de 1845 previa o trabalho remunerado dos índios e vedava o trabalho forçado. Contudo, até mesmo na Corte existiam escravos índios (CUNHA, 2002, p. 146). O Aviso de 5/1/1854 para o Maranhão permitia o recrutamento compulsório por três anos, com pagamento apenas ao final do período. Em 1852, a primeira lei indigenista para a recém-criada Província do Amazonas autorizou a negociação de índios diretamente com os chefes das "nações selvagens".

para arcar com a educação dos índios.[25] Com isto, abriu-se a possibilidade de arrendatários e foreiros reivindicarem cartas de sesmaria (os primeiros deferimentos ocorreram em 1812); em reação, os direitos inalienáveis dos índios sobre as terras das aldeias foram reafirmados.[26]

Após o caso pioneiro de transferência da população indígena de uma aldeia e subseqüente venda em hasta pública das terras[27], episódios semelhantes se tornaram comuns, especialmente após o Regulamento das Missões de 1845.

Cinco anos mais tarde, a Lei das Terras de 1850 (Lei 601) reafirmou a politica de assentamento das "hordas selvagens". Era garantida a inalienabilidade das terras e o usufruto pelos indígenas, que poderiam até obter o pleno gozo, a depender de seu "estado de civilização".[28]

As terras de aldeias extintas deveriam ter sido dadas aos índios; contudo, a disputa por elas se arrastou por décadas (CUNHA, 2002, p. 145). Inicialmente se entendeu que as terras de aldeias extintas se tornavam devolutas e de titularidade do Império[29], mas gradativamente o poder local ganhou terreno, até ser facultado às Câmaras Municipais sua utilização ou venda.[30] Dois anos mais

25 Lei de 5/12/1812 e Lei de 18/10/1833, respectivamente.

26 Lei de 26/3/1819.

27 Lei de 6/7/1832.

28 Art. 75 do Decreto 1318, de 30/1/1854, que regulamentou a Lei das Terras. Houve casos de extinção de aldeamentos (Aviso de 19/5/1862), de autorização de aforamento e venda de terrenos de aldeias "abandonadas" (Lei Orçamentária n. 1.114, de 27/9/1860, Lei 2.672, de 20/10/1875) e de incorporação de terras a municípios e províncias (Lei Orçamentária n. 3.348, de 20/10/1887). Ironicamente, nos primórdios da República João Mendes Junior se inspirou justamente na Lei de Terras para formular a teoria do indigenato, o direito originário dos índios às próprias terras.

29 Aviso 160, de 21/7/1856 e Aviso 131, de 7/12/1858.

30 Decreto 2672, de 20/10/1875.

tarde as terras das aldeias extintas passaram para o domínio das províncias, retendo as Câmaras Municipais o poder de aforá-las.[31]

2.3. República

É consenso na historiografia que a proclamação da República em 1889 não alterou significativamente o arranjo das forças internas no país. De forma geral, a política indigenista da República Velha se inseriu no projeto de construção da nação – seus símbolos, sua estrutura e burocracia, inspirados principalmente pelo positivismo (LIMA, 1995, p. 156). A Constituição republicana de 1891, apesar do avançado projeto defendido pelo Apostolado Positivista[32], acabou não fazendo qualquer referência aos índios.

Na questão das terras, o início do século XX foi marcado pela publicação do livro de autoria do jurista João Mendes Junior. Dentre suas teses pioneiras, a mais importante é a teoria do indigenato – o direito originário dos índios às próprias terras, expressão que seria consagrada pela Constituição de 1988. O autor destaca os seguintes textos legais que haviam reconhecido a autonomia indígena, desde o período colonial: a Provisão de 13/9/1663, garantindo aos índios o autogoverno nos assuntos temporais, a Carta Régia de 9/1/1690, impedindo os responsáveis pelas bandeiras de obrigar indígenas a as acompanharem contra a própria vontade, e a Provisão de 9/3/1718, pela qual o rei declarava os nativos "livres e isentos de minha

31 Lei 3348, de 20/10/1877.

32 O projeto de Constituição Positivista previa a autonomia dos índios, em moldes semelhantes aos da Carta de 1988. O art. 1º estabelecia que a República do Brasil consiste de duas espécies de Estados Confederados, os "Estados Ocidentais brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine" e os "Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas hordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República", garantidos aos últimos relações amistosas com o poder central, proteção contra qualquer violência e inviolabilidade de território (PITANGA, 1992, p. 68). Por seu turno, Mendes Junior (1912, p. 8) defendia, baseado em doutrina de Jellinek e de Brunaltti, que as nações indígenas fossem consideradas Estados da Federação.

jurisdição" – expressão que marca o primeiro reconhecimento oficial do princípio da autonomia das tribos indígenas (Mendes Junior, 1912, p. 30).

Para a compreensão da teoria do indigenato, a norma mais relevante é o já mencionado Alvará Régio de 1/4/1680. Editado para evitar a dispersão dos índios aldeados, logo em seu primeiro artigo declarou "que os índios descidos do sertão sejam senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se fazer moléstia".[33] Também merece destaque a Lei de 6/6/1755; uma das diversas normas acerca das sesmarias, ela transcrevia dispositivos do Alvará de 1/4/1680 que garantiam o direito dos índios às terras no interior das concessões, por serem *"primários e naturais senhores delas"*.

Extinto o regime de concessão de sesmarias em 1827[34], a Lei de Terras de 1850 instituiu novo regime fundiário. Foram excetuadas do rol das terras devolutas aquelas necessárias à fundação de povoações, abertura de estradas e colonização dos indígenas.[35] Além disso, o Alvará de 1/4/1680 não foi revogado, donde se conclui que as terras tradicionais dos índios não podiam ser consideradas devolutas, independentemente de registro de titularidade (MENDES JUNIOR, 1912, p. 57; MIRANDA; BANDEIRA, 1992, p. 46). Mendes Junior concluiu que o indigenato constitui título congênito e a ocupação título adquirido, dependente de legitimação. Sua teoria, de perene repercussão na doutrina (SILVA, 2006, p. 857-859; BARBOSA, 2001b, p. 65-70; SOUZA FILHO, 2004, p. 124-129), foi consagrada no art. 237 da Constituição de 1988.

33 Como mencionado, anteriormente o Alvará de 26/7/1596 já havia consagrado o adágio "senhores das terras da aldeia, como o são na serra". Esse texto, contudo, não é mencionado por Mendes Junior.

34 Provisão de 22/10/1823 e Resolução de 5/2/1827.

35 Disposição repetida no Regulamento n. 1.318, de 30/1/1854, que regulamentou a lei.

Além da teoria do indigenato, merecem destaque dois acontecimentos do período: na ação indigenista, a criação do Serviço de Proteção ao Índio; na legislação, a tutela regulada pelo Código Civil de 1916 e Decreto n. 5.484, de 1928.

O início do século XX foi marcado por debates sobre a legitimidade do uso da violência no processo de integração dos índios, havendo até quem defendesse o extermínio daqueles que resistissem à civilização. Em 1908, o Estado brasileiro enfrentou em Viena uma inédita denúncia de massacre de índios, fato que impeliu o governo a criar uma agência especializada (CUNHA, 1987, p. 79). A instituição do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) em 1910[36], com a missão principal de assegurar proteção e assistência aos índios, colocou o Brasil na vanguarda do indigenismo americano (*Cit.*, p. 21).

A análise acadêmica da trajetória do SPI sofreu oscilações, das quais são ilustrativas a linha laudatória preconizada por Ribeiro (1996), com grande deferência sobretudo ao legado do marechal Cândido Rondon (1865-1958), e, em momento posterior, a visão crítica bem sistematizada por Lima (1995). Para o escopo do presente artigo, destacaremos sinteticamente alguns aspectos da segunda vertente.

O SPI foi o primeiro aparelho de poder puramente laico para gestão dos índios, centralizando a tarefa em corpo burocrático específico, encarregado de unificar as políticas indigenistas sob determinada doutrina. Contudo, a fundamento teórico permaneceu o mesmo: a condição de índios seria transitória, devendo os mesmos se transmutar em produtores rurais autossuficientes (LIMA, 1995, p. 159).

A doutrina de ação deveria considerar a vastidão espacial do país (em grande inalcançada pelo Estado) e a multiplicidade dos

36 Decreto n. 8.072/1910, republicado com ligeiras alterações como Decreto n. 9.214/1911.

povos indígenas. Desse modo, a necessidade de homogeneização doutrinária convivia com o exercício fatual das técnicas de contato, necessariamente heterogêneo (LIMA, 2002, p. 155). Porém, o objeto da ação estatal – os povos indígenas – não era de todo conhecido. Vale dizer, na relação entre práticas e saberes, a produção discursiva que sustentava a ação estatal indigenista era, muitas vezes, produzida pelo pesquisador no ato mesmo da análise (LIMA, 2002, p. 155).

A instituição de um regime jurídico especial para os índios, considerada fundamental pelo círculo de Rondon, concretizou-se com a edição do Código Civil (Lei n. 3.071, de 1916) e o Decreto n. 5.484, de 1928.

O art. 6°, III, do Código Civil declarou os "silvícolas" *"incapazes relativamente a certos atos"*. Apenas em 1962 a Lei n. 4.121 acrescentaria o parágrafo único, estabelecendo o regime tutelar transitório para os silvícolas. Desse modo, oficializou-se o entendimento de que a proteção especial dos índios só deveria subsistir até a inexorável aculturação final.

Contudo, o Decreto n. 5.484/1928 já extinguira expressamente a tutela orfanológica de todos os índios do Brasil (art. 1°) e, em referência indireta à lei civil, determinara que sua capacidade de fato sofresse certas restrições enquanto não se incorporassem à sociedade civilizada (art. 5°). Também foi estabelecida uma escala de graus de contato entre povos indígenas e a sociedade civilizada, o que significou a positivação do postulado evolucionista de inferioridade das culturas nativas e forneceu os parâmetros legais para a atuação do SPI. A definição por lei de estágios de evolução das coletividades indígenas viria a ser consagrada e reformulada, anos mais tarde, pelo Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 1973).

Quanto à revogação expressa da tutela orfanológica, não se pode concluir que tenha significado o fim da tutela dos índios.

Observa-se uma confusão renitente na doutrina (agravada por deficiências na redação do Estatuto do Índio) entre a tutela de natureza civil, portanto individual, e aquela com natureza de direito público, relativa ao poder tutelar do Estado sobre as questões concernentes às coletividades indígenas.

A tutela de natureza de direito público, estabelecida pelo Decreto n. 5.484/1928, harmonizava-se com o regime de capacidade do Código Civil consoante o mesmo paradigma evolucionista. O sistema consolidou o controle estatal sobre os índios e o território. Anteriormente a definição e posse das terras indígenas dependiam da negociação, caso a caso, entre União e o respectivo ente federativo. O instituto da tutela civilista, de titularidade da União, embutia-se de função estratégica para o controle territorial, justamente no período de consolidação do poder estatal sobre os rincões pouco explorados (LIMA, 1995, p. 160).

Nesse processo, interessava ao SPI promover o papel dos índios para a colonização agrícola e defesa militar do território. O antigo conceito de aldeamento se transmutou na doutrina de pacificação de Rondon e permitiu ao Exército se destacar nas funções de desbravamento e reconhecimento das regiões inóspitas.

Na elaboração da Constituição de 1934, embora fosse grande a pressão dos estados federados por poderes para o trato da questão indígena, a União deteve a competência legislativa exclusiva quanto à "incorporação dos silvícolas à comunhão nacional" (art. 5°, XIX, m). Mais do que isso, consoante o ideal de democracia social inspirador da Carta, pela primeira vez o direito dos índios às próprias terras foi alçado ao patamar constitucional, na forma do art. 129 ("será respeitada a posse da terra por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las"). O dispositivo foi mantido pela Constituição getulista de 1937, com ligeira alteração. A Carta de 1946 não trouxe inovações

significativas. Por sua vez, a Constituição de 1967 adotou o termo "terras ocupadas pelos silvícolas", (ao invés da "posse permanente pelos índios") e, no art. 4°, IV, determinou que as terras indígenas passassem a integrar o patrimônio da União – inovação contrária à Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, de 1965, da qual o Brasil era signatário.

A implantação do Parque Nacional do Xingu (Decreto nº 50.455/1961) representou importante marco, restando abandonado o modelo de fixação em pequenas áreas e estimulo de produção agrícola. Tratava-se agora de demarcar áreas vastas pelo critério de ocupação imemorial, com a participação obrigatória de antropólogos (LIMA, 1998, p. 186).

A valorização do trabalho antropológico e o crescente desgaste da reputação do SPI, abalado por denúncias de corrupção e ineficiência administrativa (SOUZA FILHO, 2004, p. 89-90), motivaram sua extinção e substituição por um órgão mais afinado com o espírito do tempo. A Fundação Nacional do Índio (Funai) foi criada em pela Lei n. 5.371/1967, com o fim declarado de profissionalizar a ação indigenista oficial. Ao novo órgão coube administrar as rendas do patrimônio indígena, com três fins: emancipação econômica das tribos, acréscimo do patrimônio e custeio dos serviços de assistência (art. 3°). O antigo trabalho de incorporação dos índios à agricultura foi substituído por projetos de desenvolvimento comunitário.

Contudo, a ação estatal continuou se pautando pelo ideal integracionista, pouco diferindo, nesse aspecto, da atuação do SPI (LIMA, 1998, p. 183). O período inicial de atuação da Funai ainda não foi devidamente estudado. Administrado quase sempre por militares, o órgão foi fundamental para a ampliação da frente de colonização na região amazônica e para a execução de grandes projetos de desenvolvimento regional (ATHIAS, 2002c, p. 53).

Em 1973 foi promulgado o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), em grande parte devido a pressões internacionais por medidas efetivas de proteção. O Estatuto adotou, com alterações, o sistema classificatório de graus de contato entre índios e civilização, introduzido no ordenamento pelo Decreto n. 5.484/1928.

No regime militar, entre 1964 e 1985, a ação estatal priorizou a intensificação dos esforços de integração, gerando resistências por parte da comunidade científica organizada (SOUZA FILHO, 2004, p. 90). O exercício do poder tutelar pela Funai, pautado pelo integracionismo, pecava pela centralização burocrática em Brasília e pela uniformidade de ação que desconsiderava as diferenças socioculturais entre os diversos povos indígenas (SANTOS, 1989, p. 36). Chegou-se ao ponto de a Funai apoiar um projeto governamental de concessão unilateral de emancipação e "cidadania plena" a diversos grupos indígenas (EVANGELISTA, 2004, p. 26-29 e 41-42), que acabou não ocorrendo.

A mobilização e as reivindicações por parte dos povos indígenas aumentaram gradativamente a partir da década de 1970, levando a maior descentralização da ação da Funai. Na década de 1990 suas atribuições foram reduzidas, com a transferência de políticas das áreas de educação, saúde, meio-ambiente e produção rural para outros órgãos estatais.[37] O Decreto nº 1.141/94 consolidou a tendência de pulverização de atribuições de elaboração e execução das políticas públicas de interesse dos índios (VERDUM, 2002c, p. 92).

3. A TUTELA DOS ÍNDIOS NA PERSPECTIVA HISTÓRICA E POLÍTICA

O estudo dos processos históricos costuma privilegiar o aspecto temporal em detrimento do espacial, tendência que privilegia o

37 Decretos nº 22 a nº 27, de 04/02/1991.

papel desempenhado pela consciência individual e obscurece a importância da ação do poder. Mais que um conceito geográfico, o território constitui fenômeno político e jurídico (FOUCAULT, 2005, p. 157-159).

Na Europa, o conceito de soberania surgiu na trajetória que, partindo das estruturas feudais de poder, passou pela consolidação das monarquias nacionais e o surgimento do Estado moderno para, a partir do fenômeno do constitucionalismo, encontrar seu fundamento no poder constituinte do povo.

Nas Américas a natureza do poder constituinte foi outra. A trajetória constitucional do Brasil, assim como de qualquer outro país americano, tem origem em uma potência que se expandiu sobre o território e dele se apropriou. A conquista permitiu o estabelecimento de esferas de poder sobre territórios "inexplorados", matéria sobre a qual ainda não haviam incidido os saberes da razão – a "civilização".

Ao atuar sobre as imensidões do novo mundo, o poder constituinte sofreu uma transmutação, pois já não se tratava mais da atuação da potência sobre o tempo, acelerando-o, mas sobre o espaço, conquistando-o (NEGRI, 2002, p. 96-99). O primeiro ato desse fenômeno histórico foi a expansão norte-americana para o oeste, que na esfera política gerou o problema da organização da relação entre apropriadores, deixando os expropriados à margem (*Cit.*, p. 212-215).[38]

A relação entre a "civilização" e os índios teve, desde o início, a natureza de conquista. Essa é a marca do paradigma da integração, norteador da ação estatal desde os primeiros contatos e até o advento da Constituição de 1988.

38 Para Negri (2002, p. 212-215), o primeiro teórico da dimensão espacial do poder constituinte foi Edmund Burke, para quem a compatibilidade entre a Constituição inglesa era compatível com os espaços americanos, rompendo assim com o paradigma polibiano da sucessão dos tempos históricos das constituições. O espaço, não o tempo, torna-se o horizonte da Constituição.

O principal objetivo sucesso da colonização era a "territorialização" – a ocupação, defesa militar e exploração do território, consoante o vocabulário de Foucault – cujo sucesso dependia do desenvolvimento de estratégias científicas, militares e de governo.

Para alguns historiadores, diga-se, o sistema brasileiro de sesmarias[39], instituído em 1534 junto com as capitanias hereditárias, possuía características de um feudalismo tardio (BANDEIRA, 2000, p. 24). De fato, sua concessão sem observância estrita dos requisitos legais consagrou o sistema de grandes latifúndios, com a legitimação da apropriação de terras, em 1695, através da criação de tributo específico (BARBOSA, 2001b, p. 59).

No processo de territorialização, despovoava-se (a população autóctone) para povoar (com colonos). Daí a importância dos mecanismos de descimentos e aldeamentos de índios amigos e da guerra justa contra os inimigos. A rigor, considerando a permanência do ideal integracionista, até o século XX a ação estatal quanto aos índios foi legatária de saberes acumulados desde o período colonial.

Como visto, no período colonial as técnicas de governo dos índios incluíram a diferenciação entre bravios e mansos, os descimentos e aldeamentos, a sedentarização e inserção nas atividades econômicas e defesa do território, os subterfúgios para justificação da escravização, a incitação das hostilidades entre povos,

39 São diversas as normas aplicadas às sesmarias e às "terras virgens" do Brasil, destacando-se o Decreto de 10/7/1792 (institui o tributo do dízimo), o Alvará de 3/10/1795, o Decreto de 22/6/1808 (autoriza a concessão de sesmarias), o Alvará de 25/1/1808 (regula a forma de concessão), o Decreto de 25/11/1808 (estende a concessão de sesmarias a estrangeiros residentes), a Resolução de Consulta de 17/7/1822 (suspende as concessões até a convocação de Assembleia Constituinte), a Provisão de 22/10/1823 e a Resolução de 5/2/1827 (mantém a suspensão e proíbe novas concessões). Anteriormente a tais normas, porém, a mencionada Lei de 6/6/1755 garantia o direito dos índios às suas terras no interior de sesmarias.

o despovoamento dos sertões, a educação de indígenas na língua e hábitos europeus e a introdução do conceito de propriedade da terra.

No período pombalino a política de miscigenação entre europeus e nativos, ponto de atrito com os jesuítas, visava obter o reconhecimento das nações estrangeiras dos direitos sobre o território.

No Império, a tutela orfanológica instituída da Lei de 1831 foi estendida aos índios em gera, tendo sido fundamental o Decreto de 1833 sobre os bens dos índios, que instituiu faticamente a incapacidade relativa que viria a ser disciplinada no Código Civil de 1916. A confusão deliberada entre capacidade civil e regime jurídico das terras teve efeito nefasto: emancipados os índios, perdiam também os direitos sobre o território (CUNHA, 1987, p. 22).

A antiga tutela civilista representava um beco sem saída: enquanto tutelado, o índio não podia agir autonomamente; se emancipado, perdia totalmente a proteção do Estado. O monopólio da ação indigenista oficial pelo SPI, por sua vez, possibilitou o aprimoramento de técnicas específicas de aproximação, pacificação, estabelecimento de povoações, criação do status legal de índio, sua classificação evolutiva e a transmissão de valores cívicos e nacionais (LIMA, 1995, p. 161-166 e 178-216; SOUZA FILHO, 2002a, p. 56; OLIVEIRA FILHO, 1988, p. 178; KURY, 2006, p. 29; LIMA; SÁ, 2006, p. 25; MIRANDA; BANDEIRA, 1992, p. 51).

A classificação das populações indígenas em graus evolutivos de civilização pelo Decreto n. 5.484/1928 significou a positivação do paradigma da integração, operacionalizando a regra de incapacidade do Código Civil (consolidada com o acréscimo do parágrafo único ao art. 6°, III).

No período da Funai, a renitente mentalidade colonial se traduziu na conjugação do refinamento técnico-burocrático com a ideologia empresarial, na manipulação dos "critérios de indianidade"

e na exploração do patrimônio indígena na geração de recursos supostamente necessários ao sustento das comunidades (ATHIAS, 2002c, p. 53; SANTOS, 1982, p. 19; EVANGELISTA, 2004, p. 43). A criação do órgão, diga-se não cessou o esbulho de terras indígenas. A expropriação seguia sua própria lógica, sendo geralmente precedida pelo confinamento, o que motivava justificações de cunho econômico ou supostas provas da integração daquela população, o que possibilitava sua remoção (SEEGER, 1982, p. 27).

A tutela serviu por muito tempo como disciplina, um mecanismo de guerra sublimada e coação não violenta (LIMA, 1995, p. 61). Até o advento da Constituição de 1988, pode-se afirmar que a tutela era o mecanismo oficial de continuidade da guerra de conquista iniciada na colônia. Contudo, não se deve entender a conquista como fenômeno unilateral ou sujeição absoluta, pois a antropologia política tem desnudado os fundamentos internos da dominação e evidenciado a articulação entre instituições coloniais e nativas (OLIVEIRA FILHO, 1988, p. 175-183).

4. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PARADIGMA DA INTERAÇÃO

A Constituição de 1988 foi a primeira lei fundamental brasileira a conter uma norma específica para os direitos dos índios, consubstanciada no *caput* do art. 231:

> "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".[40]

40 O cerne do regime constitucional dos direitos dos índios está no art. 231; porém, a Constituição traz normas esparsas de interesse: art. 20, XI; art. 49, XVI; art. 109, XI; art. 129, V; art. 176, § 1°; art. 210, § 2°; art. 215, § 1° e art. 232. Quanto aos movimentos reivindicatórios indígenas na época da convocação da Assembleia Constituinte, remetemos a Oliveira Filho (1985, p. 26-28); para minucioso relato da participação dos militantes da causa indígena nos trabalhos da Assembleia, a Evangelista (2004, p. 48-70).

Trata-se de genuína norma de direito fundamental, apartada do rol de direitos e garantias do art. 5º, cuja natureza não exaustiva é plenamente reconhecida no direito brasileiro.

Nesse sentido, os direitos fundamentais constituem sistema aberto e flexível, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p. 81-86). Na classificação ora adotada, trata-se de direito fundamental de quinta geração (NEVES, 2006, p. 175-177). Como tal, o *caput* do art. 231 integra o núcleo inalterável da Constituição, as chamadas cláusulas pétreas, já que possui função de defesa, não de prestação pelo Estado (CANOTILHO, 1997, p. 395).

A função de defesa é explícita, o que não exclui a necessidade de políticas estatais ativas de promoção do bem-estar dos índios. Sem prejuízo dessa atuação, a ampla proteção – das tradições, terras, crenças, línguas, costumes, organização social – visa propiciar aos povos indígenas condições ideais para seu próprio desenvolvimento.

A pesquisa histórica da legislação evidenciou que entre a declaração formal dos direitos e sua efetiva proteção sempre existiu imenso lapso, que serviu aos fins geopolíticos mencionados. Após séculos de uma história persistentemente genocida, a sociedade avançou ao ponto de firmar um pacto político de avançadas intenções democratizantes, contendo norma específica de reconhecimento e proteção dos direitos dos índios.

Trata-se de inovação de paradigma, mais do que de conteúdo de direitos. A legislação brasileira precedente se pautava pelo objetivo de integração dos índios, ponto comum ao pensamento jesuíta e o positivismo. Embora sempre reconhecendo os direitos dos índios às suas peculiaridades socioculturais, paradoxalmente se almejava sua integração à chamada "comunhão nacional".

Tomada a Constituição de 1988 em seu conjunto, à inovação representada pelo reconhecimento de direitos coletivos e difusos (ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio cultural etc.) somou-

se a superação do princípio da integração, que desde sempre regia a relação entre Estado e índios (SOUZA FILHO, 2002a, p. 49-50; 2004, p. 90-91).

O *paradigma da interação* consagra a diversidade cultural como um interesse de natureza difusa, reflexo da própria riqueza cultural construída ao longo da trajetória humana. Sua outra face é o direito, de natureza coletiva, de cada povo indígena defender a integridade de suas culturas, protegendo-as das pressões externas (SOUZA FILHO, 2002a, p. 52).

No aspecto cultural, a norma constitucional garante o direito de cada povo manter seus saberes tradicionais, mas também de se beneficiar dos avanços tecnológicos que lhe sejam úteis. Já o direito à organização social própria inclui a preservação das formas de poder interno, como também o direito de representação e de solução de conflitos (*Cit*., p. 56-58).

Quanto à questão territorial, a expressão "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam" traduz a superação do objetivo integracionista e consagra a doutrina do indigenato (BARBOSA, p. 55).

O modelo da Carta se aproxima do chamado Estado pluriétnico, ao qual, consoante o art. 215, § 1°, cabe proteger "as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional" (art. 215, § 1°). Nesse ponto a Constituição brasileira pode ser considerada pioneira na América Latina, à luz dos dispositivos presentes nas Cartas da Colômbia (1991), do Paraguai (1992) e da Venezuela (1999). Porém, a sociedade brasileira e o consenso político nacional não alcançaram, pelo menos até o momento, o avançado estágio de incorporação constitucional e institucional do princípio pluriétnico em que se encontram atualmente o Equador (Constituição de 2008) e sobretudo a Bolívia (2009).

5. OS PRINCÍPIOS DA TUTELA-PROTEÇÃO E DA AUTONOMIA DOS POVOS INDÍGENAS

A Constituição de 1988, nascida de importante transição histórica, consubstancia o pacto político do processo de restabelecimento da democracia no país. Como tal, reflete as próprias contradições a ele inerentes, como costuma ocorrer com o poder constituinte genuíno (produto de ruptura política) e democrático (com participação efetiva e ampla das forças políticas e segmentos sociais).

Logo, trata-se de reconhecer a fundamentação político-processual do sistema jurídico, restando entendido que a base axiológica do direito se define consensualmente, ou seja, os valores fundamentais são aqueles erigidos como tais pelo corpo social através do processo democrático. O direito, assim, deve surgir "da livre interação dos segmentos sociais por meio da ação de seus atores". (PASSOS, 2003, p. 107).

Os direitos e princípios fundamentais de uma dada Constituição surgem do processo representado pelo poder constituinte. O fenômeno do constitucionalismo traduz a matriz lógico-racional do processo democrático, a busca de uma teorização que o fundamente e aprimore. Fruto do ideal iluminista, o constitucionalismo busca construir formas de governo que excluam o arbítrio, preservando a diversidade humana e incrementando a liberdade de ser e de pensar.

Diferentemente das regras, os princípios são "otimizáveis", sujeitos a diferentes graus de concretização; daí a possibilidade de coexistência na Constituição, sem antinomia, de princípios entre si conflitantes (CANOTILHO, 1997, p. 1124-1126), que devem ser sopesados (ponderados) diante da situação concreta.

Baseado na classificação proposta por Canotilho (1997, p. 1128-1131), os princípios implícitos no texto constitucional relativos aos

índios – da tutela-proteção e da autonomia – possuem natureza de "princípios-garantia", pois visam preservar a integridade física e cultural dos povos indígenas brasileiros.

Semanticamente os termos tutela e autonomia parecem exprimir idéias opostas: quanto mais autônomo, menos tutelado, e vice-versa. Trata-se, porém de incompatibilidade aparente, pois nenhum dos princípios pode ser excluído; eles devem se equilibrar, calibrando um a aplicação do outro.

A Constituição de 1988 não faz menção expressa a um órgão indigenista específico ou tampouco à tutela dos índios, na forma regulada pelo Estatuto do Índio – o que levou alguns autores a concluir por sua extinção (BARBOSA, 2001a, p. 209). Embora defensável, a afirmação se revela demasiado radical perante o dever da União de "proteger e fazer respeitar" os bens dos índios e os frutos de suas terras.

A idéia de tutela-proteção se contrapõe à concepção civilista de tutela-incapacidade (BARRETO, 2003, p. 38) consagrada pelo Código Civil de 1916, que pressupõe a equiparação dos índios "quase a crianças" de "educação muito lenta e difícil" (PEREIRA, 2000, p. 181).

O termo "tutela" pode se referir tanto ao indivíduo quanto à coletividade indígena. No primeiro caso, seu sentido é o do direito civil, pelo qual o tutor pratica atos e toma decisões em nome e no interesse do incapaz. No segundo, tutela designa a atividade estatal de administração dos direitos e interesses de comunidades indígenas, em seu benefício e na forma da lei.

Não interessa aqui a tutela do indivíduo indígena, pois as respectivas normas do Código Civil de 1916, que já poderiam ser consideradas de recepção discutível pela Constituição de 1988, foram revogadas pelo Código de 2002. Porém, cabe destacar que mesmo no passado ela não se justificava como regra geral, mas somente diante

da incapacidade devidamente comprovada do tutelado, ainda que relativa.[41] Por sua vez, o paragrafo único do art. 4° do atual Código Civil remete a questão da capacidade dos índios à legislação especial. Em grande parte o problema persiste, já que a legislação aplicável permanece sendo o Estatuto do Índio (art. 9º, no caso), com suas imperfeições e anacronismos.

Sem essa distinção conceitual não é possível trabalhar de modo ordenado e juridicamente criterioso. Constata-se, porém, que a legislação frequentemente emprega o termo "tutela" de modo indistinto[42]. Porém, a rigor se tratam de duas categorias jurídicas derivadas dos mesmos princípios e com a mesma denominação, apesar de claramente distintas.

Destarte, a deficiente técnica legislativa acabou por desorientar a própria doutrina; embora não tenha escapado a alguns autores a arbitrariedade do salto promovido pela lei entre as duas categorias (BASTOS, 1982, p. 53; SOUZA FILHO, 2004, p. 99-103), não se percebe, por outro lado, maiores esforços em promover esta importante distinção.

A confusão acaba por turvar o debate entre os defensores de um conceito de tutela adequado ao atual momento histórico – instrumento de proteção contra desvantagens injustas decorrentes

41 O caso paradigmático quanto à extensão da aplicabilidade da norma do antigo Código Civil ocorreu em 1980 no julgamento dos Habeas Corpus n. 4876 e n. 4880, concedidos pelo antigo Tribunal Federal de Recursos em favor do cacique xavante Mário Juruna, que havia sido convidado a participar de sessão de tribunal internacional na Holandae não obteve autorização de viagem da Funai. A despeito da alegação da autarquia de que "não fazia parte da cultura tradicional indígena pronunciar-se ou representar outros índios" (EVANGELISTA. 2004, p. 46), o tribunal entendeu que "a condição de tutelado do índio não lhe expropria a, primordial, de pessoa e, hierarquicamente logo abaixo desta, a de brasileiro nato" e "o fato de um individuo indígena saber operar os códigos da Sociedade Brasileira não lhe elimina a "indianidade" – para usar esse neologismo tão a gosto do Indigenismo Oficial – e, assim, a condição de membro de uma minoria (sociológica) sob proteção do Estado Brasileiro" (BASTOS, 1982, p. 54).

42 A começar pelo art. 7° do Estatuto do Índio: "os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei".

da assimetria de conhecimentos – e aqueles que a entendem, em qualquer circunstância, como instrumento de inferiorização dos índios (BARBOSA, 2001a, p. 209).

Entendemos que o espírito da tutela reside em compensar a assimetria natural de forças. Do princípio da tutela decorre para o Estado um poder-dever que, articulado com o princípio da proteção, importa no dever de zelo pelas populações indígenas e de investimento necessário para a efetiva presença do Estado. Seu exercício responsável e constitucionalmente adequado deve visar primariamente à proteção dos indígenas, devido não a sua suposta "incapacidade", mas à evidência de que as pressões exercidas pela sociedade tecnológica são substancialmente mais fortes que as possibilidades de resistência cultural.

O vigente regime constitucional, portanto, revogou a antiga tutela-incapacidade e a substituiu pela tutela-proteção: ao "reconhecimento" de que fala o caput do art. 231 se soma o parágrafo primeiro, que impõe o dever de garantir a "reprodução física e cultural" dos indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições". Portanto, não se trata da tutela transitória de seres primitivos e infantis, enquanto não integrados à sociedade circundante, mas da proteção permanente de culturas, tradições e saberes anteriores, no território, a ela própria.

Do contrário, caso se rejeite tal entendimento, constatada a extinção da tutela-incapacidade restaria ao Estado apenas se omitir quanto à situação dos indígenas brasileiros, o que obviamente não seria aceitável.

Por outro lado, o direito dos povos indígenas à autonomia surge como decorrência inescapável da norma constitucional, pois a eles pertence a mais genuína percepção de suas singularidades e necessidades.

A autonomia pode ser definida como "autoadministração em questões que lhes dizem respeito especificamente; participação com

o Estado nas decisões a eles relativas dentro do conjunto nacional e participação nas decisões e na vida política do Estado como um todo" (BARBOSA, 2001a, p. 326).

Nos regimes constitucionais anteriores, a defesa dos direitos dos índios era feita por órgãos indigenistas ou entidades civis de apoio, vale dizer, quase que exclusivamente por não índios. A criação de organizações propriamente indígenas tornou-se realidade após a Carta de 1988 (EVANGELISTA, 2004, p. 36-37).

No sistema precedente a ideia de tutela transitória se articulava com o objetivo de alcançar a "emancipação econômica das tribos" (art. 3º do Estatuto do Índio), ou seja, tratava-se de política oficial de integração por meio da inserção econômica, para tornar desnecessária a tutela. Evidentemente, não pode ser esse o sentido do princípio da tutela-proteção à luz da vigente Constituição.

Cabe aqui uma importante distinção. *Autonomia* é um termo menos amplo que *autodeterminação*; o limite conceitual remete às restrições inerentes ao princípio da soberania nacional. Objetivamente, o direito à autonomia se insere no interior de dada ordem jurídica, enquanto a autodeterminação pertence ao plano do direito internacional.

A tese da autodeterminação decorre da doutrina da chamada "descolonização interna", subsequente ao ciclo histórico da descolonização "externa" dos países periféricos. Por ela, povos indígenas reivindicam o direito nunca renunciado à soberania (BARBOSA, 2001a, p. 325). Nessa linha, o surgimento do Estado nação teria importado na "eliminação de toda sociedade parcelar, das comunidades humanas preexistentes e de suas solidariedades tradicionais e relações recíprocas" e, assim, na negação das coletividades (Cit., p. 85). Contudo, pesquisas contemporâneas da antropologia social comprovam a complexidade e estabilidade dos sistemas jurídicos de grupos indígenas de diferentes regiões do

mundo (*Cit*., p. 120). Além de negar o monopólio estatal na produção do direito válido, coloca-se em cheque a própria possibilidade de um pensamento histórico cumulativo, típico da racionalidade ocidental.

Erigindo como marco paradigmático o ciclo de descolonização ocorrido na África e Ásia entre as décadas de 1940 e 1980, pretende-se estender às sociedades indígenas o direito pleno de autodeterminação. Saliente-se que autodeterminação e soberania não se confundem: o Estado, embora soberano, não pode se arrogar o direito de autodeterminação, que pertence ao povo. Ou seja, o Estado não age por ele mesmo e sim pelos governados (BARBOSA, 2001a, p. 315). Daí se associar o termo autodeterminação ao direito de resistência à tirania e à dominação.

É nesse sentido que o princípio da autodeterminação dos povos (art. 1º da Carta das Nações Unidas de 1945) foi alçado pela ONU ao direito à livre determinação do status político e de desenvolvimento, consoante a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais (Resolução 1514 de 1960). O mesmo princípio informa o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

Partindo dos pressupostos de que: a) o direito dos povos à autodeterminação se tornou uma norma de direito internacional ampla e inderrogável; b) o dito princípio se limita ao contexto do processo de descolonização, Barbosa (2001a, p. 319), socorrendo-se de doutrina estrangeira, defende que o direito à autodeterminação seja reconhecido aos povos indígenas, oponível aos Estados existentes em seus territórios. Para tanto, propõe que o vocábulo *estrangeiro*, presente na referida Resolução 1514 da Assembléia Geral da ONU ("a sujeição dos povos a uma subjugação e a uma exploração estrangeira constitui desrespeito aos direitos fundamentais do homem, é contrária à Carta das Nações Unidas e compromete a causa

da paz e da cooperação mundial") seja aplicado aos Estados que abriguem povos indígenas, considerando-os estrangeiros em relação a esses mesmos povos, inobstante a Resolução repila expressamente "toda tentativa visando destruir parcial ou totalmente a unidade nacional e integridade territorial de um país".

Por extravagante que tal conclusão possa parecer, não se trata de doutrina isolada. Reconhecidamente minoritário, o entendimento reflete o pensamento de autores pouco difundidos no Brasil, mas de influência e visibilidade não apenas em ambientes acadêmicos como também nos foros internacionais em que o tema costuma ser debatido (além da Organização Internacional do Trabalho, destaca-se o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, estabelecido pela Resolução 1982/34 do Conselho Econômico e Social da ONU).

A questão central é a extensão conferida ao termo "povos", presente nos referidos instrumentos de direito internacional sem expressa definição, para estabelecer se deve abranger as nações indígenas, de modo a considerá-las povos colonizados.

Reconhecer tal abrangência, diga-se, não importaria que os povos indígenas necessariamente pleiteassem a secessão. Trata-se de tese ainda mais minoritária, mas seus defensores entendem que apenas tal direito, mesmo não exercido, poderia assegurar a plena autodeterminação (BARBOSA, 2001a, p. 325).

No plano do direito internacional, o tema remete às convenções promulgadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Convenção 107 resultou do trabalho coletivo, iniciado em 1926, de elaboração de normas internacionais de proteção do trabalho indígena – o qual, contudo, não contou com a participação dos maiores interessados, os índios. Vigente a partir de 1959, o documento se pauta pelo paradigma evolucionista e pressupõe que a melhoria das condições de vida e de trabalho

dos povos indígenas adviria da completa integração à sociedade circundante, chegando à igualdade civil.

Com as críticas recebidas, promulgou-se a Convenção 169, vigente a partir de 1991. Inspirada no paradigma da interação, o novo documento preconiza a proteção e desenvolvimento dos povos indígenas como coletividades em certo grau distintas das sociedades em que se inserem. O Brasil ratificou a Convenção 169 em 2002 (Decreto Legislativo nº 143).

Os países signatários se comprometem a proteger de forma ampla os direitos dos índios (item 2 do art. 2°), garantindo a "plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e suas instituições".

A Convenção 169 se funda no mesmo paradigma da Constituição de 1988. Ambas representam frutos dos avanços da antropologia contemporânea e do novo patamar ético alcançado pela humanidade e pelos Estados democráticos.

O significativo atraso do Brasil na ratificação da Convenção em comparação a outros países do continente[43], mais do que a incompatibilidades pontuais[44], deveu-se principalmente à expressão "povos indígenas e tribais", que poderia autorizar interpretações tendentes à autodeterminação das "nações" autóctones. A expressão,

43 O Brasil foi um dos últimos países latino-americanos com expressiva população indígena a ratificar a Convenção 169, muito após Bolívia, Colômbia, Peru, Paraguai, Costa Rica, Guatemala, Honduras e México, fato que motivou críticas e pressões diplomáticas (BARBOSA, 2001a, p. 245-246; SOUZA FILHO, 2004, p. 154).

44 Existem importantes pontos de distinção entre a Convenção 169 e a Constituição brasileira, relativamente p.ex. ao grau de participação dos índios na elaboração de leis e implantação de medidas administrativas (art. 6° e art. 7° da Convenção) e, principalmente, à propriedade e posse das terras tradicionais (art. 14, § 1°), já que o § 2° do art. 231 da Constituição garante aos índios a posse permanente das terras e o usufruto exclusivo de suas riquezas, mas não a propriedade. Outro ponto da Convenção 169 de delicada aplicação à realidade brasileira consiste no direito à facilitação dos contatos e cooperação entre os povos indígenas em regiões de fronteira (art. 32).

cuidadosamente evitada pela Assembleia Constituinte (SILVA, 2006, p. 853-854), somente foi aceita pelo Estado brasileiro após grande resistência. Contudo, saliente-se que o texto da Convenção 169 não chega a consagrar o princípio da autodeterminação, consoante a redação do item 3 do artigo 1°: "a utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional".

6. CONCLUSÕES

A concretização dos direitos indígenas consagrados pela Constituição de 1988 é, ainda, uma tarefa a ser enfrentada com seriedade. Para tanto, a articulação entre os princípios da autonomia e da tutela-proteção, implícitos na Carta, constitui a principal ferramenta para a atuação conjunta dos órgãos estatais, entes da sociedade civil e dos principais atores: os povos indígenas.

Ao longo dos anos 1980 o movimento indigenista defendia a permanência da tutela e o indigenismo oficial sua extinção. O regime tutelar, como antes concebido, é inegavelmente incompatível com a Constituição. O modelo do Estatuto do Índio deixou de ser aceitável; ilude imaginar, porém, que a responsabilidade do Estado tenha diminuído. O desafio atual é a reformulação da tutela, para permitir aos índios o exercício da autonomia e preservação da própria cultura, enquanto os aparelhos estatais definem e conduzem a política indigenista oficial, exercendo o poder-dever de atuar no labor de concretizar a Constituição.

A tutela dos povos indígenas constitui um imperativo decorrente da posição do Estado como primeiro guardião da Constituição e das leis do país. A mudança de paradigma não importou na sumária extinção da tutela; seja com esse ou com outro nome – regime tutelar, dever de proteção ou de assistência, parceria

etc. –, é essencial a efetiva atuação estatal, sem prejuízo da autonomia dos povos indígenas e até mesmo como sua garantia.

Pelo princípio da tutela-proteção, o Estado não pode se arrogar o monopólio da mediação das relações dos índios com quem seja, a exemplo do tutor da lei civil. Pelo poder-dever de tutela, cabe ao Estado intervir para a garantia dos direitos constitucionais dos índios e para assegurar o próprio exercício da autonomia.

Por isso se mostra tão adequada a formulação do princípio de tutela-proteção por Barreto (2003). A proteção como princípio não importa em paternalismo; pelo contrário, é moralmente imperioso proteger aquilo que, apesar de sempre declarado, foi sistematicamente desprezado e violentado.

Somente afastando em definitivo a concepção de tutela vinculada a parâmetros civilistas pode-se falar em autonomia e proteção. Afinal, a tutela certamente não significa que os povos indígenas não possam e devam se articular politicamente, encaminhando suas demandas e gerindo seus interesses da forma que lhes seja adequada, perante qualquer ente ou instância.

A autonomia é plenamente legítima face à norma constitucional, respeitados os outros institutos e princípios presentes na Constituição, como a soberania, a segurança e o desenvolvimento. Daí também a necessidade da tutela, como poder-dever do Estado com vistas à concretização da Constituição, evitando que um direito fundamental de natureza de discriminação inversa se exerça em prejuízo de outras disposições constitucionais.

Por outro lado, a tese de que a não recepção do regime tutelar pela Constituição de 1988 teria levado à autonomia absoluta dos povos indígenas importa dizer que ação estatal deve ser apenas subsidiária, muito possivelmente reativa, na hipótese de lesões ou ilegalidades. A ausência de tutela, então, significaria a omissão do

Estado e o abandono dos índios à própria sorte. Ora, o princípio da autonomia não pode ser usado contra os próprios protegidos, como uma anacrônica "emancipação" que os obrigue a buscar formas de inserção econômica na sociedade circundante.

Decerto não é simples alcançar o equilíbrio no exercício dos dois princípios estudados. À parte o antagonismo semântico, há verdadeira incompatibilidade entre a lógica tradicional administrativa, historicamente autoritária e centralizadora, e as aspirações indígenas de autogestão. Há que se buscar a relação equilibrada entre os princípios da tutela-proteção e da autonomia, tendo-se as etnias indígenas como formas civilizatórias plenas às quais se deve permitir, inclusive, participar do exercício administrativo do poder tutelar do Estado.

A política indigenista estatal deve se pautar pelos preceitos basilares da não integração, do consentimento informado e do respeito à decisão indígena (SOUZA FILHO, 2004, p. 61).

Somente dessa forma é possível solucionar de modo constitucionalmente adequado as questões atualmente mais relevantes quanto aos direitos indígenas, como a proteção do patrimônio tradicional, a preservação ambiental, o aprimoramento das condições de vida das populações em regiões urbanas, a participação efetiva na definição da aplicação de recursos, a eventual de revisão das demarcações anteriores à Constituição de 1988 e com ela incompatíveis, dentre outras.

Data de Submissão: 29/05/2017
Data de Aprovação: 11/07/2017
Processo de Avaliação: double blind peer review
Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia
Editor de Área: Jailton Macena de Araújo
Assistente de Edição: Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela
Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ATHIAS, R. Temas, problemas e perspectivas em etnodesenvolvimento: uma leitura a partir dos projetos apoiados pela OXFAM (1972-1992). In: LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. (Org.). **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002a, p. 49-86.

BANDEIRA, L. A. M. **O feudo**: a Casa da Torre de Garcia d'Ávila. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

BARBOSA, M. A. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001a.

BARBOSA, M. A. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001b.

BARRETO, H. G. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003.

BASTOS, R. J. M. Sobre a noção de tutela dos povos e indivíduos indígenas pela União. In: SANTOS, S. C. (Org). **O índio perante o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982, p. 51-60.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, E. A. Identidade étnico-cultural e questão nacional. In: SANTOS, S. C. (Org). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, p. 67-75.

CUNHA, M. C. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CUNHA, M. C. (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras / FAPESP, 2002.

CUNHA, M. C. Política indigenista no século XIX. In: **História dos índios no Brasil**, p. 133-154.

EISENBERG, J. **As missões jesuíticas e o pensamento político moderno**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

EVANGELISTA, C. A. V. **Direitos indígenas**: o debate na Constituinte de 1988. Rio de Janeiro, 2004. Dissertação (Mestrado em História Social). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 21 ed. São Paulo: Graal, 2005.

KURY, L. Marchar com fé. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, n. 11, 2006, p. 26-30.

LARAIA, R. B. **Cultura**. 18. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

LIMA, A. C. S. **Um grande cerco de paz**: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995.

LIMA, A. C. S. A 'identificação' como categoria histórica. In: OLIVEIRA FILHO, J. P. (Org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998, p. 171-220.

LIMA, A. C. S. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, M. C. (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras / FAPESP, 2002, p. 155-174.

LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. (Org.). **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002a.

LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002b.

LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002c.

LIMA, N. T.; SÁ, D. M. No rastro do desconhecido. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, n. 11, 2006, p. 18-25.

MENDES JUNIOR, J. **Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MIRANDA, M.; BANDEIRA, A. Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena. In: SOUZA FILHO, C. M. (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992, p. 29-58.

NEGRI, A. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA FILHO, J. P. Contexto e horizonte ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, S. C. (Org). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, p. 17-30.

OLIVEIRA FILHO, J. P. **"O nosso governo"**: os Ticuna e o regime tutelar. São Paulo: Marco Zero, 1988.

OLIVEIRA FILHO, J. P. (Org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

OLIVEIRA SOBRINHO. Os selvicolas brasileiros e a legislação patria: o Decreto Legislativo 5.824, de 1928. In: SOUZA FILHO, C. M. (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992, p. 93-124.

PASSOS, J. J. C. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAUPÉRIO, A. M. **O direito político de resistência.** Rio de Janeiro: Forense, 1962.

PERRONE-MOISÉS, B. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, M. C. (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras / FAPESP, 2002, p. 115-132.

PITANGA, S. O selvagem perante o direito. In: SOUZA FILHO, C. M. (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992, p. 59-75.

RAMOS, A. Projetos indigenistas no Brasil independente. In: **Colóquio "Antropologias brasileiras na viragem do milênio" – ISCTE/Lisboa**. Brasília: Antropologia 267, 1999.

RIBEIRO, D. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTILLI, J. (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SANTOS, S. C. **Os povos indígenas e a constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC: Movimento, 1989.

SANTOS, S. C. (Org). **O índio perante o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

SANTOS, S. C. *et alli* (Org). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEEGER, A. Os índios e o desenvolvimento nacional. In: SANTOS, S. C. (Org). **O índio perante o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982, p. 25-30.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA FILHO, C. F. M. (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992.

SOUZA FILHO, C. F. M. Tutela aos índios: proteção ou opressão? In: SANTILLI, J. (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 295-312.

SOUZA FILHO, C. F. M. As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. In: LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. (Org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002c, p. 49-61.

SOUZA FILHO, C. F. M. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2004.

VERDUM, R. Etnodesenvolvimento e mecanismos de fomento do desenvolvimento dos povos indígenas: a contribuição do Subprograma Projetos Demonstrativos (PDA). In: LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. (Org.). **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002a, p. 87-106.

Indian Rights in the 1988 Brazilian Constitution the Principles of Autonomy and Tutelage-Protection

Rodrigo Bastos de Freitas
Saulo José Casali Bahia

Abstract: The main goal of the current paper is the identification of two principles which are implicit in the Brazilian 1988 Constitution: the autonomy of the Indian peoples and the tutelage-protection. It includes a detailed historical research on the legislation concerning the rights of Brazilian Indians from the colonial times on, and also on aspects of the development of the governmental instances in charge of dealing with the "Indian matter". The main focus of this enquiry is the debated question of whether the official tutelage of Brazilian Indians is compatible or not with the current Constitution.

Keywords: 1988 Constitution; Indian's rights; History of Indianist laws; Autonomy of Indian peoples; Tutelage.