DO SESMARIALISMO À LEI DE TERRAS: A NEGAÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

FROM SESMARIALISM TO LAND LAW: DENIAL OF INDIGENOUS TERRITORIAL RIGHTS

Roberta Caiado de Castro Oliveira [1]

Resumo: O presente artigo trata sobre a questão territorial indígena quando da negação de seus direitos na conjuntura do sistema sesmarial à Lei de Terras de 1850. Através de leituras que apresentam o contexto histórico e fundiário brasileiro e da compreensão de tal sistema, busca-se demonstrar a fragilidade a qual estes povos foram submetidos quando da regulamentação e consolidação da propriedade de terras retirando destes a condição de possuidores originários numa completa negação da territorialidade e autodeterminação.
Palavras-chave: Lei de Terras; Negação de Direitos; Povos Indígenas; Sesmarialismo.

Abstract: This article deals with the indigenous territorial question when denying its rights in the contexts of the sesmarial system to the Land Law of 1850. Through readings that present the Brazilian historical and land context and the understanding of such a system, it is sought to demonstrate the fragility to which these peoples were subjected when regulating and consolidating the ownership of land, removing them from the condition of original possessors in a complete denial of territoriality and self-determination.

Keywords: Denial of Rights; Indian People; Land Law; Sesmarialismo.

INTRODUÇÃO

A soberania e os direitos territoriais indígenas sobre as terras que ocupavam foram reconhecidos ao tempo em que as ordens e as leis eram instituídas no então território português, em tempos de Brasil colônia, e assim tem sido desde as cartas régias aos tempos atuais. Contudo, a sua efetivação sempre foi um problema. Deste modo, o presente artigo propõe um estudo dos grandes institutos formadores do que hoje compreendemos como propriedade de terras, sesmarias e Lei de Terras, com o intuito de demonstrar como estes, ao consolidarem a propriedade individual, contribuíram substancialmente para a negação da territorialidade e autodeterminação destes povos, haja visto que o instituto da propriedade não compõe o universo indígena em relação à sua compreensão própria sobre o uso da terra.

Para tanto, fez-se uma análise sobre a conjuntura das sesmarias como forma de contextualizar o processo inicial da conquista e domínio territorial e como este deu causa ao

[1] Mestranda em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás - UFG, Brasil.

desrespeito ao uso de terras pelos indígenas, pois tal instituto tinha como premissa a ocupação e o desbravamento, tendo como consequência a especulação, alimentando o poder local e a estrutura fundiária calcada na formação de grandes latifúndios.

Em seguida, propõe-se uma análise da Lei de Terras de 1850, que revoga em definitivo o sistema sesmarial, e inaugura uma nova legislação com o estabelecimento de critérios para a ocupação territorial, dentre eles as reservas indígenas. Todavia, tal legislação mantém o ideal integracionista em relação aos povos indígenas para a comunhão nacional, de modo que, mesmo garantido a estes o direito sobre as terras, em sua prática tal direito ainda não se efetivava.

Como forma de compreender a dinâmica territorial indígena, buscou-se demonstrar como estes povos através de sua cosmologia utilizam a terra para subsistência. Sua forma de ocupação, uso e soberania sobre os seus territórios se dá de maneira diferenciada, que vai de acordo com a cosmovisão e necessidade de cada povo, considerando a terra como um bem coletivo, sem necessidade de instrumentos jurídicos ou conhecimento de propriedade privada para exercício útil. E, esta maneira peculiar de viver a terra, permeada de mitos e de grande respeito à biodiversidade, por se contrapor à ideia desenvolvimentista e de exploração, faz com que a terra se torne objeto de disputa e fazem destes povos prisioneiros de seu próprio habitat.

Alcançamos o objeto de nossa análise ao abordar a importância em se compreender o contexto histórico agrário brasileiro para entendimento da origem e do processo de constituição da propriedade da terra, cujas implicações ainda hoje configuram fonte de disputas e conflitos, principalmente, quando relacionadas à questão Indígena. Desta maneira, pretendemos demonstrar que a autonomia, a soberania, e os direitos mais elementares de acesso à terra foram negadas aos indígenas, apesar dos avanços constitucionais. Portanto, temos que todos os amparos legais constituídos para salvaguardar os direitos territoriais indígenas, foram na verdade, instrumentos de usurpação de terras e direitos desses povos.

O SESMARIALISMO

O instituto original das sesmarias em solo português tinha como objetivo sanar a miséria provocada pela fome instalada em Portugal. Tal instituto obrigava os donos de terras a adotarem atividades produtivas, sob pena de as perderem para quem as quisessem lavrar, caso a ordem não fosse cumprida. Percebe-se, então, que a questão primordial era combater a fome e que a solução estava em "oferecer força de trabalho a quem tivesse terras e terras a quem pudesse e quisesse trabalhar" (MARÉS, 2012, p. 57).

Silva (2008, p. 41) reafirma a importância do instituto ao dizer que:

> " O objetivo básico da legislação era acabar com a ociosidade das terras, obrigando ao cultivo sob pena de perda de domínio. Aquele senhorio que não cultivasse nem desse em arrendamento suas terras perdia o direito a elas, e as terras devolutas (devolvidas ao senhor de origem, à Coroa) eram distribuídas a outrem para que

> as lavrasse e aproveitasse e fosse respeitado, assim, o interesse coletivo".

Já no Brasil, durante o processo de colonização, o instituto das sesmarias foi implantado sem considerar a realidade da então colônia tampouco os povos que nela já habitavam. Conforme Marés (2012, p. 57) "não havia no Brasil terras de lavradio abandonadas, as terras eram ocupadas por povos indígenas que tinham outra forma de ocupação e de uso". Ao contrário de Portugal, cujo instituto era aplicado em terras abandonadas, no Brasil a concessão das sesmarias tinha como objetivo, a posse de terras em nome da Coroa portuguesa. "Enquanto em Portugal as sesmarias tiveram o sentido de proporcionar a produção de alimentos, no Brasil foram instrumentos de conquista" (MARÉS, 2012, p. 57).

De acordo Motta (2012, p. 129), o instituto das sesmarias "foi, em suma, uma lei que originariamente pensada para a ocupação de terras não cultivadas em Portugal tornou-se o arcabouço jurídico para solidificar a colonização do ultramar". O sistema sesmarial, portanto, "correspondeu à ordenação jurídica da apropriação territorial que a metrópole impôs à Colônia enquanto durou seu domínio sobre ela" (SILVA, 2008, p. 41). As terras eram concedidas a todos que, em nome da coroa, a ocupavam mesmo que à custa de escravizar ou extinguir povos indígenas. De acordo com Silva (2008, p. 44) "uma das características das terras coloniais, que se distinguiam das terras europeias, era o fato de serem vagas, não apropriadas, sem senhorio nem dono de espécie alguma, habitadas apenas pelos indígenas, que não conheciam a propriedade".

Ocorre que a apropriação territorial decorreu de forma desordenada e, ainda no século XVI, a concessão das sesmarias já se apresentava com um potencial problema para a organização fundiária do país. "Enquanto no Portugal dos fins do século XIV, a prática do sesmarialismo gerou, em regra, a pequena propriedade, no Brasil foi a causa principal do latifúndio" (SILVA, 2008, p. 43) e a fonte inicial dos problemas territoriais indígenas desde então desrespeitados.

Temos que a história fundiária brasileira emerge do direito português e no processo de colonização, todas as terras, originariamente públicas, pertenciam à coroa e "a metrópole baseava-se nas Ordenações para fazer as concessões de sesmarias, mas, no que dizia respeito à terra, essa legislação era vaga e geral" (SILVA, 2008, p. 45), pois não havia uma lei específica e sim cartas régias que estabeleciam a forma de distribuição, uso e perda das terras.

As possibilidades de produção para comércio que demandavam grandes extensões de terras fizeram com que a coroa ignorasse os descumprimentos de suas próprias exigências quanto ao que determinava a legislação para concessão de terras.

> " Cabe ressaltar que estas concessões não eram onerosas no sentido de adoção das terras, mas tinha condições para tal existindo cláusulas contratuais a serem respeitadas. Tal prerrogativa existia para que o rei pudesse controlar os atos dos que a receberam, pois, o descumprimento das cláusulas acarretava a devolução

> da terra ao rei. Desta forma, surgia o instituto jurídico chamado terras devolutas". (ROCHA, Ibraim et tal, 2015, p.72).

Portanto, temos como característica do instituto da sesmaria a gratuidade e a condicionalidade da doação com o objetivo explícito de aproveitamento das terras por um prazo de, no máximo, cinco anos. Assim como demonstra Silva (2008, p. 47) ao relatar sobre as condições ordenadas pela coroa quanto ao instituto:

> "As duas recomendações existentes nas Ordenações aparecem aqui com clareza; um prazo estipulado para o aproveitamento, findo o qual as terras poderiam ser dadas a outras pessoas, e a recomendação ao governador de que "não deis a cada pessoa mais terra que aquela que segundo sua possibilidade virdes ou vos parecer que podem granjear e aproveitar".

Contudo, as autoridades coloniais, a fim de desbravarem o território, continuaram a desobedecer aos critérios estabelecidos, ao passo que:

> " Em meados do século XVII, em face das dificuldades financeiras do Reino, do adensamento da população colonial e da descoberta do ouro, houve uma tentativa de retomada em mãos do processo de apropriação territorial por parte da metrópole, já agora tendo ela que se defrontar com os problemas criados pelo padrão de ocupação anterior". (SILVA, 2008, p. 45).

Outro aspecto do instituto das sesmarias que atrapalhava o controle destas pelas autoridades, era a possibilidade de compra e venda das terras dada a facilidade proporcionada pela legislação "que não impedia que uma pessoa recebesse mais de uma sesmaria" (SILVA, 2008, p.50). "Assim, houve casos de várias sesmarias concedidas a um mesmo indivíduo, e casos de indivíduos que as requeriam em nome das mulheres, dos filhos e filhas, de crianças que estavam no berço e das que ainda estavam por nascer". (SILVA, 2008, p. 51).

Várias medidas foram tomadas na tentativa de retomar o controle sobre as terras concedidas e mesmo com todas as recomendações prescritas pelas Ordenações, não havia limite para as doações, tampouco sabiam a localização ou a extensão dessas concessões e, para que efetivamente esse controle ocorresse fazia-se necessário o registro e a medição das terras. De acordo com Silva (2008, p. 56-57) o entusiasmo promovido pela produção e riqueza gerada com o plantio da cana-de-açúcar foi responsável por essa política de liberalidade em relação a formação das propriedades e desta maneira, "já começavam a delinear-se, nos primeiros séculos de colonização, algumas características fundamentais da agricultura brasileira, ou seja, a mobilidade, o caráter predatório e o crescimento em extensão". (SILVA, 2008, p. 55).

Silva, ao citar Altir de Souza Maia, nos apresenta os motivos que levaram ao descumprimento das tantas exigências estabelecidas pela coroa:

> "Primeiro porque os constantes ataques indígenas e de corsários estrangeiros não permitiam a mansidão da posse, resultando no seu inaproveitamento; segundo, porque o registro era moroso e distante das glebas doadas ou da moradia do beneficiário; terceiro, porque o foro desprestigiava os possíveis lucros com a exploração agrícola; quarto, porque a confirmação era através de Lisboa, distante da colônia e burocratizada". (SILVA, 2008, p. 62).

Temos então, que tais descumprimentos e a ineficácia da fiscalização da coroa contribuíram para a consolidação do poder do latifúndio na colônia configurando o instituto das sesmarias como o gerador de "terras de especulação, poder local, estrutura fundiária assentada no latifúndio e, ainda pior, o desrespeito aos direitos dos povos indígenas" (MARÉS, 2012, p. 59). Afinal, estes não partilhavam das noções europeias a respeito da propriedade privada, e eram considerados como um problema, por não permitirem a mansidão da posse, como já visto.

No século XVIII, devido às novas configurações da colônia, o instituto das sesmarias se fragilizou mediante uma nova forma de ocupação que, mesmo que já existente em outros lugares, não era considerada pela coroa: a posse. Este novo instituto só tomou dimensão dado ao adensamento dos povoamentos cujas terras não estavam devidamente delimitadas ocasionando assim conflitos entre posseiros e sesmeiros.

Conforme Silva (2008, p. 69), "a legislação portuguesa, em princípio, não reconhecia a figura do posseiro e nas contendas dava ganho de causa invariavelmente ao sesmeiro, àquele que havia recebido as terras conforme o ordenamento em vigor". Como alguns sesmeiros tinham o domínio sobre as extensas áreas, a postura das autoridades acabou por contribuir para outro tipo de ocorrência: a cobrança de foros por partes dos donatários, dos moradores e reais cultivadores das terras, em outras palavras, ocorreu o favorecimento dos chamados posseiros.

Fato é que no século XVIII, as grandes transformações ocorridas desde o apogeu da mineração à sua queda, bem como o ressurgimento da agricultura, refletiram substancialmente na questão da apropriação territorial e ampliaram as querelas existentes entre posseiros e sesmeiros e, consequentemente, os desgastes entre ambos e a metrópole. Tais acontecimentos tiveram como consequência, o reconhecimento que a desordem presente no campo se dava pela falta de uma legislação apropriada cujo objetivo atendesse as reais condições da colônia e da inexistência das medições das sesmarias (Silva, 2008, p. 72-73).

Mesmo atribuindo toda a problemática territorial à não adaptação do instituto das sesmarias tendo em vista as condições da colônia, a solução apresentada era sempre pautada na questão das doações de terras já ocupadas que, supostamente, não deveriam ocorrer. Todavia, nenhuma tentativa de regulamentação era eficaz e a metrópole acabava por retroceder cedendo às pressões dos colonos que, por sua vez, não demarcavam suas terras e as autoridades coloniais continuavam a conceder sesmarias em terras ocupadas. Portanto, tanto as sesmarias como as posses permaneciam

desmensuradas e, por conseguinte, se perdiam em relação à quantidade de terras apropriadas (Silva, 2008, p. 72, 73, 74).

Por outro lado,

> " cada vez mais se reconhecia, na prática, a existência de moradores, posseiros nas terras e, em vez de expulsá-los, as autoridades procuravam estimulá-los a legalizar sua situação. Assim, pouco a pouco começou uma nova forma de aquisição de domínio, com base na posse. A posse com cultura efetiva, como modo de aquisição de domínio, estabeleceu-se aos poucos como costume, para afirmar-se mais tarde como um direito consuetudinário". (SILVA, 2008, p. 74).

No século XIX, a situação das sesmarias, com relação à sua obtenção permanecia e,

> " Do ponto de vista jurídico, a situação da apropriação territorial do século XIX constituía um intrincado feixe de obrigações burocráticas espalhadas numa profusão de portarias, decretos, alvarás, cartas régias etc. que não eram cumpridos, em sua maioria, pelos colonos. Do ponto de vista da prática efetiva, crescia a ocupação pela posse, livre de entraves burocráticos". (SILVA, 2008, p. 77).

O fato das autoridades coloniais não se sensibilizarem em realmente resolver a situação das condições territoriais, fizeram com que os donatários não abrissem mão de continuar a reclamar por mais extensões terras e estes, por sua vez, "tinham o hábito de constituir "reservas" de terras, isto é, se "apropriavam" de muito mais terras do que cultivavam para garantir o futuro. Não tinham interesse, portanto, em informar às autoridades os limites exatos de suas terras ou das terras que pretendiam fossem suas". (SILVA, 2008, p. 78).

Sem considerar as questões socioeconômicas da colônia influenciadas pelo padrão de ocupação territorial, a questão continuou sem solução afirmando ainda mais a postura dos colonos e moradores que se colocavam como donos da terra e, muito embora, existisse o conflito entre posseiros e sesmeiros, ambos possuíam demasiada força social e interesse em comum, o que fica evidente mediante o fato de desafiarem as autoridades da metrópole.

Portanto, percebe-se que:

> "O sesmarialismo brasileiro sofrera profundas distorções. Ao invés de contribuir para o desenvolvimento da agricultura, constituía, de fato, um entrave. A extensão desmesurada das concessões, que permaneciam incultas, obrigava o restante da população a viver dispersa no campo e embrenhada no mato, "com sumo prejuízo da administração da Justiça e da Civilização do país". (SILVA, 2008, p. 81).

Temos que as diversas tentativas da metrópole em organizar a questão territorial da colônia, em nada estavam relacionadas ao combate da grande propriedade e formação de latifúndios, mas tão somente em retomar o processo de apropriação que havia fugido de seu controle. Sendo assim, confirma-se que o sistema sesmarial foi responsável pela formação e manutenção dos latifúndios ao passo que se

sujeitou aos imperativos da conjuntura que se estabelecia no processo de colonização.

Silva (2008, p. 84) nos aponta que:

> " O problema em relação ao sistema sesmarial colonial é exatamente o fato de que ele não foi fruto de uma acomodação interna e, portanto, não resultou da necessidade de mediar "as relações de classe existentes". Foi imposto pela metrópole à Colônia e, nesse sentido, mediava as relações entre a metrópole e o senhoriato rural que se foi formando na Colônia".

A questão é que, quanto mais se transformava a colônia, mais a metrópole perdia o seu controle e sua legitimação para impor qualquer norma reguladora, principalmente em relação à posse enquanto nova forma de domínio territorial, que ao longo do tempo foi tomando corpo e, por fim, desafiava a autoridade colonial.

Essas posses tidas como ilegítimas, eram as "sesmarias caídas em comisso pelo não cumprimento das cláusulas resolutivas e posses estabelecidas em terras públicas sem nenhum consentimento formal por parte do Estado e, consequentemente, à revelia do ordenamento jurídico vigente" (ROCHA, Ibraim et tal, 2015, p. 67). O sistema sesmarial, portanto, tornou-se insustentável diante a ruptura dos vínculos coloniais entre o senhoriato rural da colônia e a metrópole em torno da apropriação territorial o que culminou em seu fim quase que simultaneamente ao processo de emancipação da colônia. Todavia, o instituto das sesmarias, mesmo que findado seu uso, deixou consequências substanciais na ideologia da terra ao passo que a transformou em poder político, em supremacia da propriedade sobre o trabalho (MARÉS, 2012, p. 59). E ainda, pode-se considerar que este mesmo instituto foi a origem da negação dos direitos territoriais dos povos indígenas.

Assim sendo, em 17 de julho de 1822, a resolução nº. 76, suspendeu o sistema de sesmaria passando a vigorar o sistema de posse em que a terra era primeiramente explorada e beneficiada e posteriormente era legalizada pelo poder público, reconhecendo ao posseiro o seu direito sobre ela.

Com a independência e com a Constituição imperial de 1824 nasce um novo Estado, contudo órfão de "uma legislação específica e adequada à questão agrária a não ser o velho ordenamento jurídico português com suas leis, decretos, cartas régias, alvarás, provisões, resoluções e avisos que tinham criado um verdadeiro caos legislativo" (ROCHA, Ibraim et tal, 2015, p. 68).

A Constituição de 1824, em seu artigo 179, parágrafo 22, introduziu ao ordenamento jurídico a garantia ao "direito de propriedade em toda a sua plenitude (grifo apostos) consolidando e consagrando a estrutura agrária latifundiária vigente concentradora da propriedade" (ROCHA, Ibraim et tal, 2015, p. 68). O direito de propriedade então, passa a ser absoluto e intocável mesmo que o dispositivo não dispusesse de nenhuma garantia ao acesso à propriedade, ou seja, o controle da terra ainda era garantido pela posse. Ainda assim, a propriedade territorial no país, agora independente, permanecia desordenada quanto à apropriação onde terras públicas e particulares se confundiam.

A LEI DE TERRAS DE 1850

A Lei nº. 601, de setembro de 1850, também denominada Lei de Terras é a representação da ruptura com o antigo sistema sesmarial retirando a possibilidade de acesso gratuito à terra, passando a ser adquirida apenas por meio da compra. Esta lei foi o instrumento de combate da situação caótica anterior, e permitiu o ordenamento territorial brasileiro (ROCHA, Ibraim et tal, 2015, p. 69). A terra, então, tornou-se um bem mercantil e de alto valor.

Esta nova Lei surgiu como uma nova diretriz para a ocupação territorial, ao passo que valorizava a cultura e a morada habitual de tal maneira que permitia a revalidação das sesmarias e das concessões que ainda não estavam demarcadas. Tornava crime a ocupação de terras, seja ela particular ou pública, sem a permissão de seu dono. E, para além de outras determinações, apresentava a definição de terras devolutas, como sendo aquelas que não se destinavam a um fim público e não incorporavam ao patrimônio particular (ROCHA, Ibraim et tal, 2015, p. 69).

Temos então, que a Lei de Terras revogou em definitivo a legislação portuguesa, disciplinou o regime fundiário brasileiro regulamentando a propriedade privada e a consolidando por meio de títulos de propriedade, estabeleceu novos conceitos jurídicos e assinalou uma preocupação legal com as terras indígenas, mesmo que ainda mantendo a ideia integracionista e o Estado trabalhando contra (MARES, 2012, p. 88). Conforme prescreve o artigo 12 da referida Lei:

> "O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonisação dos indigenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval".

Como se percebe, a situação dos povos indígenas foi bastante singular, pois a Lei de Terras não contestava o direito dos indígenas às suas terras, mas, por outro lado, os colocava em situação de colonização, ou seja, lhe reconhece uma posse territorial específica, uma posse tratada como imemorial, originária e, tal modelo de posse, não foi objeto da Lei. (GEDIEL, 2018, p. 107). Isto porque os povos indígenas brasileiros deixaram sua condição de escravos, "sem qualquer reconhecimento da sua condição de sujeitos de direitos, para a posição de tutelados" (GEDIEL, 2018, p. 107) e esta condição, por sua vez, retira qualquer possibilidade do reconhecimento de sua autonomia tanto individual como coletiva para reivindicação da terra.

A COSMOLOGIA TERRITORIAL INDÍGENA

Os primeiros relatos da chamada descoberta do Novo Mundo expressam a humanidade dos habitantes da América e, ao mesmo tempo, estes mesmo relatos afirmam, de forma antagônica, não existir organização social entre tais povos, incentivando a crença de serem gente sem lei e sem credo, em suma, as identificações do índio como selvagem.

Mesmo que considerados belos, saudáveis e solidários, foram expostos à colonização com resultado prático de

extermínio, dominação e crueldade. E, tão logo, "os governantes dos países europeus descobridores, Portugal e Espanha, que já tinham previamente repartido entre si esta parte do mundo, imediatamente começaram a teorizar um Direito a ser por aqui aplicado, independente do aqui existente" (MARÉS, 2012, p. 30). Ao contrário dos moldes europeus, "o Direito nessas sociedades não pode ser concebido como normas programadas, preparadas e orientadas para reger a sociedade, mas normas que se confundem com a própria sociedade" (MARÉS, 2012, p. 31). Temos então, que a expansão da Europa para a América, tanto alterou o continente como também trouxe mudanças profundas dos povos e seus costumes, seus modos de viver, existir e compreender o mundo, principalmente no que se refere à questão territorial.

A ocupação, uso e soberania sobre os seus territórios se dão de uma maneira diferenciada que vão de acordo com a cosmovisão e necessidade de cada povo, pois a terra é vista como um bem coletivo, no qual não haveria a necessidade de instrumentos jurídicos ou conhecimento de propriedade privada para exercício de uso.

Assim como traz Marés (2003, p. 50), "a disputa entre portugueses e índios não se deu, nem poderia ter se dado, em questões formais de direito de propriedade, mas em jurisdição sobre um espaço territorial. A questão era muito mais de Poder, do que de Direito". Para os povos indígenas, a ideia de poder está relacionada ao exercício de sua cultura, mitos e crenças que se constroem sobre seus territórios e de sua relação com a natureza. Marés (2012, p. 120) ainda elucida a importância do espaço territorial ao afirmar que "é evidente que a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo". Isto porque é no território, juntamente com tudo que o compõem, como a terra, a água, os animais, a biodiversidade em si, onde toda a cultura e tradição acontecem e "um povo sem território equivale a condená-lo à morte, ainda que fiquem mantidos alguns indivíduos". (MARÉS, 2012, p. 120).

A NEGAÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

É de fundamental importância compreender o contexto histórico agrário brasileiro para entender a origem e o processo de constituição da propriedade da terra que trouxeram várias implicações com consequências contemporâneas no que tange disputas e conflitos relacionados à questão Indígena.

"A história fundiária brasileira pode ser subdividida em quatro períodos: regime sesmarial (1500-1821), regime de posse (1821-1850), regime da Lei de Terras (1850-1889) e período republicano (1889 até os dias atuais) ". (ROCHA, Ibraim et tal, 2015, p.63). No caso, como já explanado, o período que nos interessa está entre o sistema do sesmarialismo e o regime da Lei de Terras (1850) como forma de compreender como tais institutos contribuíram para a negação de direitos dos povos indígenas, ao regulamentar e consolidar a propriedade de terras fragilizando a condição destes enquanto possuidores originários.

Vimos que o conceito jurídico de terras indígenas ficou caracterizado por posse e, no sistema jurídico atual, a terra indígena é propriedade da União, "mas destinada à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios, e dos lagos nelas existentes". (MARÉS, 2012, p. 121).

A Constituição atual brasileira reconhece aos indígenas seu direito originário sobre as terras. A respeito deste direito originário, entende-se um direito anterior à própria lei e assim o é desde a Carta Régia de 1611, o primeiro instrumento jurídico a tratar de terras indígenas no Brasil, com qual o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 se baseou para determinar que a posse dos indígenas sobre suas terras deveria ser respeitada "por serem eles seus primeiros ocupantes e donos naturais".

Esses documentos coloniais anteriores à Constituição Federal de 1988 foram fontes para o tratamento jurídico dado à questão territorial indígena no país e pudemos perceber que esse mesmo direito tornou-se em instrumento "eficiente para a desconstrução dos direitos originários desses povos e para a lenta construção do conceito de propriedade privada na América portuguesa". (GEDIEL, 2018, p. 106).

Uma outra questão importante a ser salientada é que "o território não pode se confundir com o conceito de propriedade da terra, tipicamente civilista; o território é jurisdição sobre um espaço geográfico, a propriedade é um direito individual garantido pela jurisdição" (MARÉS, 2012, p. 122). E, ao se tratar de território, quando relacionado à questão indígena, este, é um direito que deve ser interpretado como coletivo, um direito dos povos por sua própria dinâmica de existir. Os indígenas se constituem em conjunto, o que afasta qualquer possibilidade de apropriação individual das terras, até porque, a terra indígena é propriedade da União, um bem público de usufruto exclusivo indígena. Logo, a terra indígena é indisponível ao poder público, não passível de utilização por ele, e vedada ao uso comum de todo povo brasileiro, mas tão somente ao uso do próprio povo indígena, segundo seus usos, costumes e tradições.

Assim dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 231 e seu parágrafo 2º:

> "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.
> § 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".

Ocorre que desde o período colonial a temática jurídica sobre as terras indígenas foi tratada, como pudemos observar o Alvará Régio de 1680 "que declarava que as sesmaria concedidas pela Coroa Portuguesa não poderiam desconstituir os direitos dos índios suas terras" (MARÉS, 2012, p. 124). Muito embora tenha tido um silenciamento da Constituição Imperial, este não pode ser interpretado como

extinção dos direitos indígenas sobre as terras, mesmo porque o Alvará Régio nunca foi revogado.

Mesmo em tempos de sesmarias, uma prévia para a transformação da terra em propriedade, até à Lei nº 601 de 1850 (Lei de Terras), que transferia as terras devolutas para patrimônio privado, muito embora existisse o direito indígena sobre suas terras, estes direitos sempre foram negados compondo uma prática reiterada de ações que desconsideravam a humanidade e a capacidade destes povos tornando-se num verdadeiro saque de suas existências.

A Lei de Terras que por ventura retomou a discussão territorial indígena sem atribuir a ela o caráter de patrimônio privado, determinou a reserva das terras para colonização indígena. Todavia, "esta "reserva" era, na verdade a afirmação do indigenato, instituto da colônia, que nos vem desde 1680, com o alvará de 1º de abril" (MARÉS, 2012, p. 122). Tal instituto representava as diversas estratégias integracionistas que compunham ordenamentos jurídicos dispensado aos indígenas, bem como era um impedimento para o exercício da autonomia destes.

Conforme Gediel (2018, p. 108):

> " Formalmente, as terras indígenas continuaram sob o regime jurídico específico do indigenato, baseado na ocupação ou posse indígena e assegurada independente de titulação. Contudo, no regime proprietário inaugurado no Brasil pela Lei de Terras verifica-se mais um enfraquecimento do que uma vantagem na nova posição jurídica desses povos, pois a sua qualificação como ocupantes, ou possuidores originários, não proprietários, os diferencia dos demais nacionais, que podem obter direito de propriedade, e os aproxima dos detentores de terras públicas, posseiros, ou possuidores, portugueses ou nacionais, sem título de terras".

Nota-se que apesar dos avanços constitucionais, a autonomia e soberania dos povos indígenas, enquanto etnias diferenciadas lhes foram negadas, bem como lhes foram negados os direitos mais elementares (VILLARES, 2009, 100). Portanto, temos que todos os amparos legais constituídos para salvaguardar os direitos territoriais indígenas foram, na verdade, instrumentos de usurpação de terras e direitos desses povos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

> "Não se pode chamar de rebelde a quem nunca prestou obediência"
> *Bartolomé de Las Casas*

Como vimos, estavam presentes nas leis portuguesas as ideias de soberania e os direitos territoriais indígenas, bem como se faziam presentes as diversas estratégias que não permitiam a efetivação desses direitos. Esta informação nos resta comprovada ao passo que na análise do contexto sesmarial temos que o instituto foi implantado sem considerar a realidade da então colônia tampouco os povos que nela já habitavam. Ao contrário de sua intenção original, o instituto das sesmarias tinha como claro objetivo a posse de terras, tornando-se um instrumento de conquista, afinal,

correspondia à ordenação jurídica portuguesa de apropriação territorial imposta à colônia às custas de escravização e extinção dos povos indígenas.

É relevante observar que dentre as características apresentadas sobre as terras coloniais, as terras habitadas por indígenas eram consideradas vagas, "habitadas apenas por indígenas, que não conheciam de propriedade" (SILVA, 2008, p. 44). Logo, verificamos que a presença indígena não configurava apropriação territorial, tampouco eram consideravam sujeitos de direito, ao passo que ficaram à revelia do que a eles era imposto no processo de expansão da conquista de terras. A concessão de terras acontecia sem qualquer controle ou legislação especifica capaz de regular sua distribuição e uso ou até mesmo de se fazer efetivo um direito territorial indígena já pré-existente.

Com o fim do instituto das sesmarias e com o surgimento da Lei de Terras de 1850 que prescrevia sobre a reserva de terras indígenas, vislumbramos a possibilidade do direito de acesso à terra pelos indígenas ser colocado em prática. No entanto, as ações advindas do processo de conquista reduziam as terras indígenas ao aldeamento e, como já foi dito, os índios se tornaram prisioneiros em seu próprio habitat que cada vez mais se tornava inservível.

Temos, também, que tal Lei disciplinou o regime fundiário brasileiro regulamentando a propriedade privada e sua efetivação por meio de títulos de propriedade. Inferimos que o conceito de propriedade então consolidado é inadequado quando empregado para conflitos fundiários que envolvem indígenas, uma vez que a propriedade privada não compõe o universo cultural indígena, pois sua relação com a terra é exercida coletivamente e não exclusiva de um só indivíduo.

Portanto, temos que "o Estado colonial deixou como herança ao Estado Nacional brasileiro nascente, um silêncio piedoso sobre os povos indígenas, uma situação de direito confusa e uma estrutura fundiária tão ultrapassada quanto injusta" (MARÉS, 2012, p. 56). E, nesse viés que compõem um quadro histórico de negação de direitos originários, a interpretação desses direitos que protegem esses povos deste constante estado de vulnerabilidade, torna uma tarefa cada vez mais complexa e sujeita de conteúdos vazios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 10 de jul. de 2018.

BRASIL. *Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Sellada na Chancellaria do Imperio em 20 de Setembro de 1850. Publicada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio em 20 de setembro de 1850. Registrada á fl. 57 do livro 1º do Actos Legislativos. Secretaria d'Estado dos Negocios do Imperio em 2 de outubro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em: 10 de jul. de 2018.

GEDIEL. José Antônio Peres. Terras indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica. In: CUNHA, Manoela Carneiro da; BARBOSA. Samuel (Orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

_____. *A função social da propriedade*. Disponível em: <http://www.itcg.pr.gov.br/arquivos/File/LIVRO_REFORMA_AGRARIA_E_MEIO_AMBIENTE/PARTE_3_CARLOS_MARES.pdf>. Acesso em: 10 de jul. de 2018.

_____. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1ª ed., (ano 1998), 8ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2012.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil – A gestão do conflito – 1795-1824 – (A Lei de Sesmaria e a Ocupação Colonial)*. São Paulo: Alameda, 2012.

SILVA, Ligia Osório. *Terras Devolutas e Latifúndio – Efeitos da Lei de 1850*. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2008.

ROCHA, Ibraim. TRECANNI, Girolamo Domenico. BENATTI, José Heder. HABER, Lilian Mendes. CHAVES, Rogério Arthur Friza. *Manual de direito agrário constitucional: Lições de direito agroambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

VILLARES. Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.