
**A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE
CIDADANIA NO DIREITO ROMANO –
UM PARALELO COM O INDIGENISMO
OFICIAL NO BRASIL**

*THE ENLARGEMENT OF THE CONCEPT OF CITIZENSHIP
IN THE ROMAN LAW – A COMPARISON TO INDIGENOUS
POLITICS IN BRAZIL*

Adriana de Oliveira Rocha

*Procuradora Federal, atuando na Procuradoria Federal em Mato Grosso do Sul.
Trabalha em ações judiciais na defesa da autarquia indigenista Fundação Nacional do
Índio - FUNAI*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Cidadania Romana e
Inclusão; 2 O Caso do Indigenismo Oficial Brasileiro;
3 Conclusão; 4 Referências

RESUMO: Este artigo se dispõe a fazer um paralelo entre a política romana os povos conquistados durante o período do Império (27 a.C. a 476 d.C) e as políticas coloniais para os povos indígenas brasileiros. A ideia é comparar o tratamento dado pelas instituições jurídicas de Roma, a partir do período do Império (27 a.C.-476 d.C), aos estrangeiros que viviam sob a dominação romana, assim também o tratamento concedido aos indígenas pelo indigenismo oficial brasileiro, desde a Colônia. Pretende-se traçar um paralelo entre a contribuição das instituições romanas, e as nacionais, à convivência entre povos distintos, aos quais, ao fim e ao cabo, se reconhece a humanidade, a par das diferenças. Numa primeira abordagem tem-se a recepção que o Direito Romano deu aos estrangeiros, a partir da Constituição Antoniana (212 d.C.). No segundo capítulo, vai se tratar do indigenismo oficial brasileiro, apontando-se os diplomas legais que vieram a reconhecer direitos aos indígenas chegando-se ao paradigma atual, da Constituição de 1988, onde a autonomia das sociedades indígenas brasileiras foi consagrada. No terceiro momento, o tema é tratado do ponto de vista da fricção interétnica, tanto na antiguidade de Roma, quanto nos séculos 16 a 21, no Brasil, de modo a verificar que regras humanistas, precursoras dos direitos fundamentais e direitos humanos, redundaram em paulatino e progressivo reconhecimento de direitos às populações conquistadas ou vencidas, tanto no caso romano, quanto no brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Romano. Cidadania. Inclusão. Indigenismo. Estado Brasileiro. Comparações.

ABSTRACT: : This article is willing to make a parallel between the Roman policy to the conquered peoples during the period of the Empire (27 BC-476 BC) and the colonial policies for indigenous peoples in Brazil. The idea is to compare the treatment given by the legal institutions of Rome, from the period of the Empire (27 BC – 476 AC), to the foreigners who lived under Roman domination and the treatment accorded to indigenous by the Brazilian official policies. It is intended to draw a parallel between the contribution of Roman institutions to coexistence among different peoples, which, after all, it recognizes humanity, aware of the differences. In a first approach has been the reception that the Roman law gave foreigners, from the Constitution Antoniana (212 BC). In the second chapter, will point the legislation that came to recognize indigenous rights since colonial age to the current paradigm, the Constitution of 1988, where the Brazilian indigenous societies autonomy was consecrated. On the third time, the theme is treated from the point of view of inter-ethnic friction, both in ancient Rome, as in the 16 to 21 centuries in Brazil, so check what rules humanists, precursors of fundamental rights and human rights, resulted in gradual, progressive recognition of rights to conquered populations.

KEYWORDS: Roman Law. Citizenship. Inclusivo. Indigenous affairs. Brazilian State. Comparisons.

INTRODUÇÃO

Quando passou pela Itália, o rei Pirro disse, depois de ter examinado a ordenação do exército enviado pelos romanos: – Eu não sei que bárbaros são esses (pois os gregos assim chamavam a todas as nações estrangeiras), mas a disposição desse exército que vejo não é de modo algum bárbara. O mesmo disseram os gregos daquele que Flamínio fez passar em seu país, e Felipe, vendo dum outeiro a ordem e distribuição do campo romano em seu reino, sob Públio Súplicio Galba. Eis como devemos nos guardar de nos ligarmos às opiniões do vulgo e somente julgá-las pela via da razão, não pela voz comum.¹

O filósofo francês Montaigne (1533-1592), abre o seu texto sobre os indígenas canibais do Brasil com uma frase atribuída ao rei Pirro (318 a.C. - 272 a.C.) para dizer que, do ponto de vista de cada povo, o outro será sempre visto com desconfiança, e mais das vezes, tachado de bárbaro, como os gregos se referiam aos romanos.

Ironicamente, as sociedades ocidentais têm na chamada civilização greco-romana um paradigma de antibarbarismo, de bons modos no viver, modelo de padrão civilizatório. Entretanto, ao se fazer um exercício crítico sobre as diferenças entre essas duas sociedades da Antiguidade, e cientes de ter havido entre elas o estranhamento lembrado por Montaigne, passamos a desconfiar tanto da existência de uma dita civilidade universal, quanto a ser possível a harmonia entre povos distintos, sem a intervenção do Direito.

O texto sobre os canibais brasileiros está inserido no 31º capítulo do primeiro livro dos *Ensaio*s, como nos adianta Luiz Antonio Alves Eva². Montaigne é visto por seus intérpretes como um precursor da antropologia moderna, porquanto sua filosofia mais observa o ser humano, do que está disposta a formular receitas sobre como viver ou a melhor forma de governo.³

Foi assim que o filósofo escreveu sobre os índios do Brasil, tendo por leitura as obras de Jean de Léry (1536-1613) e André de Thevet (1502-1590), franceses que vieram ao Brasil logo nos primeiros anos da colonização, além de ser inspirado pela expedição de Villegagnon (1510-1571), outro francês aportado no Rio de Janeiro, em 1557.

1 MONTAIGNE, MICHEL DE. Plínio Junqueira Smith (org.); tradução e apresentação Luiz Antonio Alves Eva. *Dos canibais*. São Paulo: Alameda, 2009, p. 45.

2 Idem, p. 39.

3 Idem, p. 9.

O francês expôs suas impressões sobre o Novo Mundo em dois capítulos dos *Ensaio*s, tendo trabalhado na *observação indireta* dos habitantes da terra desconhecida tanto no capítulo *Dos Canibais*, quanto em *Dos Cochés*, 6º capítulo, terceiro livro da sua obra filosófica.

A citação de Montaigne ao rei Pirro, cuja célebre batalha imortalizou a expressão *Vitória de Pirro*⁴, abre o capítulo *Dos Canibais*, para apontar a relativização que o rei macedônio fez quando se deparou com os romanos. Os romanos haviam sido descritos como bárbaros, e assim eram vistos pelos gregos. Mas Pirro constatou *in loco* que a organização do exército romano no campo de batalha não era compatível com a descrição até então aceita dos romanos, como povos tribais, desprovidos de cultura, e do conhecimento das artes da Guerra.

Montaigne abre o seu capítulo sobre os canibais sul americanos antecipando que vai tentar compreender os costumes antropofágicos dos indígenas descritos pelos viajantes, sem julgamento preestabelecido. Ou seja, o olhar de Montaigne é o olhar do observador, ainda que indireto, feito a partir de leituras. Somente alguns séculos mais tarde esse olhar – agora do observador direto e presente perante o seu objeto de pesquisa –, é tido como necessário à ciência da antropologia.

O filósofo escreve também sobre indígenas brasileiros levados a *Rouen*, na França, em 1550.⁵ Usa-os para fazer a reflexão sobre a pobreza a desigualdade vista na cidade europeia do século XVI, e do quanto isso pareceu indigno aos indígenas: “(...) *homens satisfeitos e gozando de toda a espécie de comodidades, enquanto suas metades mendigavam às suas portas, descarnados de fome e de pobreza, e acharam estranho que essas metades tão necessitadas pudessem sofrer uma tal injustiça sem pegar os outros pelo pescoço ou atear fogo a suas casas...*”⁶

Em outras palavras, os homens do Novo Mundo, vistos como bárbaros pelos europeus do séc. XVI, tal qual os romanos eram descritos aos gregos, faziam, como apontado por Montaigne, a reflexão sobre a concentração da riqueza, já perfeitamente evidente no Velho Mundo, ainda no alvorecer do mercantilismo.

Este artigo se dispõe a examinar o quanto o outro, o estrangeiro, é visto com desconfiança, e passível de submissão, até que se estabeleçam regras humanistas, precursoras dos direitos fundamentais e direitos

4 A vitória do rei Pirro na Batalha de Ásculo, em 279 a.C. foi por ele mesmo ironizada, visto que perdeu 3.500 homens, pouco mais da metade dos soldados romanos mortos (6.000). “Quando lhe deram os parabéns pela vitória conseguida a custo, diz-se que respondeu com estas palavras: ‘Mais uma vitória como esta, e estou perdido.’”, <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pirro>>. Acesso em: 28.09.2016.

5 <<http://www.zeperry.org/heranca-francesa/a-festa-de-rouen-brasileiros-dancam-para-os-franceses-as-margens-do-sena/>>. Acesso em: 17.08.2016.

6 *Idem*, p. 71.

humanos. No caso brasileiro, os indígenas acabaram por ser equiparados a estrangeiros em sua própria terra, eis que titulares de hábitos e costumes estranhos ao colonizador. Homens sem fé, sem lei e sem rei⁷, assim descritos por vários cronistas e, por isso, devendo ser dominados; além, é claro, do manifesto interesse sobre seus bens e recursos.

A ideia é comparar o tratamento dado pelas instituições jurídicas de Roma, a partir do período do Império (27 a.C.-476 d.C), aos estrangeiros que viviam sob a dominação romana, assim também o tratamento concedido aos indígenas pelo indigenismo oficial brasileiro, desde a Colônia. Vale antecipar que o indigenismo brasileiro acabou por evoluir de modo a incluir os indígenas, não mais como povos dominados, mas protagonistas de direitos, e legitimados à proteção desses direitos, diretamente, sem a tutela do Estado.

Espera-se, com o texto, traçar um paralelo entre a contribuição das instituições romanas, e as nacionais, à convivência entre povos distintos, aos quais, ao fim e ao cabo, se reconhece a humanidade, a par das diferenças.

No primeiro capítulo aborda-se a recepção que o Direito Romano passou a dar aos estrangeiros, a partir da Constituição Antoniana (212 d.C.), e o significado desse reconhecimento para a vida desses. No segundo capítulo, vai se tratar da evolução do indigenismo oficial brasileiro, apontando-se os diplomas legais que vieram a reconhecer direitos aos indígenas brasileiros, os naturais ou *negros* da terra, até o paradigma atual, da Constituição de 1988, onde a autonomia⁸ das sociedades indígenas brasileiras foi consagrada.

O paralelo a ser traçado, no terceiro capítulo, tem a intenção de demonstrar que a fricção interétnica⁹, tanto na antiguidade de Roma, quanto nos séculos 16 a 21, no Brasil, redundou em paulatino e progressivo reconhecimento de direitos fundamentais às populações conquistadas ou vencidas.

7 Acreditava-se que as populações indígenas encontradas no Brasil eram desprovidas de “instituições sociais, políticas e jurídicas”, ausência esta representada, segundo Gandavo, pela inexistência das letras ‘F’, ‘L’ e ‘R’ nas línguas indígenas: ‘A língua deste gentio todo pela Costa, carece de três letras. Não se acha nela F, nem L, nem R, coisa digna de espanto, porque assim não têm Fé, nem Lei, nem Rei; e desta maneira vivem sem Justiça e desordenadamente.’, conforme LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena*. São Paulo: Baraúna, 2009. p. 77-78.

8 Conforme o artigo 231, da Constituição Federal, essa autonomia se traduz em reconhecer-se 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.

9 Conceito criado pelo antropólogo brasileiro Roberto Cardoso de Oliveira (1928-2006), definido como “competição e conflito gerando um sistema social sincrético marcado pela contradição dos seus termos, isto é, entre grupos étnicos dialeticamente unificados” (CORRÉA, 1991). Wikipédia. Acesso em: 30.08.2016

CAPÍTULO 1 – CIDADANIA ROMANA E INCLUSÃO

Os que estão no mundo romano se fizeram cidadãos romanos por uma constituição do imperador Antonino (Caracala) (*In orbe romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives romani effecti sunt* – Dig. 1, 5, 17).¹⁰

A cidadania romana concedia aos que dela usufruíam o chamado *status civitatis*, ou qualidade de cidadão. Apenas os homens livres podiam privar da cidadania, cujos desdobramentos eram vários, de modo a garantir o exercício de direitos tais como: votar nas assembleias populares, candidatar-se a cargos públicos, adquirir e alienar propriedades em Roma, celebrar contratos, contrair casamento com a mulher romana, ingressar com ações em juízo, fazer testamentos e receber heranças de terceiros, e ainda ingressar na classe sacerdotal.¹¹

A par desses cidadãos, viviam em Roma os escravos, e ainda, os peregrinos, latinos ou bárbaros. A diferença entre peregrinos e bárbaros estava nos tratados e acordos. Se Roma houvesse celebrado tratado ou acordo com determinado país estrangeiro, os cidadãos desse País seriam considerados peregrinos. Eram considerados bárbaros aqueles com quem Roma não havia firmado alianças. O *jus civile* romano – corpo de direitos de que dispunha o cidadão romano – de início não amparava os peregrinos, a quem se atribuía a qualidade de *hostis*, ou inimigos. O incremento do intercâmbio comercial com povos vizinhos, no entanto, terminou por abrandar a exclusão, de modo que o *jus civile* passou a contemplar também os peregrinos e bárbaros.¹²

Haviam os peregrinos ordinários, provenientes dos municípios, cuja característica era a de ser cidades autônomas que haviam celebrado tratados, mas que continuavam a ser regidas por normas jurídicas e estrutura política próprias. E uma outra classificação para os peregrinos os colocava como rendidos, aqueles pertencentes a regiões subjugadas, que não gozavam de autonomia jurídica ou política.¹³

Havia ainda os latinos, descendentes dos habitantes do antigo Lácio, autônomos em relação aos romanos, sendo divididos em *latinos veteris* (antigos), latinos colônias (de regiões mais distantes de Roma) e latinos junianos (ex-escravos). Todos os latinos gozavam de alguns dos direitos dos cidadãos romanos, em grau decrescente a partir da condição

10 ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

11 ROLIM, op. cit., p. 168.

12 Idem, p. 169.

13 ROLIM, op. cit., p. 169.

de serem os descendentes de famílias mais antigas, habitarem regiões distanciadas de Roma e serem ex-escravos.¹⁴

A cidadania romana (*status civitatis*) era adquirida pelo nascimento (*jus sanguinis*), se a mãe fosse romana (sob Justiniano). Podia-se tornar cidadão, ainda, através de um procedimento legal, quando determinado candidato a cidadão era eleito por uma assembleia, depois de ter sido apresentado por um magistrado, ou pelo Imperador, havendo ainda necessidade de referendo do Senado. Outra forma de aquisição da cidadania era pela naturalização individual, ou coletiva, quando a cidadania romana era concedida a todos os habitantes de uma região.¹⁵ Havia ademais dois tipos de região, onde pessoas poderiam ser naturalizadas – os *Populus fundus* e o *Municipium*; nos primeiros havia integral obediência ao Direito Romano, enquanto que, no segundo, ainda que fossem considerados cidadãos romanos, havia autonomia jurídica e política em relação ao Império Romano.¹⁶ Por último, podia-se adquirir a cidadania romana através da manumissão (alforria), quando um ex-escravo passava, a partir do *status libertatis*, a poder usufruir de parte dos direitos concedidos aos cidadãos romanos.

No ano de 212 d.C., porém, já no período Imperial (principado), a *Constitutio Antoniniana* atribuiu a cidadania romana à quase totalidade dos habitantes do Império:

Com o passar dos anos, e mercê das constantes modificações sociopolítico-econômicas pelas quais passou o Império Romano, o *status civitatis* passou a ser atribuído também a outros povos. Em 123 a.C., por força da *Lex Atilia Repetundarum*, todos os estrangeiros que denunciassem magistrados corruptos podiam se tornar cidadãos romanos. No ano 90 a.C., a *Lex Julia* a concedeu aos latinos (habitantes da região do Lácio) e, no ano seguinte, a *Lex Plautia Papiria* a estendeu a todos os aliados de Roma. Por fim, em 212 d.C., o Imperador Caracala, através da *Constitutio Antoniniana*, atribuiu a cidadania romana à quase totalidade dos habitantes do Império.

Percebe-se, então, que em menos de quatro séculos, 123 a.C.-212 d.C., o Império Romano passa a incluir todos os homens livres na condição jurídica de cidadão romano, de modo a acolher juridicamente no *status civitatis* populações cada vez mais numerosas, as quais detinham alguma espécie de relação (comercial, histórica etc.) com Roma. O cosmopolitismo

14 ROLIM, op. cit., p. 170.

15 ROLIM, op. cit., p. 170

16 ROLIM, op. cit., p. 171

romano deveu-se por primeiro à dinâmica de expansão territorial, com implantação do poder do Império em lugares longínquos do seu epicentro político (a cidade de Roma), o que tornava a administração de vastas regiões cada vez mais difícil. Depois, contudo, as relações comerciais e econômicas, além do declínio expansionista, levaram à evolução do Direito, de modo a mitigar o rigor na categorização jurídica de cidadão romano.

Para o professor Riccardo Cardilli¹⁷, a evolução do Direito Romano trouxe importante contribuição aos Direitos Humanos – cuja gênese conceitual só viria a ocorrer muitos séculos depois – quando passa a relativizar o *status civitatis* e considera abrigar e incluir cada vez mais pessoas na cidadania romana. Afirma o professor, que o Direito Romano evoluiu no sentido de ultrapassar o restrito Direito do Cidadão rumo ao Direito do Homem, ao contrário das cidades gregas que mantinham direitos exclusivos para seus cidadãos.

Cardilli defende a tese de que Roma detinha maior facilidade para ser inclusiva, porquanto ao invés de representar apenas um segmento populacional, era pluriétnica, abrigando diversos povos. Defende ainda que o modelo inclusivo que acabou por marcar a diferença entre a cultura romana e a grega, deriva do direito natural, em contraponto ao direito civil. Somente com a Revolução Francesa (1789), a ideia de inclusão trazida pelo Direito Romano (*Constitutio Antoniniana*) tem novamente lugar na Europa, atribuindo igualdade aos homens.

Cardilli discorre ainda sobre o uso dos ensinamentos dos juristas romanos pelas correntes filosóficas europeias, tais como a Escola de Salamanca. Entre os juristas romanos inspiradores dos ideólogos da Conquista, estaria Ulpiano, cujas ideias influenciaram, por exemplo, a Francisco de Vitoria (1492-1548), na defesa da humanidade dos indígenas americanos. As declarações do Bill of Rights, na Inglaterra de 1689, e a Declaração dos Direitos do Homem, da Europa, no pós 2ª Guerra Mundial (1937-1946), teriam também inspiração em vários dos escritos deixados pelos juristas romanos.

A influência romana, portanto, para a construção da ideia de direitos inerentes ao homem – os Direitos Humanos – é irrefutável, na visão do professor Cardilli, e comprovável através da análise da evolução do Direito Romano, no seu papel de incluir homens e povos diversos no regime do *status civitatis*.

17 Os princípios gerais e a tradição romanística, aula ministrada em 08.07.2016, na Universidade Tor Vergata, durante o Curso "Cortes Internacionais e Constituições: História, Regras e Direito Comparado" (Roma, 27.06 a 08.07.2016).

CAPÍTULO 2 – O INDIGENISMO OFICIAL BRASILEIRO – EVOLUÇÃO

Têm, ao longo do mar, nalgumas partes, grandes barreiras, delas vermelhas, delas brancas; e a terra por cima toda chã e muito cheia a grandes arvoredos. De ponta a ponta, é tudo praia-plana, muito chã e muito formosa. Pelo sertão nos pareceu, vista do mar, muito grande, porque, a estender os olhos, não podíamos ver senão terra com arvoredos que nos parecia muito longa. [...] Eles não lavram nem criam [...] nem comem senão desse inhame, que aqui há muito, e dessa semente e frutos, que a terra e as árvores de si lançam. E com isso andam tão rijos e tão médios que o não somos nós tanto, em maioria que são muito mais nossos amigos que nós seus. Deste Porto Seguro, da vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, Sexta-feira, primeiro dia de Maio de 1500.¹⁸

Os indígenas – hoje cerca de 230 povos, falantes de 195 línguas¹⁹ – constituem sociedades numericamente minoritárias, dentre a população brasileira. O censo de 2010 apontou a existência de 817.963 indígenas no Brasil, em uma população total de 190.755.779 habitantes. Os direitos das populações indígenas vêm sendo reconhecidos desde a instalação da Colônia no Brasil²⁰

Os direitos *territoriais* indígenas na América portuguesa, parte do território sul-americano que viria a se firmar como Brasil, foram os direitos que mais receberam tratamento legislativo ao longo da História.

Os demais direitos, tais como a capacidade civil, o patrimônio, as relações de família, as normas penais, a educação, além das associações entre eles e seus desdobramentos, tiveram um menor denodo do legislador colonial e brasileiro, embora restassem regulados, ainda que em menor escala.

Necessário abordar, inicialmente, o reconhecimento dos indígenas das Américas como sujeitos de direito, eis que irá se fazer adiante a comparação entre o cidadão romano, e aqueles acolhidos pelo Direito Romano como tal, legislativamente, durante a fase final do Império Romano.

O reconhecimento dos indígenas como sujeitos de direito no Brasil – na verdade em toda a América – necessitou de várias formalizações e acirrados debates filosóficos, jurídicos e teológicos que se iniciaram ainda no século XVI. Sabe-se que, a partir de América Espanhola, os índios já eram entendidos como sujeitos de direito, pois antes de guerreá-los era necessário fazer-lhes a leitura do *Requerimiento* um documento

18 Carta de Pero Vaz de Caminha ao Rei de Portugal, *site* do Iphan, acesso em 02.04.10.

19 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Cultura com Aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 286.

20 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio: Ensaio e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 58-62.

elaborado pelo jurista real Palácio Rubios. Nesse documento, os índios eram considerados vassallos do rei, desde que aceitassem essa vassalagem. Se não a aceitassem ou não compreendessem o que dizia o documento, escrito em espanhol, estariam autorizadas a invasão de suas terras e a guerra contra seus povos.

Vê-se daí que os conquistadores espanhóis, desde 1514, ainda que em dúvida sobre a natureza humana dos indígenas, eram obrigados pela Metrópole a dar conhecimento aos índios de que eram portadores de direitos e considerá-los tão vassallos dos reis espanhóis quanto a si mesmos.

Irônica e cruelmente, o *Requerimiento* não passava de formalidade. Como os índios não conheciam a língua em que foi redigido – e se fazia a sua leitura em voz alta – ignoravam que suas terras haviam sido *descobertas* e eram consideradas parte do reino da Espanha. Ignoravam mais ainda que, se se submetessem aos reis espanhóis, havia a promessa de não serem trucidados. Os resultados da farsa, a história é capaz de contar.²¹

Nas terras portuguesas, onde se firmaria o Brasil como Estado, algo semelhante se passou. Segundo Beatriz Perrone-Moisés²² o grande recorte da política indigenista colonial é a aquele feito entre indígenas aldeados (considerados amigos) e os índios dos sertões (considerados bárbaros e inimigos). Veja-se que aos segundos, eram reconhecidos direitos de se submeterem à Coroa Portuguesa, sob pena de sofrerem guerras justas, resgates e escravização. Portanto era reconhecida a sua condição de sujeitos de direitos, embora o futuro conceito de dignidade humana, só engedrado séculos depois, não fosse respeitado, vez que os *bravios* podiam ser escravizados.

Em suma, eram reconhecidos como sujeitos de direitos se submissos à Coroa Portuguesa. Do contrário, lhes suprimia o direito à liberdade. A escravização era considerada inclusive como um bem em si mesmo, posto que retirava os índios da condição não-cristã em que se encontravam. Ou seja, a escravização decorria de um reconhecimento de que eram humanos, o que, de qualquer modo, o Papa Paulo III declarara na Bula *Sublimis Deus*, de 2 de junho de 1537, onde ficou atestado que os gentios tinham alma.

Embora sujeitos a controles diversos das autoridades, principalmente religiosas desde o século XVI, a formalização da tutela propriamente dita só veio a alcançar os indígenas muito tempo depois, quando foram editadas por Pombal, no ano de 1755, leis que declaravam a *liberdade* dos

21 TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 212-215.

22 PERRONE-MOISÉS, Beatriz. "Inventário da Legislação Indigenista – 1500-1800" in *História dos Índios no Brasil*. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: Fapesp; 1992, págs. 529-566.

índios aldeados pelas missões jesuíticas (estas expulsas do Brasil em 1760) e outras ordens religiosas.

Paradoxalmente, para que pudessem desfrutar dessa liberdade sem voltar ao estado anterior – organizados segundo suas formas próprias, isto é, vivendo não em aldeamentos missionários, mas nos seus locais de ocupação tradicional – foram considerados incapazes de prover a si mesmos e de contratar autonomamente com os não índios, tendo sido entregues à tutela dos juízes de órfãos.

As chamadas *leis das liberdades* (6 e 7 de junho de 1755) as quais retiravam os índios da administração dos missionários, calcada no Regimento das Missões (1686), foram dadas como inexecutáveis. A solução encontrada foi atribuir aos juízes e ao Regimento dos Órfãos o controle da população indígena. Sua aplicação, contudo, ficou restrita àqueles que ainda não tivessem profissão, bem como aos residentes nas povoações coloniais.

Eis a origem do discutido instituto da tutela no Brasil, segundo Manuela Carneiro da Cunha²³, cujos efeitos culturais, compondo o senso comum no que diz respeito aos indígenas, vemos perdurar até os dias de hoje. A tutela prevista no Estatuto do Índio – sem falar da incapacidade relativa das pessoas dos indígenas também revogada, no Código Civil de 2002 – não foi recepcionada pela Carta, à vista de incompatibilidade lógica com os arts. 231 e 232. O artigo 232 atribui aos indígenas legitimidade ativa (entendemos também passiva) para defesa de direitos individuais e coletivos em juízo.²⁴

Quanto aos institutos jurídicos relativos às terras indígenas a tradição no direito nacional é longa, o que não quer significar que a legislação, embora dúbia e intermitente, tenha sido cumprida. Uma compilação legislativa nos remete à Colônia, nos seus primeiros anos. Tal corpo normativo vem se desenvolvendo, sucessivamente, sem solução de continuidade, até os dias de hoje.

O primeiro documento abrangente sobre a territorialidade indígena de que se tem notícia é a Provisão de Mem de Sá, de 2.5.1571. Documentos anteriores de 1558, 1562 e 1566 trataram de questões específicas relativas a aldeamentos jesuítas. A Carta de Sesmaria de 31.10.1580 igualmente tratou das terras dos índios, bem como o Alvará de 21.08.1582, no qual “*El-Rey ...manda dar terras aos índios de Sesmaria e que os governadores façam restituir aos índios as terras que seus vassallos livres lhes tiverem tomado e ocupado.*”. Pouco tempo depois, o Alvará de 21.8.1587 determinava que

23 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio: Ensaios e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 103-108.

24 Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

“aos índios que descem do certão se dessem terras para sua aldeas junto aas fazendas e sesmarias para suas lavouras.”. A Provisão de 8.7.1604 previa que “nenhuma pessoa roce terras dos índios”.²⁵

A Carta Régia, de 10 de setembro de 1611, promulgada por Filipe III afirmava que

os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitánias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer.²⁶

Mais adiante, passadas sete décadas, o Alvará de 1º de abril de 1680 categorizava:

E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos índios, primários e naturais senhores delas.²⁷

Entre 1718 e 1755, em mais meio século de construção jurídico-institucional, redigiu-se dois outros diplomas legais em favor das terras indígenas. Nas Carta Régia, de 9 de março de 1718 e Lei pombalina de 6 de julho de 1755 ficou consumado que “(os índios) são livres, e izentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a sahirem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que elles não se agradão ...”²⁸. “Os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras...para gozarem delas por si e todos seus herdeiros.”²⁹.

²⁵ PERRONE-MOISÉS, op. cit., p. 529-566.

²⁶ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos do Índio Ensaio e Documentos*, São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 58.

²⁷ Idem, p. 59.

²⁸ Idem, p. 60.

²⁹ Idem, p. 62

Declarada a independência da Colônia, teve início uma primeira tentativa de regularização fundiária do solo brasileiro, via da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. O decreto n. 1.318, de 30.01.1854, regulamentador desta lei, dispôs: “*Art. 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens.*” E ainda: “*Art. 75. As terras reservadas para colonização de indígenas, e para elles distribuídas, são destinadas ao seu uso fructo; não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder pelo gozo dellas, por assim o permitir o seu estado de civilização.*”.

Embora a Carta de 1824, que regeu o Império, nada tenha tratado sobre o assunto, no advento da República, a Constituição de 1891, ainda que indiretamente manteve o rol de direitos indígenas anteriores à sua edição: “*Art. 83. Continuam em vigor, enquanto não- revogadas, as leis do antigo regime, no que explicita e implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos seus princípios nela consagrados.*”.

Todas as demais constituições republicanas passam a tratar expressamente dos direitos dos indígenas, iniciando-se pela de 1934: “*Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.*”. Em 1937: “*Art.154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.*”. E na Constituição democrática de 1946: “*Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.*”. A Carta de 1967, emendada em 1969:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

Finalmente, o longo processo de redemocratização do País traz à Constituição Federal vigente normas diversas, além de um capítulo exclusivo dedicado aos índios, onde pela primeira vez aparece o conceito de *terra indígena*³⁰:

30 “Enquanto as constituições precedentes haviam se referido apenas ‘às terras habitadas pelos silvícolas’ (textos constitucionais de 1967 e 1969) ou às terras em que os ‘silvícolas’ se localizam permanentemente (Constituições de 1934, 1937 e 1946), é definido, pela primeira vez na história das constituições brasileiras, o conceito de terra indígena pela própria Constituição.”. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 234.

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. § 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 ao 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. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo.

Resumindo: no desenvolver da história institucional do direito à posse indígena, conceito que pressupõe o controle de um determinado território por um grupo autóctone, evidentemente abrangendo o usufruto dos recursos naturais³¹, tem-se que, tão somente nos setenta primeiros anos da colonização não se teve norma geral que protegesse o direito dos habitantes originários em exercer posse sobre seus territórios.

Retornando aos *direitos de cidadania*, tem-se que, no Brasil, o instituto da tutela tem suas origens no chamado período pombalino, quando foram editadas as *leis da liberdade*, em 1755. Ao tempo em que libertavam os indígenas da administração dos jesuítas, tais leis os consideravam incapazes de prover a si mesmos e de contratar autonomamente com os não índios, tendo sido entregues à tutela dos juízes de órfãos.

No período imediatamente anterior, porém, segundo Rosane Lacerda³², os índios passaram de uma categorização entre aliados (livres) e inimigos (escravos), oscilando a política indigenista portuguesa, ora em formar alianças com determinados povos para obtenção na mão de obra necessária à extração do pau brasil, ora em controlar o aprisionamento e o cativeiro dos índios, a partir do Regimento da Nau Bretôa, de 1511, considerado o primeiro decreto real sobre a política indigenista no Brasil.

31 "O conceito de posse 'tradicional' não se refere, portanto, a um componente temporal, e sim apenas ao modo tradicional dos índios de possuir e utilizar a terra, e com isso, ao modo tradicional da relação dos índios com sua terra (ao contrário do conceito brasileiro de posse, de interpretação cível). [...] Não é exigida pela Constituição a imemorialidade da ocupação, ou seja, a ocupação desde o 'descobrimento' para identificar uma terra como indígena.". Idem, p. 235.

32 LACERDA, op. cit., p. 79.

Seguiram-se a esse regimento, o de Tomé de Souza, em 1548, as Resoluções sobre as Aldeias dos Padres dos Índios (1566), a Lei de 20 de Março de 1570, a Lei de 24 de fevereiro de 1587, a Lei de 26 de julho de 1596, a Provisão de 5 de junho de 1605, a Lei de 30 de julho de 1609, a Lei de 10 de setembro de 1611, o *Breve Commissium Nobis* e a Lei de 16 de setembro de 1639, a Lei de 16 de setembro de 1639, a Provisão de 17 de outubro de 1653, a Lei de 9 de setembro de 1655, Provisão de 12 de setembro de 1663, Lei de 1º de abril de 1680, o Regimento de 21 de dezembro de 1686, o Alvará de 28 de abril de 1688, a Carta Régia de 20 de novembro de 1699, o Alvará de 6 de fevereiro de 1691, Cartas Régias de 1701 e 1702.³³

Toda essa profusa normatização do reino Português, abrangendo o período da União Ibérica, em que estiveram unidos os governos monárquicos de Espanha e Portugal (1580-1640), tinha por objeto a escravização dos indígenas e, paradoxalmente, também sua liberdade, oscilando entre uma e outra, ao sabor dos interesses dos colonos os quais paulatinamente vinham se estabelecer na colônia, empreendendo os dois primeiros ciclos econômicos exportadores no Brasil: a exploração do pau brasil e o plantio da cana-de-açúcar e produção açucareira de cunho exportador.

A legislação indicada resultou da intensa disputa, ao menos desde 1549, entre colonos e autoridades religiosas, mormente os jesuítas, aqui chegados naquele ano. Queriam os religiosos manter os índios sob sua proteção, ao argumento da conversão à fé católica, e os colonos interessavam-se em preá-los e escravizá-los, sendo lucrativas ambas as atividades, tanto o comércio de escravos, quanto a utilização de mão de obra não assalariada nas atividades produtivas.

Só com o início da administração pombalina, no ano de 1750, ocorreu alteração substancial nesse quadro. O modelo econômico idealizado pelo Marquês de Pombal, secretário de Estado do Reino durante o reinado de D. José I (1750-1777) foi

marcado pela criação de companhias monopolistas de comércio e pela expansão territorial das fronteiras ao norte e ao sul, [e] resultou em profundas modificações na política indigenista. As reformas pombalinas iniciaram o processo de transição do trabalho indígena servil para o assalariado. É nessa fase que se vai localizar a gênese da aplicação aos índios, do conceito de tutela orfanológica.³⁴

33 LACERDA, op. cit., p. 79-98.

34 Ibidem, p. 99.

As *leis da liberdade* foram duas. A Lei de 6 de junho de 1755, renovava as leis de 1º de abril de 1680, o Alvará de 10 de dezembro de 1647 e a Lei de 10 de setembro de 1611, as quais declaravam a liberdade dos índios, afastando a imposição de administradores e administração (1647), declaravam nulas as vendas de que tivessem sido objeto, colocando em liberdade os cativos (1611) e asseguravam-lhes suas terras (1680). A segunda lei, na verdade, um Alvará de 7 de junho de 1755, *visava complementar determinação anterior de restituir liberdade aos indígenas, a qual entendia não ser exequível sem o estabelecimento de uma administração temporal sobre os índios*.³⁵

A Lei e o Alvará de 1755, *leis da liberdade*, no entanto, não tiveram longevidade. Como explica, Rosane Lacerda, citando Farage & Carneiro da Cunha, a autonomia alcançada pelos índios passou a preocupar a Colônia

Diante de tais pressões [temor do retorno em massa às aldeias de origem], a concepção dos índios como capazes para o desenvolvimento autônomo de suas potencialidades, tanto individualmente quanto no espaço social de aldeias e vilas, logo era abandonado.³⁶

No seu lugar, passaram a vigor o Diretório de 3 de maio de 1757, e o Alvará Régio, de 17 de agosto de 1758, numa clara ofensiva contra os jesuítas, seus aldeamentos e missões, colocando doravante os indígenas sob a tutela dos chamados Diretores de índios. Perdiam os indígenas a breve liberdade que lhes fora concedida no início da era pombalina. Interessante anotar, com Lacerda, que o referido diretório de 1758, *não alterou a possibilidade de os índios virem a preencher os quadros de Juizes Ordinários, Vereadores e Oficiais de Justiça, indicados pelo Alvará de 1755*.³⁷

Somente após quarenta anos, na regência de D. Maria I, “A Louca”, o referido Diretório de índios pombalino foi substituído pela Carta Régia, de 12 de maio de 1798, numa nova reviravolta da política indigenista monárquica, em que a então Regente do trono de Portugal cogitou do fim da tutela e da restituição do direito de liberdade aos indígenas. A Carta Régia editada por D. Maria I ficou conhecida como “Carta Mariana”. Passou-se do paradigma da escravização, do apresamento e das guerras justas contra os índios, para o da liberdade útil, em que os indígenas auxiliariam na defesa dos limites da colônia e seriam livremente contratados em atividades econômicas dos empresários coloniais.

Referido diploma legal visava, portanto, dois objetivos: primeiro, engajar indígenas considerados *civilizados* no serviço militar, nos empregos

35 LACERDA, op. cit., p. 101..

36 Ibidem, p. 102.

37 Ibidem, p. 105.

em embarcações pesqueiras e transporte de madeira, sob o fundamento de ser necessário proteger a fronteira e disponibilizar mão de obra aos colonos, principalmente no Estado do Pará, de onde partiu a inspiração legislativa.³⁸ E, como segundo ponto, atribuir aos particulares a proteção de índios *incivilizados*, os quais deveriam ser atraídos pelos próprios colonos, com a finalidade de contratar seus serviços por tempo determinado, mediante um compromisso de educação e instrução, além da ministração do batismo. Havia a previsão de remuneração ao final do período estipulado em tal contrato.³⁹

Registra Lacerda que, “*relativamente a esse ‘autogoverno’, Carneiro da Cunha observa indícios de que, nas primeiras décadas do século XIX, algumas lideranças indígenas tenham conseguido, apesar dos preconceitos de que eram vítimas, aproveitar-se da igualdade formal possibilitada pela Carta Mariana permitindo-lhes exercerem, de modo competente, as funções político-administrativas assumidas.*”⁴⁰

O significado da Carta Mariana, pois, para a política indigenista oficial a partir de sua edição (1798) é de que se garantiu aos indígenas relativa autonomia, um pouco mais consistente que o período anterior, onde liberdade e escravidão se alternavam ao sabor das necessidades econômicas dos colonos.

O próximo marco na política indigenista oficial foi a Constituinte de 1822, em que cinco projetos sobre a temática foram enviados às Cortes Gerais Portuguesas, dentre eles o projeto de José Bonifácio de Andrada e Silva, apresentado em 1º de junho de 1823, com o título “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil.”

Embora eivado de preconceitos sobre a natureza humana dos indígenas, o documento continha propostas a respeito do reconhecimento da posse sobre suas terras, além de críticas às maliciosas práticas contratuais estabelecidas com eles. O projeto civilizatório de Bonifácio de Andrada, conhecido como Patriarca da Independência, não alcançou êxito em integrar a primeira constituição imperial. Tal constituição, outorgada pelo Imperador Pedro I, em 24 de março de 1824, não contém qualquer disposição sobre os indígenas brasileiros. Inaugurou-se o regime jurídico do Brasil independente, pois, sem fazer-se menção aos povos indígenas.⁴¹

Apesar do silêncio da constituição imperial, leis esparsas trataram do relacionamento do Estado com os povos indígenas. A Lei de 20 de outubro de 1823 atribuiu às províncias do Império a promoção de missão

38 LACERDA, op. cit., p. 106-107.

39 Ibidem, p. 107.

40 Ibidem, p. 108.

41 Ibidem, p. 112-113.

e catequese dos índios, e a Lei de 27 de outubro de 1831, a qual revogava Cartas Régias de 1808, através das quais D. João VI declarou guerras justas a indígenas de Minas Gerais e São Paulo, além de estabelecer tutela orfanológica específica aos índios que tivessem sido capturados nessas guerras e estivessem cativos e a serviço de terceiros, sob o chamado regime de servidão.

Houve ainda, dirigidos à totalidade dos indígenas, o Decreto de 3 de junho de 1833 e o Regulamento n. 143, de 15 de março de 1842, os quais destinavam-se a estabelecer a jurisdição de juízes de órfãos para administrar os bens dos indígenas, atribuindo-lhes também a competência administrativa para gerir contratos de arrendamento de suas terras a particulares, aplicar o produto da renda na assistência de índios mais pobres, garantir a aviventação de tais terras, além de conhecer e julgar administrativamente os processos de inventários, partilhas, tutelas, curadorias, contas de tutores e curadores.⁴²

Passou-se então, ao próximo marco regulatório da política indigenista oficial, com a edição do Decreto n. 426, de 24 de julho de 1845, com o qual se estabeleceu o *Regulamento acerca das Missões e Catequese e Civilização dos Índios*, adotando-se diretrizes gerais para a ação indigenista oficial no Império. O Regulamento previa uma política de catequese e civilização dos índios, com a nomeação de um Diretor Geral de Índios em cada província, pelo Imperador, afastando dos juízes de órfãos a competência para gerir os bens dos indígenas, bem como exercer sua proteção nos negócios jurídicos com terceiros. A este regulamento se opuseram intelectuais da época, entre eles, Francisco Adolfo de Varnhagem, historiador, que defendia a volta das bandeiras de aprisionamento indígena, a fim de que ficassem submetidos à tutoria e protetorado, por 15 anos. E ainda políticos, como os senadores Dantas de Barros e Vergueiro, viam na regulação estabelecida pelo Império um indevido afrouxamento nas regras de tutela, defendendo a domesticação ou mesmo a extinção dos indígenas.⁴³

Chegando à primeira república, a condição anterior de submissão à mais de uma espécie de tutela, seja orfanológica, seja estatal propriamente dita, não se modificou. A primeira carta republicana, a exemplo da imperial, não mencionou os indígenas, embora houvesse a proposta, na constituinte de 1890, da instituição de estados confederados indígenas. Tal proposta partiu do chamado Apostolado Positivista, e teve por inspiração a política indigenista norte-americana, em que o relacionamento com os povos indígenas se daria por meio de tratados, reconhecendo-lhes o direito de figurar, independentemente, como nações autônomas, no pacto federativo.

42 LACERDA, op. cit., p. 116-117.

43 *Ibidem*, p. 123-125.

Assim como os Apontamentos de José Bonifácio de Andrada e Silva, tal proposta não foi acolhida, ficando silente a constituição.⁴⁴

As províncias imperiais, que até a proclamação da República, participavam da política indigenista oficial, nomeando diretores de aldeia, hierarquicamente submetidos aos diretores de índios, tiveram sua competência retirada pelo Decreto n. 1.606, de 29 de dezembro de 1906, pouco antes da criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais – SPILTN, pelo Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910. A criação do serviço de proteção foi o marco inicial, de mais uma etapa do indigenismo oficial, agora no âmbito da República, tendo sido “gestado sob influência positivista, e presidido pelo General Cândido Mariano Rondon, o órgão surgia vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC) [...]”.⁴⁵

Outro marco jurídico importante foi o Código Civil, de 1 de janeiro de 1916, o qual incluiu os indígenas entre os relativamente incapazes, ao lado de pródigos e menores entre 16 e 21 anos. Tal configuração resultou menos do entendimento que detinha o jurista Clóvius Beviláqua, idealizador da codificação, que desejava para os índios uma legislação específica, fora do código civil, e não também à Emenda Moniz Freire, provinda do Senado, que estabelecia um regime tutelar em relação aos indígenas. A inclusão dos indígenas entre os relativamente incapazes resultou de um substitutivo à Emenda Moniz Freira, aprovado pelo Senado, conforme nos conta Lacerda.⁴⁶

Em 1918, através da Lei Orçamentária n. 3.454, o serviço passou a denominar-se apenas “Serviço de Proteção ao Índio”, SPI, e, em 1928, com a edição do Decreto n. 5.484, de 27 de junho, uma ampla regulação da situação jurídica dos índios foi disposta em cinquenta artigos, tendo prevalecido a ideia de tutela, embora não de cunho orfanológico, mas sim estatal, através do próprio organismo estatal, o SPI. Criou-se, dessa forma, a figura da tutela estatal, a ser exercida na época pelos inspetores de índios.

A segunda constituição da República, a de 1934, trouxe, então, em 16 de julho, a primeira menção aos indígenas em um diploma desta hierarquia, através do ideal da incorporação desses à dita comunhão nacional, estabelecendo entre o rol das competências privativas da União a competência legislativa sobre tal desiderato. Foi novamente regulamentada a atividade do SPI, pelo Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936, sendo que

44 LACERDA, op. cit., p. 128-129.

45 Ibidem, p. 130.

46 Ibidem, p. 132-133.

o lema introduzido por Rondon – “Morrer se preciso for; matar, nunca! – ficou plasmado no referido decreto, em seu artigo 18.⁴⁷

Tanto a constituição de 1937, quanto a de 1946, mantiveram a perspectiva incorporativista dos indígenas à comunhão nacional, embora tivessem tido, agora, o cuidado de mencionar a proteção às terras indígenas. No entanto, já na década de 1960, a reorientação da política indigenista oficial começava a ser cogitada, após cinquenta anos de existência do SPI. Entre os ideólogos da mudança estava o etnólogo Darcy Ribeiro, o qual advogava a tese de que os indígenas demonstravam tenaz resistência cultural e um forte sentimento de identificação tribal, “levando-os por todos os meios para conservar sua identidade e sua autonomia”.⁴⁸ O paradigma incorporativista é mantido, todavia, na carta de 1967, a qual viu surgir o novo órgão indigenista, a Fundação Nacional do Índio- FUNAI, em 5 de dezembro de 1967. Também foi mantido o mesmo paradigma na constituição de 1969, sob cuja égide foi editado o Estatuto do Índio, através da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

O Estatuto do Índio (1973) trouxe uma classificação dos indígenas em categorias, dentre as quais apenas as dos índios “isolados” ou em “vias de integração” ficariam sujeitos ao regime tutelar estatal. Na prática do órgão indigenista oficial, porém, essas categorias não se faziam observar, havendo continuidade entre a situação anterior ao estatuto (criação e regulamentação do SPI, em 1928), em que a tutela estatal era irrestritamente considerada para todos os indígenas, seja do ponto de vista individual, seja coletivamente. Além do próprio Executivo, o legislativo e o judiciário terminaram por corroborar as práticas tutelares, não havendo superação do paradigma incorporativista ou integracionista, até que sobreviesse a Constituição Federal de 1988.⁴⁹

Nessa constituição, hoje em vigor, foi apresentado, pela primeira vez, um capítulo dedicado exclusivamente aos índios, o qual, por sua importância, e pela expressão da ruptura com os paradigmas anteriores, quer o incorporativista, integracionista ou assimilacionista, representa o principal marco jurídico em quinhentos anos de relacionamento do Estado formado a partir dos territórios indígenas e os povos originários.⁵⁰ Além do capítulo específico, em outras partes do texto constitucional

47 LACERDA, op. cit., p. 126-137.

48 Ibidem, p. 138-140.

49 Ibidem, p. 145-192.

50 Cap. VII Dos Índios

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.

ficou assegurado o respeito ao novo paradigma da alteridade, em normas relativas à cultura, por exemplo.⁵¹

Na gênese da Constituição de 1988 houve a intensa e profícua participação indígena, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, eis que vinham se organizando em diversos movimentos, associações e organizações próprias desde as décadas de 1970 e 1980. A partir da Declaração de Barbados I, cuja elaboração teve a participação do brasileiro Darcy Ribeiro, obtida durante o Simpósio sobre a Fricção Interétnica na América do Sul, o relacionamento das ciências sociais (especialmente a Antropologia) com os indígenas passou a ter a perspectiva da autonomia desses. A declaração propõe igual avanço para o relacionamento das missões religiosas e dos Estados com os indígenas.

A partir desse primeiro documento, na segunda reunião de Barbados, já em 1977, metade dos participantes era indígena, assumindo um protagonismo até então inédito, tendo forjado a Declaração de Barbados II. Uma década depois, através da crescente participação de suas delegações no sistema das Nações Unidas, conseguiram, a partir de 1986, que no processo de revisão da Convenção 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), houvesse a superação da perspectiva integracionista. A nova convenção sobre povos indígenas e tribais tomou o n. 169, e foi aprovada no ano de 1989.

Internacionalmente, pois, os movimentos etno-políticos indígenas passaram a exigir dos governos a implementação nos ordenamentos

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.

§ 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.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

51 CF, art. 215 e 216.

jurídicos dos conceitos de: alteridade, especificidade cultural e multietnicidade do Estado.

A constituição brasileira no que tange a esses povos é fruto desse movimento político, adotando o paradigma do direito à alteridade no seu artigo 231, e atribuindo ao poder central papel ativo na demarcação das terras indígenas – base de exercício desses direitos – bem como na proteção dos bens dos indígenas.

Inaugurou-se com ela um novo padrão de relacionamento do Estado brasileiro com os povos originários, de modo que, sob seu amparo, os indígenas brasileiros vêm avançando desde então, em sucessivas demonstrações dos direitos ali assegurados, tais como: ensino bilíngue, atendimento de saúde com respeito às suas práticas culturais, respeito às formas de organização social, e diálogo estatal com suas organizações.

Longe de tais avanços estarem consolidados, ou terem se dado espontaneamente, ao longo de quase três décadas, certo é que o paradigma assim introduzido na norma maior constitui fonte do direito da qual não se pode alienar quando da construção de políticas públicas com os indígenas.

Edificou-se, com a constituição cidadã, portanto, um novo patamar de diálogo, mais simétrico, do Estado brasileiro com os povos indígenas, tal qual o Império Romano, paulatinamente, se obrigou a estabelecer com os povos sob seu domínio, como se terá oportunidade de analisar a seguir.

CONCLUSÕES

Tanto o Estado brasileiro quanto o Império Romano foram forçados a se relacionar cada vez mais simetricamente com os povos dominados ou vencidos, após a ocupação dos territórios desses. À medida que o Império avançava em expansão, e as relações comerciais com os povos dominados atingiam seu centro, na cidade de Roma, o prestigioso *status civitatis* era estendido aos habitantes dos territórios conquistados.

No Brasil, as relações com os povos indígenas, iniciaram-se com certo respeito à essas sociedades, até mesmo em razão do desconhecimento quanto aos recursos naturais disponíveis (madeira, minério), passando rapidamente à dominação e submissão desses povos aos interesses econômicos exploratórios dos colonizadores. Em mais de um período histórico os próprios indígenas representavam riqueza econômica, visto que eram tornados cativos e, nesta condição, integravam uma rede de comércio escravagista.

As legislações que foram fixando direitos de cidadania no Império Romano, para abranger cada vez mais administrados, levaram cerca de quatro séculos para chegar ao nível de abarcar quase todos os habitantes

do Império, fazendo exceção aos escravos. Ainda assim, estes possuíam mecanismos para, em alforriando-se da condição de cativos, pudessem alcançar o direito ao *status civitatis*.

No Brasil, a legislação que diz respeito às relações com os povos indígenas sofreu avanços e retrocessos intercalados, numa política cambiante e intermitente, ao sabor dos interesses dos colonizadores, para que enfim, quase cinco séculos depois do desembarque dos primeiros europeus em terras brasileiras, houvesse a adoção de um paradigma de verdadeira igualdade formal e material dos indígenas aos demais cidadãos brasileiros.

A semelhança entre os dois processos legislativos pode ser avaliada como existente, na medida em que, em ambos os casos, estender a categoria de cidadãos livres aos povos dominados é resultado de processos históricos e econômicos, tanto em Roma, como no Brasil.

O declínio paulatino do Império Romano coincide com a progressiva extensão dos privilégios da cidadania romana, até abranger a totalidade dos administrados livres, fossem ou não nascidos em Roma.

No Brasil, os contínuos embates com os colonizadores, além do crescente movimento de resistência às práticas de dominação, resultaram na construção interna de um direito de cidadania plena, com a chegada da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, p. 13.177, 21 dez. 1973.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de Abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, p. 01, 20 abr. 2004.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio: Ensaios e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. *Legislação Indigenista no Século XIX: uma compilação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992.

_____. *Cultura com Aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena*. São Paulo: Baraúna, 2009.

MONTAIGNE, Michel de. *Dos Canibais*. São Paulo: Alameda, 2009.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.