

**A Teoria da Bondade Natural e a Regulação da  
Questão Indígena no Brasil**  
*The Theory of Natural Goodness in the Regulation of  
Indigenous Issues in Brazil*

Submetido(submitted): 15/03/2016  
Parecer(revised): 13/04/2016  
Aceito(accepted): 15/05/2016

Julianne Holder da Câmara Silva Feijó\*

Resumo

**Propósito** – Realizar um resgate histórico da legislação brasileira dedicada à questão indígena aliado à análise da atuação do Estado quanto à efetivação dos seus direitos com o intuito de identificar a influência que a teoria da bondade natural teria exercido, e ainda exerce, sobre a regulação do tema, mesmo após as transformações regulatórias introduzidas pela atual Constituição Federal

**Metodologia/abordagem/design** – Partindo da obra de Afonso Arinos intitulada “O índio brasileiro e a Revolução Francesa: as origens brasileiras da Teoria da bondade natural”, o artigo busca identificar a influência da teoria na regulação brasileira da questão indígena, por intermédio do levantamento da legislação histórica e atuação estatal hodierna.

**Resultados** – Constata-se que o paradigma regulatório de aculturação dos indígenas fortemente influenciado pela teoria da bondade natural se reproduz na política hodierna do Estado Brasileiro, representando verdadeira negação de direitos e dignidade aos silvícolas.

**Implicações práticas** – O artigo apresenta uma severa crítica à inação da comunidade política em dar concretude às modificações regulatórias introduzidas pela Ordem Constitucional vigente, enfraquecendo, assim, a força normativa da Constituição e a legitimidade do estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: teoria da bondade natural, povos indígenas, regulação, força normativa da constituição.

*Abstract*

**Purpose** – To perform an analysis of the Brazilian law concerning indigenous issues combined with the analysis of the State’s role as the realization of their rights, in order to identify the influence that the theory of natural goodness would have exercised and still exercises on regulatory approaches, even after the changes introduced by the Federal Constitution of 1988.

**Methodology/approach/design** – Based on the work of Afonso Arinos entitled “The Brazilian Indian and the French Revolution: Brazilian origins of the theory of natural

---

\*Professora da Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA), Rio Grande do Norte. Vice-coordenadora do curso de Direito da UFERSA. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduada pela UFRN. Email: [Julianne.holder@ufersa.edu.br](mailto:Julianne.holder@ufersa.edu.br).

goodness”, this paper identifies influences of that theory in the Brazilian regulation of indigenous issues through a survey of historic legislation and nowadays policies.

**Findings** – The regulatory paradigm of acculturation of indigenous has been strongly influenced by the theory of natural goodness and has been reproduced in nowadays policies in Brazil, fostering the denial of rights and dignity of those communities.

**Practical implications** – This article poses a strong criticism of the inaction of Brazil’s political arena to the efficacy of regulatory changes introduced by the current constitutional order, weakening thus the normative force of the Constitution and the legitimacy of the rule of law.

*Keywords: theory of natural goodness, indigenous peoples, regulation, normative force of the constitution.*

## 1. Introdução

Em sua obra intitulada “O índio brasileiro e a Revolução Francesa: As origens brasileiras da Teoria da bondade natural”, Afonso Arinos de Melo Franco identifica diversas obras de relevo que, entre os séculos XVI e XVIII, buscaram na figura do indígena<sup>1</sup> brasileiro, ou melhor, na imagem que o europeu edificou sobre os ameríndios, os alicerces para a construção da teoria da bondade natural do homem, consolidada por Jean-Jacques Rousseau e que influenciaria decisivamente os ideários da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade.

A teoria da bondade natural, inspirada em nossos indígenas, amadureceu na Europa, retornando para este Continente onde iria influenciar a regulação que o Estado brasileiro dedicaria à questão indígena no País, sendo responsável pela construção de uma imagem idílica, bucólica e inocente dos autóctones, o que se refletiria não só na estrutura jurídica da legislação aplicada aos índios, nas políticas públicas, e imaginário social, como também pelo processo de negação da cidadania indígena, reproduzido no ordenamento jurídico ao longo de séculos.

Arrimada na ideia do selvagem inocente e ingênuo, vivendo em um estilo de vida bucólico e primitivo, a regulação brasileira acerca da questão indígena ligava-se ao chamado ‘paradigma da integração cultural’ (também chamado de ‘paradigma da assimilação’), que intentava integrar o indígena ao modo de vida da comunidade envolvente, em um progressivo abandono de sua identidade cultural. Ou o indivíduo era um autêntico cidadão brasileiro, perfeitamente

---

<sup>1</sup>Sem negligenciar as diferenças conceituais existentes entre os termos índios, silvícolas, ameríndios, aborígenes, autóctones, incolos dentre outras expressões, utilizaremos todas elas como sinônimas a fim de designar o indígena, apenas para fins didáticos.

integrado e pleno de seus direitos civis e políticos, ou era um indígena, selvagem, sem capacidade civil ou participação política. Cidadania e ser indígena consistiam em situações antagônicas e auto-excludentes.

O processo de redemocratização brasileira ocorrido na década de 80 veio tentar modificar esse padrão regulatório. Entretanto, problemas institucionais de base mantêm a dificuldade em solucionar satisfatoriamente os conflitos sociais acerca da questão indígena no País. Muito embora a Constituição tenha rompido com o padrão da integração indígena, reconhecendo a diversidade cultural brasileira e a necessidade de proteger a reprodução étnica e cultural das minorias, tais como os povos indígenas e comunidades quilombolas, o fato é que falta vontade e ação da comunidade política em executar de fato as transformações pretendidas pelo novo modelo regulatório constitucional, esvaziando a força normativa da nossa Constituição.

Com efeito, para que houvesse uma real satisfação dos conflitos envolvendo a questão indígena no País, seria necessária a vontade legislativa aliada à ação do Poder Executivo através do órgão regulador, a FUNAI (Fundação Nacional do Índio), que nem de longe cumpre o papel institucional que deveria. Quase três décadas após a promulgação da atual Constituição e todas as inovações regulatórias que trouxe ao universo do direito indigenista, a legislação de regência se mantém totalmente atrelada ao paradigma anterior, integracionista. Do Estatuto do Índio (EI) à lei instituidora da FUNAI, toda a legislação indigenista brasileira precede à Ordem Constitucional de 1988.

O Poder Legislativo queda-se inerte em fornecer nova legislação mais adequada aos contornos constitucionais de proteção ao ser indígena. Indaga-se, então, como poderia a longa manus do Estado, a FUNAI, exercer adequadamente a ação de promoção dos direitos constitucionais indígenas se a vontade da comunidade política, que deveria proporcionar tal fim, se mantém inerte? Aliás, como poderia o órgão regulador cumprir satisfatoriamente a função constitucional se sua própria estrutura e criação ligam-se ao paradigma anterior, ultrapassado e dominador?

Percebe-se, pois, que um dos grandes problemas da questão indígena no Brasil hoje é institucional e regulatório, tendo a Constituição federal tentado lograr uma transformação que restou paralisada em virtude da inércia legislativa e que escamoteia a manutenção do regime jurídico anterior de marginalização, exclusão e negação de direitos emancipatórios, ainda reproduzindo a teoria do bom selvagem.

Assim, o presente trabalho procura demonstrar a influência da teoria da bondade natural, consolidada por Rousseau, a partir da citada obra de Afonso Arinos, sobre o direito indigenista pátrio, revelando um modelo regulatório culturalmente opressor que se mantém presente, sobretudo na estrutura do órgão

regulador, ainda que a Constituição Federal tenha tentando estabelecer um novo paradigma de regulação.

No capítulo que se segue, será realizado um resgate da formação da teoria da bondade natural seguido de levantamento da legislação indigenista histórica no Brasil. Em sequência, trabalharemos com a questão institucional, onde a falta de vontade e ação da comunidade política em promover a transformação pretendida pela Ordem Constitucional além de enfraquecer a unidade política do Estado, ainda esvazia a força normativa da Constituição, conforme detalharemos oportunamente.

## **2. A Teoria da bondade natural na regulação brasileira**

Tomando como ponto de partida a clássica obra de Afonso Arinos de Melo Franco “O índio brasileiro e a Revolução Francesa: As origens brasileiras da Teoria da bondade natural”, iniciamos esse capítulo expondo os fundamentos que conduziram o autor à concluir pela decisiva influência que os selvagens brasileiros desempenharam na elaboração de importantes doutrinas filosóficas e políticas responsáveis pelo desencadeamento das ideias que fundamentaram a Revolução Francesa e todas as transformações ideológicas que acarretaria, com especial atenção para as ideias de Jean-Jacques Rousseau em três de suas obras: Discurso sobre a desigualdade, Do Contrato Social e Emílio.

Tomando emprestado as reflexões de Arinos, demonstraremos no item 2.1 como a teoria da bondade natural esteve presente na regulação indigenista brasileira desde o início da colonização portuguesa. O tratamento conferido ao índio pelo Governo brasileiro sempre se ligou a ideia da ingenuidade infantil do selvagem, esquecendo do fato de que o índio sobreviveu sozinho, por séculos, antes da chegada dos colonizadores, e nunca necessitou de sua proteção.

De início para salvar a alma do bom selvagem, era promovida a sua catequização; depois, para salvá-lo da “primitividade” e da vida rudimentar que levava em seu estado de natureza, promovia-se a sua “civilização” quando, então, deixava de ser índio, como se um sujeito por ser índio não pudesse ser cidadão. Por fim, promovia-se a integração do indígena à comunidade dominante, em um processo de aculturação.

Em todas essas fases da legislação indigenista brasileira, conforme demonstraremos no item 2.2, observava-se a intolerância com a diversidade e a formação equivocada de conceitos tais como a vida em estado de natureza, a ingenuidade e a inocência dos gentius, que viviam “primitivamente” em completa liberdade. A equivocada percepção do modo de vida dos autóctones conduziu à edificação de políticas oficiais do Governo brasileiro dedicadas, primeiro à catequização, e depois à civilização e integração dos índios, tornando

a aculturação, ou melhor o extermínio das culturas indígenas, uma política oficial perseguida pelo Estado brasileiro.

Em seqüência, no item 2.3, analisaremos como a Constituição Federal de 1988 tentou realizar uma transformação no modelo regulatório da questão indígena no País, rompendo com a tradição dominante e opressora de negação da diversidade. Por fim, no item 2.4, encerraremos esse capítulo com algumas considerações acerca da manutenção, pelo Estado brasileiro, do paradigma anterior, de incorporação do silvícola, lastreado na teoria da bondade natural.

## **2.1 A origem brasileira da bondade natural sob a perspectiva de Afonso Arinos**

A ideia central do livro de Arinos, “O índio brasileiro e a Revolução Francesa: As origens brasileiras da Teoria da bondade natural”, consiste em demonstrar que a trilogia básica que inspirou a Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) possui íntima ligação com a teoria da bondade natural do homem, cuja elaboração, por sua vez, foi influenciada pela figura mitológica do índio brasileiro. O autor faz um resgate histórico da consolidação da teoria da bondade natural, que se teria iniciado, pelo menos no século XVI, com a descoberta da América, quando apresentava feição de ideia filosófica e moral, até o século XVIII, onde ganhou os contornos de doutrina política, influenciando os fenômenos e transformações políticas que mudariam o mundo ocidental a partir da Revolução Francesa.

Digo que se iniciou, pelo menos, no Séc. XVI, porque, em verdade, já existiam mitos sobre terras distantes e ilhas paradisíacas antes mesmo da descoberta da América. Em verdade o mito do bom-selvagem e do mal-selvagem se rivalizavam no imaginário do homem europeu.<sup>2</sup> Aquele vivendo em total liberdade na natureza, em estado de graça, na “idade de ouro” da civilização, este confundido com seres mitológicos bárbaros e hostis, tais como ciclopes, amazonas, sereias, canibais e centauros.

A verdade é que o imaginário do europeu era povoado de seres míticos e fabulosos que habitariam terras distantes, e a descoberta da América, parecia materializar tais suposições. O contanto com os povos da América, principalmente sul e central, pareceu revelar ao europeu que aquela ideia de paraíso era real. Assim, a figura do bom-selvagem ganhou espaço no imaginário europeu, corporificado na figura dos povos ameríndios (sul e central), se

---

<sup>2</sup>Na verdade, cinco séculos antes de Cristo, a teoria da bondade natural do homem aparecia na moral de Confúcio. Maiores detalhes acerca da teoria da bondade natural anterior ao séc. XVI, vide: FRANCO, 1937, p. 44-45.

sobressaindo à fantasia do mal-selvagem. O mito da bondade natural começava, portanto, a se formar.

Segundo Arinos, construiu-se a ideia de que existiam povos que ainda viviam na “idade de ouro” da antiga humanidade desaparecida, homens livres, iguais e fraternos! (igualdade, liberdade e fraternidade). Vivendo em harmonia com a natureza e, especialmente, ao andarem despidos (por isso América do sul e central) (FRANCO, 1937, p. 224), em verdadeiro estado de pureza, antes de conhecer o pecado, em verdadeiro estado bíblico (Adão e Eva no paraíso, antes de comer o fruto proibido!).

O clima tropical, cálido, a selva sempre verde e que não conhecia a mudança das estações, fazia com que os povos ameríndios levassem uma vida muito próxima daquela imaginada pelos filósofos como própria do estado de natureza. A floresta oferecia abrigo e proteção o ano inteiro, os frutos e raízes comestíveis se ofereciam em qualquer tempo, era a “eterna primavera”, que aos olhos do europeu revelavam entes livres, despreocupados e, sobretudo, longe do pecado, em pura inocência dado seu estado de nudez (FRANCO, 1937, p. 225).

Os padres missionários e viajantes contribuíram para difundir essas crenças através dos seus relatos acerca dos hábitos e costumes dos nossos autóctones, alguns que acabaram se tornando “best sellers” da época que, por sua vez, influenciaram importantes obras daquele tempo (FRANCO, *ibid.*). O interesse e a curiosidade acerca dos nossos aborígenes fora tamanho que grande foi o trânsito deles para a Europa.<sup>3</sup> O autor revela que, principalmente na França, existem demasiados relatos da presença do índio Americano.

Com base nos relatos e descrições dos viajantes, iniciou-se um processo literário onde as críticas ao regime dominante e às instituições da época, inclusive religiosas, eram camufladas em forma de obras fictícias onde o estilo de vida dos selvagens americanos era supervalorizado. Exacerbava-se a sua suposta liberdade religiosa e política, a propriedade coletiva, o contato com a natureza, enfim, tudo o que não existia na Europa quinhentista.

Essas obras literárias, expressamente declaradas de ficção, driblavam a vigilância e o controle por parte da Igreja e do Soberano, colhendo os elementos de influência nas já tendenciosas narrativas dos viajantes, operando uma contundente crítica às instituições da época. Propunham uma transformação na sociedade através da modificação das tendências subjetivas do homem, desencadeando um movimento cultural e filosófico de transição entre a

---

<sup>3</sup>Seja para saciar a curiosidade de ambas as partes (europeu e indígena), seja para a instrução do gentio, seja para comprovar a veracidade das novidades e o êxito das expedições, o fato é que o trânsito de índios para a Europa foi intenso no séc. XVI, existindo diversos relatos, inclusive de Montaigne, Rousseau e Voltaire. Vide: FRANCO, 1937, p. 104-105.

submissão do homem aos dogmas da igreja e o racionalismo cartesiano: o Humanismo (FRANCO, 1937, p. 128), movimento cultural que almejava a educação e o esclarecimento das classes dirigentes a fim de que estas operassem a reforma das instituições vigentes.

Paulatinamente o homem passou a questionar todos os valores morais, políticos e sociais que tinham sido assentados até então. As descobertas proporcionadas pela expansão colonial, o conhecimento e o domínio pelo homem do meio natural, as conquistas alcançadas com desenvolvimento tecnológico, conduziram a uma confiança excessiva na capacidade humana e germinava, a partir do humanismo, a semente revolucionária que atingiria sua plenitude no século XVIII.

Os primeiros humanistas (dentre eles o autor cita: Erasmo de Roterdã, Thomas Morus, Michel de Montaigne) colaboraram com a disseminação da equivocada compreensão de que os gentios viviam em total liberdade política e religiosa. Uma análise apressada e descuidada realizada pelos viajantes e missionários, ao não encontrarem nas comunidades íncolas traços de semelhança com o sistema político e religioso conhecido na Europa, conduziu à essa falsa percepção da realidade ameríndia. Já aqui constatamos nítida a dificuldade em compreender a diversidade, gerando preconceitos e estigmas que marcariam, pelos próximos séculos, a relação, primeiro da Coroa portuguesa, e depois do Estado brasileiro e sua sociedade civil, com o indígena.

Afonso Arinos refaz, então, o histórico de obras escritas entre os séculos XVI e XVIII que abordaram os hábitos indígenas e sua vida paradisíaca, que levaram à consolidação, no Séc. XVIII, da teoria da bondade natural, arrimada na imagem que o europeu edificou acerca do índio brasileiro, e que acabaria por influenciar os futuros mentores da revolução francesa. Dentre essas obras, valem à pena mencionar algumas:

No Séc. XVI, as cartas de Pero Vaz de Caminha<sup>4</sup> (1500), a “Mundus Novus” de Américo Vespúcio (1502/1503) e a “Carta do piloto anônimo” (1507), se tornaram muito populares. Exaltavam a inocência e a docilidade dos gentios e a vida paradisíaca que levavam em terras formosas e ricas. Erasmo de Roterdã, em sua obra “Elogio da loucura” (1508), descreve os habitantes das ilhas afortunadas, onde nascera a loucura, tal qual a descrição que Vespúcio traça sobre os nativos brasileiros, louvando a inocência da vida selvagem.

Há fortes indícios de que a ilha de Utopia, na obra de Thomas Morus (1516), correspondia em verdade, a ilha brasileira de Fernando de Noronha (FRANCO, *Op. Cit.* Pág. 139.), apresentando seus mesmos contornos e formato. Também essa obra sofreu forte influência das cartas de Américo Vespúcio.

---

<sup>4</sup>Também chamada de Carta a el Rei Dom Manoel sobre o achamento do Brasil.

Segundo Morus, a “virtude consiste em se viver segundo a natureza”, e que “quem obedece à razão escuta a voz da natureza” (apud FRANCO, 1937, p. 142), a partir daí a teoria da razão natural progrediria, até o século XVIII. Thomas Morus imaginou um homem que se servisse dos progressos da civilização sem, contudo, perder suas virtudes e atributos (FRANCO, 1937, p. 151).

Em 1557 foi a vez do alemão Hans Staden, dividir com o mundo as experiências e aventuras vividas quando de sua estada no Brasil, onde foi acolhido pela tribo dos Tupinambás, em meio a guerra que se estabeleceu entre portugueses e franceses na oportunidade da criação da França Antártica, no atual Estado do Rio de Janeiro. Guerra essa apelidada de “confederação dos tamoios”. Hans Staden revelou em detalhes os hábitos e costumes de seus anfitriões, despertando bastante interesse e a curiosidade por parte dos europeus.

Jean de Léry, em sua “Viagens ao Brasil” (1578), influenciou decisivamente Montaigne e Rousseau, assim como a obra de André Thevet, em sua “Singularidades da França Antártica” (1558), outra narrativa acerca da guerra envolvendo a “confederação dos Tamoios”<sup>5</sup>. Tanto Jean de Léry, quanto André Thevet, descrevem minuciosamente os hábitos e rotina dos indígenas brasileiros, tendo, inclusive, Jean, convivido anos com os Tupinambás no contexto da França Antártica. Arinos revela que tais relatos serão resgatados posteriormente por Montaigne, que engrandecerá as virtudes da vida do homem natural.

Miguel de Montaigne, em seu “Ensaio sobre os canibais” (1580), critica as instituições europeias e a propriedade privada com base em selvagens brasileiros<sup>6</sup>, os Tupinambás. Montaigne influenciou por demais escritores de renome, tais como Shakespeare e Rousseau (FRANCO, 1937, p. 189), sendo declaradamente um dos seus autores preferidos.

No Séc. XVII, temos um período de transição entre a doutrina filosófica do bom selvagem que se iniciou com a descoberta da América e divulgação da

---

<sup>5</sup>A confederação dos tamoios (1556-1567) remonta o período em que os franceses, liderados por Nicolau Villegaingnon, se fixaram na Bahia de Guanabara, Capitania de São Vicente, atual Estado do Rio de Janeiro, formando a França Antártica, o que acabou provocando uma guerra com os portugueses que intentavam expulsá-los de sua colônia. Em meio ao conflito, em estratégia usual na época, os europeus se uniram aos povos indígenas locais a fim de enfrentar os inimigos comuns. Nesse contexto, os Tupinambás, também chamados de Tamoios, se uniram aos Franceses em resistência aos portugueses que, por sua vez, uniram-se aos tupiniquins, históricos inimigos dos Tamoios. O conflito, cujo desfecho resultou na expulsão dos franceses do território brasileiro, foi apelidado de “confederação dos tamoios” (TRINDADE, 2010, p. 35).

<sup>6</sup>Arinos revela que não só nos “Ensaio sobre os canibais”, como também em outras obras de Miguel de Montaigne encontramos referências aos indígenas brasileiros, como em “Apologia de Raymond de Sébonde” e em outros escritos.

vida paradisíaca desfrutada por seus habitantes, e a teoria política da bondade natural do homem que influenciaria decisivamente os ideários da Revolução Francesa, a partir da construção do ideal de uma vida coletiva entre seres humanos iguais, livres e fraternos, tal qual se acreditava que viviam os ameríndios. Os seguintes autores e obras literárias merecem destaque:

William Shakespeare, em “A tempestade” (1613), que traz uma construção shakespereana bem peculiar do homem natural. Hugo Grotius exalta a simplicidade da vida baseada em Montaigne e seu “Ensaio sobre os canibais”, visualizando nas origens da civilização humana um ambiente de fraternidade, simplicidade e comunidade dos bens terrestres, uma “idade de ouro”, que seria retomada no Séc. XVIII pelos filósofos da bondade natural.

Jonh Locke e Puffendorf, também exploraram o tema do estado de natureza. O segundo, concordando com Grotius, enaltece a excelência do estado de simplicidade da vida primitiva dos ameríndios, declarando que o primeiro dos direitos existentes no estado de natureza seria a liberdade, ideia essa reproduzida posteriormente por Montesquieu (FRANCO, 1937, p. 210).

Já no Séc. XVIII, autores como Montesquieu, Voltaire<sup>7</sup> (com sua forma particular em antítese à Rousseau, Denis Diderot e especialmente Jean-Jacques Rousseau, vão trabalhar com a questão da bondade natural do homem sob a influência das narrativas acerca dos ameríndios. Três obras de Rousseau demonstram o amadurecimento da teoria da bondade natural: “Ensaio sobre a desigualdade do homem” (1755), “Do Contrato Social” (1762) e “Emílio – Tratado sobre a educação” (1762).<sup>8</sup>

Rousseau, fortemente influenciado por Montaigne e pela obra “Robinson Crusóe” (1719), de Daniel Defoe,<sup>9</sup> exalta a superioridade do homem selvagem aduzindo que o mesmo viveria em uma idade de ouro da humanidade, sendo necessária uma reformulação do homem, através de uma doutrina pedagógica, ou seja, através da educação natural.

---

<sup>7</sup>Particularmente em sua obra “Candide”, Voltaire utiliza na narrativa elementos da fauna e da flora tipicamente brasileiros, revelando que colhe informações acerca do Brasil nas narrativas dos viajantes, se inspirando para a composição de seu romance. Ao contrário do selvagem rousseauiano, o índio de Voltaire não se apresentava ingênuo, mas esperto e astuto, além de antropofágico. Maiores detalhes, vide: FRANCO, 1937, p. 254.

<sup>8</sup>Interessante observar que, em Emílio, um verdadeiro tratado sobre pedagogia, onde Rousseau lança as diretrizes de uma educação transformadora a fim de reformar a alma dos homens, o autor indica Robinson Crusóe como o único livro da biblioteca do jovem educando, revelando a importância que a obra representava para o filósofo. Mais informações: FRANCO, 1937, p. 295.

<sup>9</sup>O romance de Defoe explora a história de um naufrago sobrevivendo em uma ilha americana do pacífico sul e, posteriormente, na Bahia, convivendo com nativos e resistindo aos canibais. A obra teve a provável influência dos relatos acerca de nossos indígenas, os Tupinambás, antropófagos inspiradores de Montaigne. Vide: FRANCO, 1937, p. 273.

Em “Emílio” o autor aduz que o Homem é naturalmente bom, a civilização o corrompe, sendo o objetivo de toda a educação e de toda a comunidade política, remover os obstáculos que impedem o livre desdobramento da virtude natural. Essa reformulação do homem parecia mais factível a partir da constatação desse estado de natureza vislumbrado entre os povos ameríndios. É patente a impressão causada pela imagem simbólica dos ameríndios na obra de Rousseau. O índio representava o homem romântico, puro e feliz, em carne e osso!

Os filósofos do Séc. XVIII já tinham assentado que a liberdade política e religiosa era uma característica do estado de natureza. Há, entretanto, uma deformação da ideia do nosso índio no imaginário europeu, que se torna uma quimera, um ideal, a reprodução de uma aspiração idílica que teve forte impacto e poder de influência nos espíritos dos revolucionários do Séc. XVIII. Assim, o índio brasileiro, através da mitologia criada em torno de sua figura e modo de vida serviu de inspiração para a Revolução Francesa (FRANCO, 1937, p. 223), uma vez que esteve fortemente presente na doutrina política e filosófica revolucionária através da teoria da bondade natural, desenvolvida nas obras de importantes autores, como Jean-Jacques Rousseau, que maior influência exerceu sobre os espíritos revolucionários.

Segundo Arinos, da teoria da bondade natural consolidada por Rousseau e em sua proposta de reformulação da alma humana através de uma educação natural que conduzisse os homens à igualdade, liberdade em uma vida fraterna, tal qual se entrevia ente os povos ameríndios, nasceu o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Dessa imagem idílica construída envolta do indígena, de ingenuidade e docilidade quase infantis, percebe-se o quanto a teoria da bondade natural influenciou a regulação brasileira referente à questão indígena no País. Desde o início, com a Coroa portuguesa e depois com o Estado brasileiro, temos a política oficial de “salvamento” do bom-selvagem, seja salvando sua alma com a catequização, seja salvando-o da primitividade, com a civilização e incorporação à sociedade dominante. O Estado brasileiro sempre se sentiu no direito de controlar e direcionar o destino dos autóctones, como se os mesmos não pudessem ou não conseguissem se guiar sozinhos, quase como crianças, tidos como incapazes, ignorantes, sem cidadania, sem direitos.

Estudaremos nos próximos dois tópicos a legislação indigenista brasileira em seus principais marcos regulatórios, desde o período colonial até a promulgação da atual Constituição brasileira, a fim de demonstrar nela a presença de fortes traços da teoria da bondade natural.

## 2.2 Legislação histórica: Os marcos regulatórios na legislação indigenista brasileira

A legislação indigenista portuguesa do Séc. XVI determinava bom tratamento aos indígenas que se submetessem à catequização e guerra aos demais. Leis de 1548 e de 1655 vedavam o cativo indígena, salvo os tomados em ‘guerras justas’ (quando resistiam à evangelização). A carta Régia de 09/03/1718 considerava as nações indígenas fora do alcance da Jurisdição da Coroa Portuguesa, declarando os índios livres, não sendo possível obrigá-los a deixar suas terras ou seus costumes (SANTOS FILHO, 2006, p. 24-25).

Durante a administração do Marquês de Pombal, primeiro ministro Português, durante o reinado de D. José I, foi editada a Lei de 06/06/1755, reconhecendo o direito dos índios sobre suas terras, um direito hereditário, ao mesmo tempo em que determinava que os silvícolas deixassem de ser ‘bárbaros’, adotassem nomes portugueses e abandonassem a língua local em favor do português, tornando-se legítimos cidadãos portugueses (SANTOS FILHO, 2006, p. 26).

Cartas Régias de 1808 (maio, novembro e dezembro) declaravam guerra aos índios Botocudos do Paraná, então província paulista, aos índios Bugres de São Paulo e aos Botocudos do vale do Rio Doce, Minas Gerais, que não se submetessem às Leis reais, permitindo aos milicianos que os aprisionassem para fins de servidão (por 15, 15 e 10 anos, respectivamente) podendo o cativo se estender até a sua pacificação. As referidas Cartas Régias explicavam que não se tratava da escravização dos gentios (!), mas de educá-los à convivência da sociedade ‘doce e pacífica’ (SOUZA FILHO, 2008, p. 56).

O fim da escravidão indígena, fruto das guerras de 1808, veio através da Lei de 27 de outubro de 1831 que, no entanto declarou a orfandade dos índios cativos, que deveriam ser entregues a um Juiz de órfãos que lhes forneceria educação e sustento, até que viessem a ter um trabalho remunerado (SOUZA FILHO, 1990, p. 155).

Mais tarde, um Decreto de 3 de junho de 1833, encarregou os juízes de órfãos da administração dos bens dos silvícolas libertos do cativo proveniente das guerras de 1808. Esses dois Atos (Lei de 1831 e Decreto de 1833) conduziram à equivocada interpretação de que todos os índios do País seriam incapazes de gerir o seu patrimônio e a sua vida, necessitando da assistência estatal para tanto, inaugurando a malfadada tutela orfanológica. Observe que a Lei de 1831 e o Decreto de 1833, se destinavam unicamente aos gentios liberados da servidão iniciada nas guerras de 1808, não contemplando os silvícolas que viviam em liberdade. Entretanto, os juristas da época acharam por bem enquadrar todo e qualquer índio sob a tutela orfanológica (SOUZA FILHO, 1990, p. 94).

A Constituição do Império (1824) de início nada previu acerca dos índios, tendo, posteriormente, um Ato Adicional (1832) introduzido a competência do Governo quanto à catequização e civilização dos mesmos (art. 11, §5º, Lei 16 de 12 de agosto de 1832).

O Decreto 8.072/1910, responsável pela criação do SPI (Serviço de Proteção ao Índio),<sup>10</sup> altera profundamente a política indigenista do País. Deixando de lado as preocupações religiosas substituiu a catequese por uma política integracionista, fundada na crença evolucionista da humanidade, onde a condição de índio seria algo ‘primitivo’, fadado à civilização, estágio mais ‘avançado’ da evolução humana.

Acreditava-se sinceramente que a ‘civilização’ era o melhor para o índio e por ele desejada. Então toda a legislação brasileira a partir deste momento, até o período anterior à Constituição Federal de 1988, volta-se à gradativa incorporação do indígena à civilização, o que fatalmente conduziria ao desaparecimento dos aborígenes do País. É o que a doutrina convencionou chamar de paradigma da assimilação cultural, ou paradigma assimilacionista, ou integracionista (SOUZA FILHO. *Op. Cit.* 1990, Pág. 161). A ideia era tornar o índio um autêntico cidadão brasileiro.

Neste particular, a criação do SPI baseava-se na política de integração dos povos indígenas à cultura nacional, na expectativa de suplantarem as culturas indígenas ‘primitivas’. Observe que a dizimação das culturas indígenas existentes no País era, então, uma política oficial do Governo! Entretanto, e contraditoriamente, o diploma (Decreto 8.072/1910) previa a demarcação das Terras Indígenas (TI) (art. 11) e o respeito às terras, à organização interna, hábitos e instituições das tribos (art. 2º, § 2º e § 4º).

O Código Civil de 1916 (art. 6, IV e parágrafo único) preconizando a incapacidade civil relativa do indígena<sup>11</sup> enquanto não integrados à civilização, criou o regime tutelar, a ser disciplinado em lei especial. Essa regulação se deu através do Decreto 5.484 de 27/06/1928, que dentre outras coisas previu a necessária representação dos índios pelo Estado (na figura do SPI) a fim de validar os atos por eles praticados, sob pena de nulidade. A incapacidade

---

<sup>10</sup>O SPI foi inicialmente designado Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, transformou-se simplesmente em SPI em 1918, era ligado ao Ministério da Agricultura, indústria e comércio, tendo sua direção conferida ao Marechal Cândido Mariano Randon.

<sup>11</sup>Frise-se que desde o início, Clovis Beviláqua, mentor do CC de 1916, foi veementemente contra ao regime tutelar instituído pelo diploma, uma vez tratar-se de instituto do direito de família, em nada compatível com a situação indígena, um universo jurídico aparte, que deveria ser regulado em legislação específica (SOUZA FILHO, 1990, p. 98).

cessaria à medida que os aborígenes fossem se integrando à civilização (art. 5º e 7º).<sup>12</sup>

A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a tratar dos direitos indígenas, assegurando-lhes a posse de suas terras<sup>13</sup> e atribuindo à União a competência para legislar acerca da incorporação do silvícola à comunhão nacional.<sup>14</sup> A Constituição de 1946 retoma o dispositivo, retirado na CF de 1937, que defere à União a competência para legislar sobre a incorporação do silvícola à comunhão nacional (art. 5, XV, 'r'), dispositivo este mantido nas Constituições de 1967 (art. 8, XVII, 'o') e na Emenda nº 1 de 1969. Claro então, que a incorporação do indígena à cultura dominante tratava-se de política oficial do Governo brasileiro, assegurado em instrumento constitucional.

Vale destacar que, também na seara do direito criminal, prevaleceu o estigma e a marginalização do indígena como política oficial do Estado Brasileiro. Com efeito, a falta de sensibilidade para com a diversidade étnica e cultural conduziu ao estabelecimento de premissas equivocadas quanto a sanidade mental do indígena, levando à fixação legal de sua inimputabilidade (FEIJÓ, 2015b, p. 73).

Destaques-se que tanto o Código Criminal do Império, Lei de 16/12/1830, como o seu sucessor, o primeiro Código Penal republicado, de 11/10/1890 (Decreto 847), calaram quanto à responsabilidade criminal dos indígenas. O atual Código Penal, de 07/12/1940 (Decreto 2.848), muito embora aparentemente seja omissivo quanto aos silvícolas, em sua exposição de motivos (SOUZA FILHO, 1990, p. 13), anterior à reforma de 1984, menciona os indígenas como indivíduos com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, destinando-os às regras aplicáveis aos semi-imputáveis ou inimputáveis (MIRANDA, 1994, p. 38).

Em verdade, o tratamento deferido pela legislação criminal ao indígena (a inimputabilidade) apenas refletia decisões políticas anteriores quanto a questão de sua (in)capacidade civil, não estando em dissonância com o Ordenamento Jurídico da época. Nada mais natural, portanto, que fosse também considerado inimputável, penalmente incapaz, perante a legislação criminal.

Foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que esse quadro se modificou, representando um marco decisivo para o direito indigenista do País, operando uma transformação sem precedentes no

---

<sup>12</sup>Inclusive, o art. 1, parágrafo único, da Lei 5.371, de 05 de dezembro de 1967, que instituiu a FUNAI, estabelece a competência da Fundação para exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio.

<sup>13</sup>Art 129 – “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

<sup>14</sup>Art. 5º - “Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: (...) m - incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

relacionamento índio-Estado brasileiro, motivo pelo qual dedicamos tópico específico a que damos seqüência.

### **2.3 A transformação regulatória introduzida pela Constituição Federal de 1988**

A novel Carta constitucional rompe definitivamente com o paradigma da assimilação cultural e civilização dos indígenas, estruturando um sólido sistema de proteção à diversidade cultural brasileira, valorizando os diversos grupos étnicos responsáveis pela construção do patrimônio cultural brasileiro. A partir de 1988, as preocupações do Estado não objetivam mais a civilização e engajamento dos silvícolas à comunhão envolvente, mas sim a proteção de sua identidade cultural.

A Constituição de 1988 foi a primeira Carta brasileira a dedicar um capítulo<sup>15</sup> à regulação dos direitos e interesses indígenas, estruturando um sólido sistema de proteção à sua singularidade cultural, reconhecendo sua organização social, seus costumes, religião, línguas, crenças e tradições, assegurando-lhes o direito a reprodução física e cultural. Trocando em miúdos, a CF de 88 garantiu ao índio o direito a ser índio e a continuar reproduzindo seu modo de vida particular, tal como sempre fez, vivendo seus costumes e tradições sem o fantasma da aculturação forçada (SOUZA FILHO, 1990, p. 107).

A nossa Carta constitucional ainda estruturou uma seção dedicada à cultura (arts. 215 e 216), estendendo sua proteção as manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos formadores do processo civilizatório nacional, reconhecendo expressamente que as formas de expressão e manifestação cultural desses grupos consubstanciam o patrimônio cultural brasileiro, merecedor de proteção pelo Estado brasileiro.

A nova dogmática constitucional visa preservar a diversidade cultural do País, reconhecendo que o Brasil é uma nação multicultural e pluriétnica (SANTOS FILHO, 2006, p. 46), formada por uma riquíssima variedade de populações tradicionais que merecem ter seu modo de vida secular e sua cultura singular preservados uma vez que contribuíram, e ainda contribuem, para a formação da identidade do povo brasileiro.

Aliás, o reconhecimento de que compomos uma “sociedade pluralista e sem preconceitos” resta expressamente evidenciada em seu preâmbulo que, apesar de desprovido de força normativa possui uma incontestável função hermenêutica integradora do texto constitucional, revelando seus valores mais

---

<sup>15</sup>Capítulo VIII, art. 231-232, dentro do título VIII ‘da ordem social’.

contundentes.<sup>16</sup> Assim, quilombolas, indígenas, seringueiros e toda uma sorte de populações que vivem um estilo de vida tradicional ganham espaço na tutela constitucional à diversidade cultural.

A Constituição de 1988 concedeu proteção às manifestações culturais dos afro-descendentes, incumbindo o Poder Público de proteger tais referências culturais.<sup>17</sup> A Constituição ainda atribuiu aos remanescentes das comunidades quilombolas o direito de propriedade sobre os seus territórios,<sup>18</sup> conferindo, de forma inédita no Ordenamento Jurídico do País, proteção aos descendentes dos antigos escravos, deixados à margem das iniciativas governamentais desde a abolição da escravatura em 1888, quando os quilombos passaram da proibição a uma realidade simplesmente desconsiderada.

Ressalte-se que a Constituição Federal, no § 5º do art. 216,<sup>19</sup> declara tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tendo, ainda, no caput, determinado que todos os bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, memória e ação dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, constituem nosso patrimônio cultural.

Da mesma forma, reconhecendo a necessidade de preservação de uma minoria étnica nacional, a Constituição Federal estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena, perfilhando em seu art. 231 e parágrafos,<sup>20</sup> o direito dos índios em manter sua organização

---

<sup>16</sup>O papel do preâmbulo como instrumento de interpretação constitucional já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal por diversas vezes, tanto em sede da ADI nº 2.649, relatora Min. Carmem Lúcia, julgamento em 08/05/2008; na ADI por omissão nº 2076, relator Min. Carlos Velozzo, julgamento de 08/08/2002; como em decisão monocrática do Mim. Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 24645-MC, de 08/09/2003.

<sup>17</sup>Art. 215. “(...) § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (...)”.

Art. 216. “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (...)”.

<sup>18</sup>Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

<sup>19</sup>Art. 216. “(...) § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

<sup>20</sup>Art. 231. “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam,

social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, além de resguardar os direitos originários<sup>21</sup> sobre as terras que tradicionalmente ocupam, assegurando-os o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes.

A proteção constitucional das minorias étnicas brasileiras vai mais além do que o simples reconhecimento da identidade cultural singular, garantindo aos membros de tais grupos sociais os mesmos direitos, deveres e oportunidades conferidas a qualquer cidadão brasileiro, dado que são integrantes do ‘povo brasileiro’, destinatários do rol de direitos e garantias fundamentais do ser humano, assegurados pelo Estado Brasileiro a qualquer de seus membros, sem que o gozo desses direitos implique qualquer perda de identidade cultural ou prerrogativas inerentes à sua condição jurídica especial.<sup>22</sup>

Percebe-se, então, que o maior direito assegurado pela Carta aos silvícolas foi o direito a ser índio, reproduzindo sua cultura e tradições seculares, perpetuando<sup>23</sup> seu estilo de vida tradicional sem que isso acarrete qualquer prejuízo ao gozo de direitos enquanto membro do povo brasileiro (SANTOS FILHO, 1990, p. 47). A Constituição Federal de 88, ainda consagrou a plena capacidade civil do indígena<sup>24</sup> e, conseqüentemente, possibilitou sua

---

competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (...).”

<sup>21</sup>A expressão “Direitos originários sobre as terras que habitam” liga-se ao reconhecimento, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, da tradicional ocupação da terra pelos autóctones desde épocas imemoriais, que remontam à colonização do País, quando em 1º de abril de 1680 o Alvará Régio os outorgou tal legitimidade. De lá para cá, a tendência nacional em todas as Constituições, foi a manutenção do reconhecimento de que o direito da posse indígena sobre suas terras é congênito, restando o Alvará de 1680 ainda em vigor, posto que nunca fora revogado.

<sup>22</sup>Neste Particular, reza a Declaração da ONU sobre Povos Indígenas, de 2007, assinada pelo Brasil: “Artigo - 2 Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e pessoas e têm o direito a não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundado, em particular, em sua origem ou identidade indígena”.

<sup>23</sup>Aqui abro um parêntese para esclarecer que a perpetuidade cultural não significa uma intangibilidade ou um apartheid cultural, a convivência, mistura e influência de culturas diversas sempre foi um fato histórico, responsável pela reprodução cultural e pelo enriquecimento humano. A proteção constitucional à identidade cultural indígena não almeja a estagnação e o engessamento de culturas milenares como se fossem um museu vivo, mas apenas livrar da interferência ruínosa com que o Estado brasileiro atuou sobre esses grupos forçando um choque cultural e uma dominação vertical. Liberta-se enfim, o índio deixando que ele escolha o seu caminho.

<sup>24</sup>Inclusive, o STJ já decidiu no sentido da plena capacidade civil do indígena: RE Nº 1.026.942- SC. Publicação em 03/02/2010 Rel. Denise Arruda. Maiores detalhes, vide: FEIJÓ. 2014-b. Pág. 222-223.

participação e pertencimento à reprodução social. O índio ganhou, assim, cidadania.

## 2.4 E o mito do bom selvagem continua ....

Não há como se tocar na questão da negação histórica dos direitos dos povos indígenas sem suscitar o tema da hidrelétrica de Belo Monte<sup>25</sup> e outros empreendimentos econômicos que assombram as terras indígenas brasileiras há décadas. Um constante lembrete de que os interesses predominantes, no fim das contas, sempre será o poder econômico. E os direitos constitucionais “assegurados” aos indígenas? Não passam de joguetes na argumentação dos Tribunais, que ora os negam, ora os reconhecem, de acordo com os interesses da ocasião.

No capítulo dedicado aos povos indígenas, a Constituição assegurou que os potenciais de energia hidráulica, os recursos minerais e os recursos energéticos existentes em terras indígenas poderão ser explorados desde que obedecidos certos requisitos pré-estabelecidos, tais como: lei específica regulando a matéria,<sup>26</sup> exploração por empresas brasileiras ou constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração no País, autorização do Congresso Nacional, oitiva das comunidades impactadas e sua participação nos resultados da lavra.<sup>27</sup>

Com efeito, a exigência de Lei específica para que haja o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos e o aproveitamento energético em terras indígenas constitui norma constitucional de eficácia limitada, utilizando a cediça

---

<sup>25</sup>Belo Monte consiste na primeira de cinco usinas do complexo hidrelétrico a ser realizado na Bacia do Rio Xingu, integrando o Projeto governamental de Aceleração do Crescimento – PAC. Inicialmente denominada hidrelétrica de Kararaô, um grito de guerra na língua Kaiapó, só pelo nome já correspondia a uma agressão às comunidades índias afetadas. Os conflitos envolvendo a usina se arrastam por duas décadas, os índios e populações locais já se pronunciaram por diversas vezes contrários ao empreendimento, mas o Governo Federal desconsidera sua posição e insiste em tentar justificar a obra com o questionável argumento da estratégica posição da região para o desenvolvimento da matriz energética brasileira.

<sup>26</sup>Art. 176, § 1º “A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”.

<sup>27</sup>Art. 231, § 3º “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

classificação estruturada por José Afonso da Silva (2008, *passim*)<sup>28</sup>, dependente de uma norma ulterior que complete sua eficácia e aplicabilidade sem a qual resta inviabilizada em face da inexistência de regulação da matéria. Qualquer tentativa em contrário significará flagrante inconstitucionalidade.

Só por esse argumento, já podemos concluir pela inconstitucionalidade formal da edificação do complexo hidrelétrico de Belo Monte. Mas outros elementos de inconstitucionalidade vem à baila, revelando a contumaz desconsideração, por parte das instituições brasileiras, dos direitos constitucionalmente assegurados aos nossos indígenas. Um bom exemplo seria o Decreto Legislativo (DL) nº 788/2005 que autorizou a construção da usina à revelia da consulta aos povos afetados bem como prescindindo do Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

A falta de consulta às comunidades impactadas consiste em um dos maiores problemas enfrentados desde o início das discussões acerca da construção da hidrelétrica. Índios e outras comunidades tradicionais<sup>29</sup> impactadas se engalfinham em protestos e reivindicações com órgãos governamentais e a empresa concessionária. Desde o I Encontro dos Povos Indígenas do Xingu, em Altamira, no Pará, nos idos de 1889, continuando no II Encontro dos Povos Indígenas do Xingu, em 2008, que os silvícolas reivindicam a observância de seus direitos constitucionais por parte do Estado brasileiro e não logram êxito.

O direito à consulta resta assegurado na Constituição, tendo sido regulado pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - Convenção sobre povos indígenas e tribais em Países independentes – firmada em Genebra, 1989, devidamente ratificada (Decreto Legislativo 143/2002) e

---

<sup>28</sup>José Afonso estrutura as normas constitucionais, segundo seu grau de eficácia, em três grupos: As normas de eficácia plena (aptas a produzir a plenitude de seus efeitos de imediato); as normas de eficácia contida (normas que, apesar de nascerem aptas a produzir seus efeitos de imediato, podem ter seu alcance restringido através de legislação ulterior); e as normas de eficácia limitada (normas que somente terão sua eficácia completa a partir de uma regulação legal posterior, exigida pela Constituição).

<sup>29</sup>A medida provisória nº 2.186-16/2001 (que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado) estabelece a seguinte definição de comunidade tradicional: “Grupo humano, incluindo os remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas”. Melhor definição é trazida por Diegues e Arruda (apud SANTILLI, 2005, p. 132): “Grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Tal noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional, que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos”.

incorporada ao nosso Ordenamento Jurídico através do Decreto 5.051 de 2004, com status de lei ordinária, devendo, pois, ser cumprida.

É de se salientar que a exploração de recursos minerais, potenciais hidrelétricos e energéticos em terras indígenas ainda carece de regulação específica para que possam se realizar constitucionalmente. Mas quanto à consulta, essa ausência normativa não terá o condão de afastar a realização do procedimento, dado que já existe a regulação da matéria.

Com efeito, nenhum daqueles empreendimentos supracitados poderiam estar ocorrendo em Terras indígenas ante a ausência da legislação específica, entretanto, o Estado brasileiro sistematicamente vem desconsiderando essa exigência constitucional. Títulos minerários são concedidos em terras indígenas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) (FEIJÓ, 2010a, p. 167-168), o complexo hidrelétrico de Belo Monte avança olvidando os direitos constitucionais dos indígenas, descumprindo os compromissos assumidos quando do início das obras. No passado as hidrelétricas de Tapajós, Tucuruí e Balbina foram concluídas sem realizar o procedimento consultivo exigido pela Constituição.<sup>30</sup>

Dentre os mecanismos do processo de consulta está a antecedência de sua realização, antes que o empreendimento impactante tenha início. No entanto, o DL 788/2005 autorizou o início das obras em Belo Monte sem a realização da consulta às comunidades e sem a feitura do EIA, postergando sua realização para após a liberação da obra<sup>31</sup> com flagrante prejuízo às comunidades locais.

Aliás, o órgão indigenista, a FUNAI, que deveria proteger os interesses dos índios se mostrou contrário aos mesmos. Em outubro de 2009, a FUNAI liberou a obra sem saber os impactos que acarretaria às comunidades indígenas, decisão esta, inclusive, que contrariou seu próprio parecer técnico quanto à necessidade de cumprimento de condicionantes específicas para a viabilidade do empreendimento em terras indígenas. Em junho de 2011, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), com o aval da FUNAI, anunciou a liberação definitiva para a construção do complexo hidrelétrico, alegando o cumprimento das condicionantes socioambientais

---

<sup>30</sup>Maiores informações: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **A dívida de Belo Monte.** Documento elaborado pela equipe do Programa Xingu, Instituto Socioambiental. Altamira: Pará, março de 2014. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar\\_geral\\_integrado\\_belo\\_monte.pdf](http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar_geral_integrado_belo_monte.pdf)>. Acesso em 17 maio 2015.

<sup>31</sup>Maiores informações, vide: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **A dívida de Belo Monte. Documento** elaborado pela equipe do Programa Xingu, Instituto Socioambiental. Altamira: Pará, março de 2014. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/placar\\_geral\\_integrado\\_-\\_uhe\\_belo\\_monte\\_ll.pdf](http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/placar_geral_integrado_-_uhe_belo_monte_ll.pdf)>. Acesso em 17 maio 2015.

(requisitos a serem observados pelo Governo e pela concessionária a fim de conciliar o empreendimento com os interesses sociais e ambientais em pauta).

Entretanto, os índios seguiram protestando, inclusive por ocasião da Rio +20, em 2012, liderados pelo Cacique Raoni Metuktire, alegando o descumprimento das condicionantes e reivindicando a suspensão do empreendimento. Contudo, as obras prosseguiram com o aval do Supremo Tribunal, em desconstrução do entendimento do Tribunal Regional Federal (TRF) da primeira Região<sup>32</sup>, que vislumbrava a inconstitucionalidade do empreendimento.

Dentre os argumentos, o egrégio Tribunal compreendia que a competência para a oitiva das comunidades indígenas impactadas seria do Congresso Nacional, por expressa exigência constitucional, sendo inadmissível sua delegação. Entretanto, não foi o que entendeu nossa Suprema Corte, viabilizando que a consulta aos índios fosse realizada pelo IBAMA posteriormente à liberação da obra.

Saliente-se, por fim, que também a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>33</sup> assevera a necessidade de realizar um processo consultivo às comunidades indígenas antes da realização de qualquer empreendimento econômico em suas terras ou a adoção de medidas legislativas. O instrumento ainda ressalta o direito à autodeterminação dos povos indígenas e sua liberdade e independência na tomada de decisões acerca de seus modos de viver e se desenvolver.

Ressalte-se que o Brasil, juntamente com 142 países<sup>34</sup>, votou a favor da Declaração, devendo manter o compromisso firmado perante a Ordem

---

<sup>32</sup>A referida decisão daquele TRF fora derrubada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática da então Presidente Ministra Ellen Gracie, que além de permitir a realização da consulta pelo IBAMA, ainda reconheceu a validade do Decreto 788/2005 que autorizou a construção do complexo hidrelétrico Belo Monte sem consultar as comunidades impactadas. Vide: FEIJÓ, 2014-a. Pág. 67. Posteriormente, em <sup>13</sup> de agosto de 2012, o citado TRF determinou a paralisação da obra até que fosse realizado o procedimento de consulta. Novamente, em decisão monocrática de 27 de agosto de 2012, o STF suspendeu a decisão daquela Corte, agora na presidência do Ministro Ayres Britto. Prosseguindo Belo Monte de vento em polpa.

<sup>33</sup>Aprovada pela ONU em 13/09/2007, em Nova York, durante sessão do Fórum Permanente da ONU para assuntos indígenas, o documento é fruto dos trabalhos de uma comissão específica sobre as populações indígenas, criada pela ONU em 1982. O texto reflete as reivindicações atuais dos povos indígenas do mundo, principalmente quanto ao seu relacionamento com os Estados nacionais, bem estar e autodeterminação.

<sup>34</sup>Votaram contra o documento: Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, muito embora esses dois últimos tenham posteriormente aderido ao feito, em 2009 e 2010 respectivamente. A quase totalidade da América Latina, com exceção da Colômbia que se absteve, votou favoravelmente ao documento. Maiores informações: UNESCO. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos povos Indígenas: Perguntas e Respostas. Brasília, 2008. Disponível em: <

internacional, de modo a não perder prestígio e credibilidade frente às outras Nações. Apesar de não ter força vinculante, a Declaração deve servir de orientação na realização de políticas públicas, na tomada de decisões judiciais e adoção de medidas legislativas pelo Estado brasileiro, já que reflete seu compromisso, assumido perante os demais Estados nacionais, para com os povos indígenas.

Observamos, pois, que a descon sideração sistemática de direitos expressamente outorgados na Constituição aos povos indígenas se faz constante. A dominação se mostra implacável, os povos indígenas continuam sem poder de decisão acerca de seu destino, vida e terras. Sua vontade e interesses são descon siderados, tal qual crianças sem vontade própria frente à autoridade dos pais.

### 3. O problema institucional da regulação indigenista no Brasil

A redemocratização brasileira ocorrida na década de 80 trouxe para o processo de discussão política parcelas antes marginalizadas da sociedade, que da invisibilidade política e social alcançaram poder de influência e participação nos processos políticos através do sufrágio e do conteúdo Constitucional, que passava a assegurar igualdade e justiça social para todos. A Constituição brasileira de 88 seguia a tendência internacional das sociedades ocidentais de ampliação e democratização da cidadania a fim de satisfazer as demandas dos subalternos<sup>35</sup>, incluindo-os na reprodução da ordem e na partição das riquezas, ao passo que mantinha a predominância da ordem capitalista burguesa.

Com efeito, a satisfação das necessidades e demandas das parcelas antes excluídas da sociedade se traduzia em imperativo de manutenção do regime capitalista, do contrário, a insatisfação dos subalternos acarretaria uma instabilidade demasiadamente arriscada para a reprodução do capital. As conquistas sociais e jurídicas obtidas por essas minorias foram resultados de reivindicações e lutas que se desenrolaram lentamente por diferentes modelos de Estado em uma evolução constante.

Do Estado liberal pós-revolução francesa e independência norte-americana, passando pela transição chamada Estado Social, ao Estado Democrático de Direito da atualidade, muitas foram as disputas, conquistas e reformulações de antigos e aquisição de novos direitos, além da alteração do papel do Estado na sociedade. O desenvolvimento científico e tecnológico, a

---

<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001627/162708POR.pdf>. Acesso em 29 junho 2015.

<sup>35</sup>Aqui nos servimos da expressão cunhada por ABREU, 2008.

industrialização galopante, o acelerado crescimento populacional com coomplexificação das relações sociais e da divisão do trabalho transformou drasticamente as condições de vida, acabando por exigir do Estado um papel participativo, capaz de guiar, planificar e configurar a vida social, econômica e cultural, satisfazendo as demandas crescentes e possibilitando a vida em coletividade, no que Konrad Hesse (1998, p. 32) chamou de “assistência vital”.

Dentre as novas tarefas do Estado nos deparamos com a regulação e a intervenção, um Estado exterior e independente da ação particular, mas necessário ao bom funcionamento da sociedade e da convivência entre os homens, abandonando gradativamente a antiga separação entre Estado e sociedade e a malfadada função de manutenção e representação da classe burguesa sem qualquer comprometimento para com as demandas sociais (ABREU. *Op. Cit.* 2008. *Passim*).

Dos Direitos obtidos ao longo da evolução do constitucionalismo, sem dúvida destacam-se a liberdade e a igualdade, indispensáveis à materialização da dignidade humana e base estrutural para os demais direitos reivindicados.

Nesse particular, merece destaque as ideias de Amartya Sen, onde desenvolvimento significa um processo de ampliação das liberdades reais que uma pessoa desfruta, consistindo na eliminação de qualquer forma de privação da liberdade que possa limitar as possibilidades e oportunidades da pessoa (SEN, 2010, p. 16). Trocando em miúdos, Sen dá especial atenção às liberdades individuais do ser humano, encarando-as como uma forma de ampliação de suas possibilidades de vida.

Somente desfrutando de toda a liberdade possível – seja de ir e vir, seja de saciar a fome, de obter conhecimento, de participar da vida política da comunidade, seja a de expressar sua opinião e seguir a sua religião – é que o indivíduo poderia ter real possibilidade de escolher levar uma vida que de fato valorize e deseje (SEN, 2010, p. 33), sendo o processo econômico apenas um instrumento em favor desse objetivo maior.

Completando esse raciocínio, Jean-Jacques Rousseau (2002, p. 59) afirma que a liberdade não poderia subsistir sem a igualdade. De fato, somente com igualdade de oportunidades seria possível aos indivíduos desenvolver suas potencialidades e ter uma vida em liberdade. A falta de igualdade de oportunidades cria o desequilíbrio, a acumulação de uns em detrimento do empobrecimento de outros amplia o abismo social e econômico. Rousseau vai mais além, e conclui que, apesar da relevância, a igualdade não passa de uma quimera, inatingível pelas estruturas da sociedade que tendem à desigualdade, existindo uma única forma de sanar tal desequilíbrio: a regulação.

Não só o Estado regulador e interventor cumpre esse papel, a atuação do Estado provedor se faz indispensável para a promoção do bem comum e da igualdade material. A partir da tributação e da regulação do mercado, o Estado

hodierno propicia o bem estar social (ou pelo menos deveria), em uma redistribuição das riquezas obtidas pelo capital e na integração dos subalternos à reprodução social.

De fato, a reprodução social em uma ordem capitalista (e por que não dizer, nas ordens socialistas já experimentadas) tende à desigualdade de fato, tornando-se necessária a intervenção da mão forte e visível do Estado, que equilibre artificialmente a desigualdade existente no seio da sociedade, através da regulação que proteja os interesses do hipossuficientes. Da ampliação das tarefas estatais observadas no Estado Democrático de Direito, sem dúvida a regulação e a intervenção revelam demasiada importância para a reprodução social, sem elas teríamos o caos e a dominação do homem pelo homem.

O Estado Democrático de Direito é sinônimo de liberdades, e essas sem igualdade não subsistem, pois aqueles tolhidos da igualdade não experimentam uma liberdade concreta, mas apenas formal. Em sendo impossível a igualdade se estabelecer naturalmente entre os homens, somente um ser estranho à sua vontade, imparcial, neutro, exógeno, poderia igualar juridicamente essa desigualdade de fato, equilibrando as relações sociais.

Como vimos, foi o que pretendeu o Constituinte de 88 ao assegurar aos povos indígenas, além dos direitos territoriais tradicionais, os direitos culturais. Rompendo com o paradigma assimilacionista, que vigorou na legislação indigenista por séculos, a Constituição Federal de 88 redefiniu o modelo regulatório aplicado a questão indígena brasileira, tentando igualar juridicamente a desigualdade existente na prática. Como bem disse Rousseau (Op. Cit. Pág. 59) “se o abuso é, porém, inevitável, faz-se necessário ao menos regula-lo”.

Neste particular, frise-se que, na perspectiva de Amartya Sen, eliminar as formas de privação da liberdade engloba qualquer tipo de intolerância e repressão, mormente a intolerância cultural, onde um grupo dominante impõe ao dominado a reprodução de sua cultura em detrimento das existentes, que acabam por sofrer uma verdadeira desagregação estrutural e gradativo desaparecimento. Por século foi o que se observou com as comunidades indígenas e afro-descendentes obrigadas pelo Estado brasileiro a se ‘civilizar’, se integrando à comunidade envolvente, em abandono de sua identidade étnica e cultural, como único meio de exercer seus direitos de cidadania.

Conforme nos ensina Konrad Hesse (1998, p. 30), os conflitos no seio da sociedade precisam existir, como verdadeiras molas propulsoras das transformações sociais, mas não para serem reprimidos ou ignorados. Os conflitos sociais precisam ser regulados e superados de modo a contribuir para a formação da unidade política.

Por oportuno, vimos que a questão indígena no Brasil, durante cinco séculos, não passou de um conflito social ignorado, quando não reprimido. A regulação estatal nunca pretendeu efetivamente satisfazer as demandas dos

povos indígenas, superando esse problema social, pelo contrário, sempre tentou abafar e reprimir pelas vias legais a identidade indígena. Por longo tempo constituía-se em política oficial do governo o extermínio das culturas indígenas, sob o signo da integração forçada e ‘civilização’ dos silvícolas. E essa política, conforme vimos, fora institucionalizada na legislação de regência (o Estatuto do Índio) e por órgãos governamentais criados para esse fim, primeiro o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), depois a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Ao trazer os povos indígenas à participação no processo político, a Constituição intentava que os direitos à ele reconhecidos (direitos conferidos com o intento de equilibrar juridicamente a desigualdade de fato) fossem efetivados, rompendo com o paradigma da integração a fim de reproduzir a diversidade cultural. Para tanto, a Constituição precisa de um longa manus, um órgão regulador que satisfaça essa função. Enquanto a regulação infraconstitucional se mantiver presa ao modelo anterior de intolerância cultural, e o órgão regulador for estruturado com base nesse paradigma, a Constituição nunca será realizada em sua plenitude, nem exercerá sua função de integração política, perdendo força normativa.

Jean-Jacques Rousseau (2008, p. 63) afirma que nada no Governo se faz sem vontade e ação. A vontade seria o Poder Legislativo, a vontade popular expressa através das leis emanadas dos representantes eleitos do povo, já a ação se traduziria na figura do Poder Executivo, responsável pela materialização dessa vontade. Daí constatamos a fragilidade institucional da questão indígena posta.

A vontade do corpo político não foi realizar a transformação regulatória pretendida pela Constituição, tanto que se quer se deu ao trabalho de editar novas leis, disciplinando a matéria de forma mais coerentes com o padrão da reprodução da diversidade cultural pretendida. Manteve integralmente a legislação anterior, retrograda e anacrônica, verdadeiramente não recepcionada pala ordem constitucional. A distinção entre índios isolados, integrados e em vias de integração, presente no Estatuto do Índio e ainda muito evocada pela jurisprudência pátria e aplicado nas políticas públicas, não desmente nossa teoria.

Com efeito, o Estatuto do Índio, por ter sido elaborado segundo as orientações de assimilação cultural vigentes no século passado, apresenta alguns dispositivos não recepcionados pela Constituição<sup>36</sup> vigente, que reconhece, valoriza e protege a singularidade cultural dos indígenas. É o caso do regime tutelar mencionado alhures, bem como do seu artigo primeiro que menciona como objetivo do EI regular a situação jurídica dos índios e suas comunidades

---

<sup>36</sup>No que não contrariar a atual Constituição, no entanto, resta plenamente válido, sendo a única referência legislativa voltada à disciplina dos direitos indígenas em termos gerais.

com o “propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”, não logrando recepção na nova Ordem Constitucional.

O Estatuto das Sociedades Indígenas (PL 2.057/1991), que deveria substituir o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), ainda chegou a ser aprovado pela Comissão especial da Câmara, em junho de 1994, desde quando se encontra paralisado. O Projeto de Lei acerca da mineração em terras indígenas (PL 1.610/96) tramita há duas décadas sem a devida aprovação, salientando que a produção de petróleo e gás em terras indígenas demandaria legislação específica, ainda inexistente. A regulação da exploração dos recursos naturais em terras indígenas, que trataria da delicada questão da exploração madeireira clandestina, um problema tormentoso que assola as terras indígenas do País, se quer fora iniciada, não existindo qualquer projeto de lei em trâmite.

A legislação indigenista mais atual e consentânea com o modelo regulatório proposto na Constituição se trata das Convenções internacionais incorporadas ao Ordenamento Jurídico, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - Convenção sobre povos indígenas e tribais em Países independentes – firmada em Genebra, 1989, devidamente ratificada (Decreto Legislativo 143/2002) e incorporada ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto 5.051 de 2004. A Convenção 169/OIT deve ser observada e cumprida pelo Estado brasileiro que a vem negligenciando sistematicamente, já tendo inclusive sofrido repreensão da Organização das Nações Unidas (ONU) por sua displicência quanto aos direitos indígenas.<sup>37</sup>

Quanto ao Poder Executivo, temos um órgão federal de assistência ao índio, a FUNAI (Fundação Nacional do Índio).<sup>38</sup> Possui dentre as suas atribuições o dever de estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, respeitando a pessoa do índio, suas instituições e comunidades tribais, “resguardando a aculturação espontânea do índio, de forma que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas”<sup>39</sup>; “promover a educação de base apropriada ao índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional”<sup>40</sup>; gerir o patrimônio indígena com fins ao

---

<sup>37</sup>Em setembro de 2010, a ONU emitiu um relatório chamando à atenção do Brasil pelo desrespeito aos direitos humanos dos povos indígenas e, sobretudo, pela inobservância do direito de consulta dos povos afetados pelo Complexo hidrelétrico de Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará. Vide: FEIJÓ. *Op. Cit.* 2014a, p. 67.

<sup>38</sup>Fundação vinculada ao Ministério da Justiça de personalidade jurídica de direito privado e com patrimônio próprio. Instituída pela Lei 5.371/1967, com Regimento interno previsto pela Portaria nº 1.733/PRES de 27 de dezembro de 2012, e alterado pela Portaria Nº 332 /PRES, de 05 DE abril de 2013, tendo como Estatuto o Decreto nº 7.778, de 27 de julho de 2012.

<sup>39</sup>Art. 1º, I, a e d, da Lei 5.372/67.

<sup>40</sup>Art. 1, V, da Lei 5.372/67.

custeio dos serviços de assistência ao índio<sup>41</sup> e exercitar o poder de polícia nas terras indígenas.<sup>42</sup>

Dos dispositivos mencionados observamos a clara inspiração na política integracionista vigente na época da elaboração da Lei que instituiu o órgão indigenista, restando alguns de seus dispositivos incompatíveis com o documento constitucional hodierno, não tendo sido, pois, recepcionados pela ordem constitucional vigente.

Do exposto, observamos que, apesar da transformação regulatória introduzida com a redemocratização brasileira a Constituição de 88 não logra êxito efetivo, em concretizar os direitos dos povos indígenas à reprodução da diversidade cultural, por dois motivos fundamentais: Falta de vontade legislativa e estruturas institucionais amarradas ao paradigma anterior de integração. Tais problemas, conforme demonstraremos no tópico subsequente, comprometem demasiadamente a força normativa da nossa Constituição bem como a legitimidade de nosso Estado Democrático de Direito.

Sem uma reformulação institucional, a Constituição brasileira nunca alcançará a transformação regulatória que almejou para a questão indígena no País.

### **3.1 A força normativa da Constituição em risco**

Segundo nos ensina Konrad Hesse, a Constituição, a fim de que obtenha uma eficácia ótima depende de dois pressupostos básicos: O seu conteúdo e a praxe constitucional. Quanto ao conteúdo temos que, para uma Constituição converter-se em ordem geral objetiva do complexo de relações da vida em sociedade, faz-se mister que a mesma absorva os anseios, valores, pretensões, forças e tendências de seu tempo, refletindo o momento histórico e evolutivo de uma dada coletividade em determinado momento de sua história. É o que Habermans chama de materialização do direito, a incorporação de argumentação moral pela norma objetiva, obtendo, assim, legitimidade, a partir da acoplação interna entre direito e moral (HABERMAS, 1992, p. 15 e 20).

A sociedade hodierna é por demais complexa e heterogenia, apenas uma Constituição que abrace todos os aspectos e busque solucionar a totalidade dos conflitos existentes no seio dessa sociedade obteria consciência coletiva de sua inafastabilidade e legitimidade no seio social. Se faz necessário, ainda, que essa Constituição esteja aberta às transformações fáticas nesses elementos, acompanhando o espírito do povo.

---

<sup>41</sup>Art. 3º, III, da Lei 5.372/67.

<sup>42</sup>Art. 1º, VII, da Lei 5.372/67.

Quanto à praxe, ela envolve não só a interpretação constitucional, que deve manter sua estabilidade, longe de reformas recorrentes, dando primazia à interpretação construtiva, como deve a vontade de Constituição ser partilhada por todos os partícipes constitucionais. A Constituição, por si só, não realiza nada. Apenas impõe tarefas que dependem da vontade humana para serem realizadas, se essas tarefas são concretizadas a Constituição transforma-se em força ativa e maior será a sua eficácia. Mas essa ordem constitucional não logrará efetividade sem o concurso da vontade humana. Dessa forma, para que a Constituição desenvolva de forma ótima a sua força normativa, ela depende da vontade dos participantes da vida constitucional, dependerá, como vimos, segundo Rousseau, da vontade do Legislativo e da ação do Executivo.

Para obter legitimidade a Constituição necessita refletir os anseios, valores e espírito de seu tempo (acoplamento entre direito e moral) e para lograr efetividade, necessita de uma praxe voltada a sua realização ótima. Faltando qualquer desses pressupostos comprometida estará a força normativa da Constituição, e com ela a capacidade de o documento constitucional converter-se em ordenação das relações sociais.

De fato, Hesse (1998, p. 29-30) nos ensina que a Constituição apresenta duas funções fundamentais: formação da unidade política e Ordem jurídica. Enquanto formadora de unidade política, temos a necessidade de uma Constituição que identifique os conflitos sociais, regule-os e os supere, a fim de que todos se vejam abarcados por suas disposições dado que, como vimos, seu conteúdo deve absorver as necessidades, aspirações e valores de toda a coletividade, por demais complexa e cosmopolita. Quanto a ordem jurídica, a Constituição deve regular a convivência humana de modo que todos a reconheçam e a aceitem como norma inafastável e legítima a regular as relações sociais.

Pois bem, para que a coletividade a aceite como legítima e inafastável, seu conteúdo deve refletir, regular e superar, ou ter a possibilidade de superação futura, da totalidade de conflitos existentes em uma sociedade complexa da modernidade, deve, então, absorver as demandas, valores e aspirações dos diferentes grupos de interesses e segmentos sócias/econômicos que convivem dentro do território nacional, atendendo à todos, igualando juridicamente, através da regulação, as desigualdades existentes na realidade.

Mas não é só, devem os participantes do processo constitucional realizar de maneira ótima a vontade constitucional, através da praxe. Deve o Legislativo legislar conforme a vontade constitucional deve o Executivo agir conforme essa vontade. Do contrário o Documento constitucional converte-se em letra morta, uma ‘folha de papel’, parafraseado Lassalle (BONAVIDES, 2003, p. 95). A exclusão das demandas dos subalternos desagrega. Sem força normativa, sem

cumprir sua função de formação da unidade política, a Constituição não satisfaz, ainda, sua função de ordenação jurídica da realidade social.

Pois bem, a Constituição de 88 cumpriu bem seu papel de absorver em seu conteúdo os conflitos sociais dos diversos segmentos e grupos de interesses que convivem na sociedade brasileira. Buscou estabilizar as relações sociais através da regulação, igualando juridicamente as desigualdades existentes da vida real. Assegurou os interesses dos capitalistas e trabalhadores, dos idosos, crianças, conservação do meio ambiente, consumidores e minorias étnicas, religiosas e culturais. Enfim, uma Constituição complexa regulando uma sociedade complexa.

Entretanto, falta uma praxe consentânea com a vontade constitucional. A realização ótima da Constituição, sua efetividade, fica a mercê da falta de vontade dos participantes dos processos públicos. Como vimos, há quase três décadas a Constituição Federal de 88 tentou operar uma profunda transformação no marco regulatório do direito indigenista pátrio, assegurando direitos em prol da reprodução étnica e afirmação da identidade cultural dos indígenas, mas de lá para cá o Poder legislativo, que deveria ser a vontade movente dessa transformação, nada fez para dar meios de efetivar as mudanças constitucionais.

As leis que o Poder Legislativo deveria editar por força constitucional, não editou, em muitas matérias nem se quer projetos em trâmite existem. As renovações institucionais necessárias à adequação constitucional também não foram providenciadas. O Estatuto das Sociedades Indígenas, que deveria substituir o Estatuto do Índio resta engavetado, o órgão regulador se mantém o mesmo, preso desde a sua origem ao paradigma anterior de aculturação e incorporação do silvícola. Até o Código Civil (art. 4º, parágrafo único) aduz que a capacidade civil do índio será regulada em lei específica, como se o índio precisasse de uma limitação em sua capacidade civil que a Constituição não ousou estabelecer.

Enquanto isso, o imaginário popular se reproduz tal qual a teoria do bom selvagem... Índio só é índio se viver de modo bucólico e selvagem, de tanga, cocar e tacape, sem acesso a qualquer meio de tecnologia. O helenismo propiciado pelas expansões de Alexandre não precisou negar a cultura indiana ou a grega para se estabelecer. O europeu que aqui se fixou não deixou suas raízes por que passou a comer tapioca, aprendeu o guarani ou por batizar os filhos com nomes indígenas. A miscigenação de povos e culturas é uma realidade humana e não pode mais ser objeto de discriminação e marginalização nos tempos modernos.

Para que haja efetiva liberdade em um Estado Democrático de Direito, se faz necessário o estabelecimento da igualdade, uma igualdade entre os diferentes. A igualdade de oportunidades e a liberdade para ser diferente sem

que isso acarrete qualquer perda de direitos. Enquanto os direitos constitucionais dos povos indígenas, de proteção à sua identidade étnica e reprodução cultural, não forem postos em movimento pelas instituições públicas, tanto a força normativa de nossa Constituição restará enfraquecida como o próprio Estado Democrático de Direito não passará de mais um dispositivo constitucional sem efetividade.

#### 4. Conclusões

Tomando como ponto de partida o clássico literário da autoria de Afonso Arinos de Melo Franco, “O índio brasileiro e a Revolução Francesa: As origens brasileiras da Teoria da bondade natural” analisamos a evolução da teoria da bondade natural do homem a partir de influentes obras que circularam na Europa entre os séculos XVI e XVIII, baseadas nos costumes e hábitos dos indígenas americanos, sobretudo brasileiros, influenciados pelos relatos dos viajantes e missionários que por aqui transitaram após a chegada do europeu à América.

Exploramos a influência que esta teoria política exerceu na formação dos ideais que culminariam com a Revolução Francesa e toda a sorte de transformações que desencadeou no mundo ocidental de então. Revelamos como a teoria da bondade natural exerceu forte influência no modelo regulatório adotado no Brasil para a questão indígena, lastreando preconceitos e exclusões institucionalizados com arrimo em uma falsa compreensão do modo de vida dos autóctones.

A equivocada construção do conceito de índio romântico, que vivia uma vida bucólica, livre e inocente, em verdadeiro estado bíblico, acarretou a sedimentação histórica de sua incapacidade civil, inimizabilidade penal, bem como na negação de direitos emancipatórios e de dignidade. O resultado foi séculos de exclusão política, invisibilidade social e dominação cultural. Sem voz e sem vez no cenário político brasileiro o indígena resistiu bravamente à aculturação forçada e institucionalizada.

Foi somente com a Constituição brasileira de 1988 que esse quadro começou a se modificar. A redemocratização brasileira, vivida no final da década de 80, possibilitou a quebra do paradigma de aculturação dos indígenas, operando uma transformação no modelo regulatório até então vigente. No entanto, essa modificação proposta pela Constituição Federal de 1988 esbarrou em problemas estruturais basilares que impossibilitam sua real efetivação. As estruturas do órgão regulador – a FUNAI –, prendem-se ao paradigma anterior de aculturação do indígena, a legislação de regência também se mantém a mesma, integracionista e presa aos valores anteriores à Ordem constitucional vigente.

Dentro dessa perspectiva, a reprodução étnica e cultural estimulada e protegida pela Constituição se mostra ineficaz, um discurso vazio que escamoteia verdadeiros abusos aos direitos constitucionais dos silvícolas, revelando a manutenção do modelo regulatório anterior, inspirado na teoria da bondade natural do homem, negadora dos direitos emancipatórios e de dignidade indígena.

A prova disso se apresenta quando empreendimentos econômicos de grande vulto se avizinham das terras indígenas. O poder econômico sempre acaba prevalecendo e os direitos constitucionais dos indígenas são sistematicamente olvidados. Na prática, mais do que os interesses dos povos indígenas restam aviltados, toda a Ordem Constitucional se vê enfraquecida em sua força normativa, faltando com uma de suas funções básicas, a formação da unidade política, elemento indissociável de um Estado Democrático de Direito.

Sem a vontade legislativa, propulsora da ação executiva, em dar concretude às transformações regulatórias introduzidas pela Ordem Constitucional de 88, através de uma reformulação e adequação institucional, os direitos constitucionais assegurados aos indígenas não serão realizados, e a cidadania indígena se manterá apenas no plano formal, sem poderes emancipatórios e libertadores, sem uma efetiva democracia.

### Referências Bibliográficas

ABREU, Haroldo. **Para além dos direitos - Cidadania e hegemonia no mundo moderno**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva. **A constitucionalidade da Mineração em Terras Indígenas**. In: *Direito Econômico e da Energia*. Coordenador: Everton das Neves Gonçalves. XXIV CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito. Realizado em Belo Horizonte/MG, 11-14/11 de 2015 (a). Pag. 203-227.

\_\_\_\_\_. **O Direito Penal e o Índio: Desafios históricos sob a nova perspectiva constitucional**. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL – Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais*. V. 6, N. 1. Alagoas: 2015 (b). Pag. 69-85.

\_\_\_\_\_. **Empreendimentos energéticos em terras indígenas: Uma análise constitucional à luz do multiculturalismo**. In: ARGUMENTUM – *Revista de Direito*. n. 15 – 2014 (a) – UNIMAR. Marília/SP.

- \_\_\_\_\_. **A capacidade civil indígena.** In: Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Vol. 8. nº 28. Jul/Set. 2014 (b). Pag. 209-228.
- \_\_\_\_\_. **Exploração de petróleo em terras indígenas: À procura de um marco legal.** In: Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v.5, n.9, jul./dez. 2010. pag. 167-168.
- FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Estrutura organizacional. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em 27 jan. 2016.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **O índio brasileiro e a Revolução francesa: As origens brasileiras da teoria da bondade natural.** Rio de Janeiro: Topbooks, 1937.
- HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional cooperativo.** Tradução de MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: A contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral.** Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget. 1992.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- \_\_\_\_\_. **A força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.
- \_\_\_\_\_. **Significado de los derechos fundamentales.** In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. Manual de derecho constitucional. 2ª Ed. Madrid: Marcial, 2001, p. 63-115.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT.** Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa)>. Acesso em: 10 ago. 2010 (a).

- \_\_\_\_\_. **Especial Belo Monte – A polêmica da usina de Belo Monte.** Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/index.asp>>. Acesso em 10 nov. 2010 (b).
- \_\_\_\_\_. **Almanaque socioambiental - Parque Indígena do Xingu 50 anos.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.
- \_\_\_\_\_. **A dívida de Belo Monte.** Documento elaborado pela equipe do Programa Xingu, Instituto Socioambiental. Altamira: Pará, março de 2014. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/placar\\_geral\\_integrado\\_-\\_uhe\\_belo\\_monte\\_ll.pdf](http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/placar_geral_integrado_-_uhe_belo_monte_ll.pdf)>. Acesso em 17 maio 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, A. Gursen de. Coordenador. **O direito e o índio.** Belém: Editora Cejup, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social.** Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.** São Paulo: Editora Peirópolis, 2005.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista.** Curitiba: Juruá editora, 2006.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das letras, 2010. Tradução de Laura Teixeira Motta.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_. **O direito envergonhado – o direito e os índios no Brasil.** Revista IIDH, vol 15. Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1990.

TRINDADE, Sérgio Luiz Bezerra. **História do Rio Grande do Norte**. Natal: Editora do IFRN, 2010.

UNESCO. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos povos Indígenas: Perguntas e Respostas**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001627/162708POR.pdf>>. Acesso em 29 junho 2015.

