

ROSANE FREIRE LACERDA

DIFERENÇA NÃO É INCAPACIDADE:

**GÊNESE E TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DA
INCAPACIDADE INDÍGENA E SUA INSUSTENTABILIDADE
NOS MARCOS DO PROTAGONISMO DOS POVOS INDÍGENAS E DO
TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988.**

(Volume 1 - Tomo I)

Brasília – DF
2007

ROSANE FREIRE LACERDA

**DIFERENÇA NÃO É INCAPACIDADE:
GÊNESE E TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DA
INCAPACIDADE INDÍGENA E SUA INSUSTENTABILIDADE NOS
MARCOS DO PROTAGONISMO DOS POVOS INDÍGENAS E DO
TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: José Geraldo de Sousa Júnior.

Brasília – DF
2007

LACERDA, Rosane Freire.

Diferença não é Incapacidade: Gênese e Trajetória Histórica da Concepção da Incapacidade Indígena e sua Insustentabilidade nos Marcos do Protagonismo dos Povos Indígenas e do Texto Constitucional de 1988. / Rosane Freire Lacerda. Brasília – DF, 2007; 2 vls, 447p.: il.

Bibliografia: Vol. 2, pp. 312-343.

v. 1, tomo I (Parte I). Desenvolvimento histórico. 182p.

v. 2, tomo II (Parte II). Situação atual. 265p.

Orientador: José Geraldo de Sousa Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília – UnB. Faculdade de Direito. Área de Concentração : Direito, Estado e Constituição.

1. Capacidade Civil e Tutela indígena 2. História: Política Indigenista espanhola (Século XVI); 3. História: política indigenista luso-brasileira (Séculos XVI a XXI). 4. Brasil : Direitos Indígenas na Constituição Federal de 1988 – Direito Civil Constitucional; 5. Povos Indígenas – sujeitos coletivos de direito; 6. América do Sul: Povos Indígenas – Pluralismo Jurídico. I. Sousa Júnior, José Geraldo de. II. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. III. Título.

ROSANE FREIRE LACERDA

**“DIFERENÇA NÃO É INCAPACIDADE: GÊNESE E TRAJETÓRIA HISTÓRICA
DA CONCEPÇÃO DA INCAPACIDADE INDÍGENA E SUA
INSUSTENTABILIDADE NOS MARCOS DO PROTAGONISMO DOS POVOS
INDÍGENAS E DO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito na área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

BRASÍLIA – DF, 09 de abril de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

PROFESSOR JOSÉ GERALDO DE SOUSA JÚNIOR – Orientador.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Assinatura: _____

PROFESSOR DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO –

Examinador Externo.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos.

Assinatura: _____

**PROFESSOR DR. CRISTIANO PAIXÃO ARAÚJO PINTO – Examinador
Interno (titular).**

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Assinatura: _____

**PROFESSORA DRA. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO –
Examinador Interno (suplente).**

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Assinatura: _____

*A meu pai – **José Lacerda Sobrinho** (in memorian).*

Homem humilde, digno e generoso,

Que nos ensinou a beleza da diversidade

E a importância dos Povos Indígenas.

*A **Saulo**, meu esposo, pelo estímulo e confiança;*

*A **Coralina**, nossa filha querida, pelos
longos meses nos quais deixamos de brincar;*

*A **Selma e Odilon**, meus sogros, cuja
dedicação à neta me proporcionou as condições
para a conclusão deste trabalho;*

*A **Ana Raquel**, pelo apoio no dia-a-dia.*

Agradecimentos

Ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB, que abriu as portas a esta pesquisa;

Ao nosso orientador, professor José Geraldo de Sousa Júnior, pela confiança, paciência e entusiasmo epistemológicos;

Ao programa de bolsas de Pós-Graduação do CNPq, cujo auxílio foi inestimável para o desenvolvimento da pesquisa;

Ao professor Menelick de Carvalho Netto, pelas palavras de incentivo;

Ao Teólogo Paulo Suess, por nos haver gentilmente proporcionado o acesso a importantes documentos relativos ao século XVI;

Aos membros do Conselho Indigenista Missionário – Cimi, pelo apoio moral e confiança que sempre depositaram no desenvolvimento deste trabalho;

Aos colegas advogados, assessores jurídicos do Cimi, especialmente Paulo Machado Guimarães, Cláudio Luiz Beirão e Michael Mary Nollan, pelo incentivo, sugestões e auxílio no acesso ao material bibliográfico;

Ao Setor de Documentação do Cimi, bem como ao Centro de Formação Vicente Cañas e secretaria da Assessoria Jurídica, nas pessoas de Leda Bosi, Aida Marize, Idalice Gabriel e Marluce Ângelo, pelo inestimável apoio no acesso aos arquivos e obras do acervo da instituição.

Ao corpo discente da Faculdade de Direito da UnB, nas pessoas de Flávia, Helena e Lionete;

A todos os colegas da Pós-Graduação, pelas sugestões e apoio; e, por fim,

Ao Professor Dalmo DALLARI (USP), cujo tema nos foi gentilmente sugerido.

E a todos aqueles que, mesmo das formas mais singelas, contribuíram para que conseguíssemos chegar ao final desta empreitada.

A todas e a todos, o meu MUITO OBRIGADA !

O mito de Inkarrri (recolhido em Puquio, Peru)

Inkarrri criou tudo o que existe no mundo. Foi o primeiro deus. (...) Depois de ter produzido tudo o que existe, e criado o homem, deu à humanidade boas regras de vida. (...)

Inkarrri foi feito prisioneiro pelo rei espanhol. Este o torturou o quanto pode. Depois mandou cortar-lhe a cabeça. A cabeça de Inkarrri não morreu. Está enterrada em Cuzco. Mas, como aquela cabeça está viva, o corpo de Inkarrri reconstituiu-se pouco a pouco, bem embaixo da terra a fim de que ninguém o descubra.

Com o passar do tempo, depois que Inkarrri desapareceu, suas leis foram esquecidas e não são mais aplicadas.

Mas, quando o corpo de Inkarrri estiver inteiro, ele voltará para nós e será ele quem há de pronunciar o julgamento final.

[Jeanne HERSCH (Org.) O Direito de ser Homem. Guanabara : UNESCO : Conquista, 1972]

RESUMO

Este trabalho trata da questão da capacidade civil dos indígenas no Brasil e de sua sujeição ao regime tutelar especial previsto em leis infra-constitucionais. Partindo do pressuposto da ruptura histórica da Constituição Federal de 1988 com o antigo paradigma da incorporação dos índios à comunhão nacional brasileira, busca-se compreender em que medida tal ruptura introduziu – ou não –, alterações na compreensão e na prática dos juristas e das instituições do Estado brasileiro a respeito do tema. Para tanto, é dividido em duas partes distintas. A primeira, que consiste num retrospecto histórico das origens – filosóficas, teológicas e jurídicas – e do desenvolvimento da concepção da incapacidade indígena, é dividida em três capítulos. O Capítulo 1 aborda a sua gênese no início das conquistas espanholas no século XVI, com destaque para os debates de Valladolid (1550) entre Sepúlveda e Las Casas, passando depois pelo tratamento dado ao tema pela Coroa Portuguesa e pela legislação indigenista do Império, refletida entre as posições de José Bonifácio e Varnhagen. O Capítulo 2 mostra o desenvolvimento da proteção tutelar indígena durante a República, até o advento do Estatuto do Índio (1973), passando pela posição da literatura jurídica no período em torno do assunto, e do tratamento a ele dispensado pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O Capítulo 3 enfoca a emergência do movimento indígena nas décadas de 1970 e 1980, o seu protagonismo no cenário constituinte de 1986-88, e as propostas ali debatidas em torno da questão da capacidade civil indígena. A segunda parte do trabalho, que consiste numa análise do tratamento atualmente dispensado ao tema no marco da Constituição de 1988, é dividido em dois capítulos. No primeiro são identificados os novos paradigmas constitucionais de relacionamento do Estado brasileiro com os povos indígenas, ao mesmo tempo situados na perspectiva de uma nova cultura jurídica onde as comunidades e povos indígenas assumem importante papel enquanto sujeitos coletivos de direito, e produtores de normas jurídicas próprias. No último capítulo é feito um diagnóstico do tratamento dado pela literatura jurídica à questão da capacidade civil indígena tanto na fase da vigência do Código Civil de 1916, quanto a partir do Código Civil de 2002, e como tal discussão se insere no âmbito das práticas dos poderes do Estado. Tendo em vista as resistências da maioria dos atores jurídicos na compreensão da questão da capacidade civil indígena a partir dos novos parâmetros constitucionais, a pesquisa aponta para a importância da sua análise no âmbito da sistemática adotada pelo Direito Civil Constitucional, para ali potencializar a superação da concepção da incapacidade indígena. Trata-se, enfim, de uma pesquisa documental, fruto das inquietações da autora enquanto advogada atuante há muitos anos na defesa dos direitos indígenas, e que identifica na questão da tutela indígena um dos problemas ainda enfrentados por aqueles povos na busca pelo respeito à sua autonomia e diversidade étnica e cultural.

PALAVRAS-CHAVE: Povos Indígenas – Capacidade Civil – Tutela – Paradigmas Constitucionais – Diversidade Étnico-Cultural – Multiculturalismo – Sujeitos Coletivos de Direito – Pluralismo Jurídico – Direito Civil Constitucional.

ABSTRACT

This work discusses the question of the legal capacity of the Brazilian indigenous peoples, and of their subjection to the regimen of a special tutor, foreseen in infra-constitutional laws. Considering the historical rupture of the Federal Constitution of 1988 with the former paradigm of the assimilation of the Indians into the Brazilian national community, this paper searches to understand to what measure the rupture introduced, or not, alterations in the understanding and the practice of jurists and Brazilian legal institutions regarding the subject. The study is divided in two distinct parts. The First consists of a historical study of the philosophical, theological and legal origins of the concept of indigenous incapacity, is divided in three chapters. Chapter 1 approaches its at the beginning origin of the Spanish conquests in century XVI, with prominence for the disputation of Valladolid (1550) between Sepúlveda and Las Casas, passing later for the treatment given to the subject for the Portuguese Crown and the aboriginal legislation of the Empire, reflected enters the positions of Jose Bonifácio and Varnhagen. Chapter 2 shows the development of the protection to tutor aboriginal during the Republic, until the advent of the Statute of the Indian (1973), passing for the position of legal literature in the period around the subject, and of the treatment it excused by executive them, Legislative and Judiciary. Chapter 3 focuses the emergency of the aboriginal movement in the decades of 1970 and 1980, its protagonism in the constituent scene of 1986-88, and the proposals debated there around the question of the aboriginal legal capacity. The Second Part begins with the identification of the new constitutional paradigms treating the relation of the Brazilian state with the indigenous peoples and at the same time inserts this in the perspective of a new juridical culture where the communities and indigenous peoples acquires an important role as collective subjects of rights and producers of their own juridical norms. After this, the author attempts to diagnose the treatment given by legal literature to the question of the aborigine's civil capacity, during the validity of the Civil Code of 1916 as well as the Civil Code of 2002, and how this discussion is a part of the practice of the State. Because of the resistance of the majority of legal operators to understand the civil capacity of the indigenous peoples from the viewpoint of the new constitutional parameters, the research points out the importance of its analysis in the scope of the systematic adopted by Civil constitutional law, in order to make possible the overcoming of the concept of aborigine incapacity. Finally, this paper is the result of documented research rising from the preoccupations of the author who has worked for many years in the defense of indigenous rights and who sees that the question of aboriginal guardianship is one the problems still faced by those people in the struggle for respect of the autonomy and ethnic and cultural diversity.

KEYWORDS: Brazilian Indigenous Peoples – Legal Capacity – Guardianship – Constitutional Paradigms – Ethnic and Cultural Diversity – Multiculturalism – Collective Subjects of Justice – Legal Pluralism – Constitutional Civil Law.

LISTA GERAL DE TABELAS

| | | |
|-------------------|--|-----|
| Tabela I | Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 1916, sob a Constituição Federal de 1937..... | 89 |
| Tabela II | Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 1916, sob a Constituição Federal de 1946..... | 89 |
| Tabela III | Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 1916, sob a Constituição Federal de 1967..... | 90 |
| Tabela IV | Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 1916, sob a Emenda Constitucional n.º 01 de 1969.... | 94 |
| Tabela V | Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 1916, sob a Constituição Federal de 1988..... | 259 |
| Tabela VI | Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 2002, sob a Constituição Federal de 1988..... | 265 |
| Tabela VII | Classificação das posições dos autores sobre o tema da capacidade civil indígena: do Código de 1916 (CF/1891) ao Código de 2002 (CF/1988)..... | 272 |

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- AC:** Avulso da Câmara
- ABA:** Associação Brasileira de Antropologia
- ADCT:** Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADI** Ação Direta de Inconstitucionalidade
- Anaí:** Associação Nacional de Ação Indigenista
- ANRJ:** Arquivo Nacional do Rio de Janeiro
- ANTT:** Arquivo Nacional da Torre do Tombo (Portugal)
- BC:** Boletim do Cimi
- CCB:** Código Civil Brasileiro
- CCJ:** Comissão de Constituição e Justiça
- CCPY:** Comissão pela Criação do Parque Yanomami
- CDGIB:** Coleção das Decisões do Governo do Império do Brasil
- CF:** Constituição Federal
- CGNT** Convenção para a Grafia de Nomes Tribais
- Cimi:** Conselho Indigenista Missionário
- CLB:** Coleção das Leis do Brasil
- CLIB:** Coleção das Leis do Império do Brasil
- CNBB:** Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
- CNPq:** Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
- Conage:** Confederação Nacional dos Geólogos
- CPI-SP:** Comissão Pró-Índio de São Paulo
- CPMI:** Comissão Parlamentar Mista de Inquérito
- DCN:** Diário do Congresso Nacional
- Dec.:** Decreto
- Dep.:** Deputado
- D.J.:** Diário de Justiça
- D.O.U.:** Diário Oficial da União
- DPF:** Departamento de Polícia Federal
- EC:** Emenda Constitucional
- EI:** Estatuto do Índio
- Em.:** Emenda
- Fapesp:** Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
- FBN:** Fundação Biblioteca Nacional
- Funai:** Fundação Nacional do Índio
- ISA:** Instituto Socioambiental

IRDEB: Instituto de Radiodifusão Educativa da Bahia
Minter: Ministério do Interior
Mirad: Ministério da Reforma Agrária e Desenvolvimento
 MP: Ministério Público
 MPF: Ministério Público Federal
 MJ: Ministério da Justiça
MN/RJ: Museu Nacional do Rio de Janeiro
 OAB: Ordem dos Advogados do Brasil
 OEA: Organização dos Estados Americanos
 OIT: Organização Internacional do Trabalho
 ONG: Organização Não-Governamental
 ONU: Organização das Nações Unidas
Opan: Operação Anchieta
Opan: Operação Amazônia Nativa
 PEC: Proposta de Emenda Constitucional
 Peti: Projeto Especial Terras Indígenas
P-GR: Procuradoria – Geral da República
 PL: Projeto de Lei
 PUC: Pontifícia Universidade Católica
Reqte.: Requerente
Reqdo: Requerido
SBPC: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência
 SPI: Serviço de Proteção aos Índios
 Sen.: Senador
SPILTN: Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais.
 STF: Supremo Tribunal Federal
 STJ: Superior Tribunal de Justiça
 TFR: Tribunal Federal de Recursos
TJDFT: Tribunal de Justiça do DF e Territórios
 TRF: Tribunal Regional Federal
 UNI: União das Nações Indígenas
 UnB: Universidade de Brasília
UFSC: Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

Volume 1 - Tomo I

| | |
|---|------------|
| <u>INTRODUÇÃO</u> | 1 |
| <u>PARTE I – DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO: DA NEGAÇÃO DA PESSOA INDÍGENA AO PROTAGONISMO PLURIÉTNICO E MULTICULTURAL</u> | 15 |
| <u>Capítulo 1 - A ELIMINAÇÃO DO “BÁRBARO” OU A SALVAÇÃO DO “BOM SELVAGEM” : ORIGENS HISTÓRICAS DA IDÉIA DA INCAPACIDADE INDÍGENA</u> | 16 |
| 1.1. <u>A conquista de Ameríndia espanhola</u> : a controvérsia de Valladolid e a origem da teoria da infantilidade indígena..... | 17 |
| 1.2. <u>Da conquista de Pindorama ao Reino do Brasil</u> : as origens da aplicação da tutela orfanológica aos indígenas..... | 39 |
| 1.3. <u>O Império e a proteção aos indígenas</u> : entre Bonifácio e VARNHAGEN..... | 58 |
| <u>Capítulo 2 – A TUTELA DO “INCAPAZ” : A (IN)CAPACIDADE INDÍGENA NO PERÍODO REPUBLICANO ANTERIOR À ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988</u> | 69 |
| 2.1. <u>Construção normativa</u> : da Primeira República (1891) ao Estatuto do Índio (1973)..... | 69 |
| 2.2. <u>Literatura jurídica (I)</u> : a capacidade indígena vista pelos juristas ao longo das Constituições da República..... | 84 |
| 2.3. <u>Interpretação e execução (I)</u> : a tutela indigenista e os poderes do Estado no marco do paradigma incorporativista..... | 94 |
| 2.3.1. A tutela indigenista e seu exercício: SPI e Funai..... | 95 |
| 2.3.2. A tutela indigenista e o Judiciário..... | 108 |
| 2.3.3. A tutela indigenista e o Legislativo..... | 113 |
| <u>Capítulo 3 - A SUBIDA DA RAMPA DO CONGRESSO NACIONAL: O PROTAGONISMO DOS POVOS INDÍGENAS NO PROCESSO CONSTITUINTE 85/88</u> | 120 |
| 3.1. <u>Antecedentes</u> : O movimento indígena e as propostas indigenistas nas décadas de 1970 e 1980..... | 120 |
| 3.2. <u>A Constituinte e as diferentes concepções em disputa</u> no tema da identidade e capacidade indígenas..... | 143 |
| 3.3. <u>“Vocês têm que respeitar meu povo”</u> : a participação dos Povos e Organizações Indígenas no cenário Constituinte (85/88)..... | 163 |

Volume 2 - Tomo II

| | |
|---|------------|
| PARTE II – SITUAÇÃO E PERSPECTIVAS ATUAIS: A CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO ÀS DIFERENÇAS – AVANÇOS E RESISTÊNCIAS..... | 183 |
| Capítulo 4 – A VIRADA DO PARADIGMA: A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ABOLIÇÃO DA PERSPECTIVA INCORPORATIVISTA | 184 |
| 4.1. <u>Novas bases constitucionais</u> : o <i>caput</i> do art. 231 e a ruptura com o paradigma incorporativista – relações com a Convenção 169 da OIT | 185 |
| 4.2. As comunidades e povos indígenas como <u>sujeitos coletivos de direito</u> | 208 |
| 4.3. Os Povos Indígenas e a perspectiva do <u>pluralismo jurídico</u> | 225 |
| Capítulo 5 – A CAPACIDADE CIVIL E A TUTELA INDIGENISTA NO MARCO CONSTITUCIONAL DE 1988..... | 248 |
| 5.1. <u>Literatura jurídica</u> (II): a capacidade indígena vista pelos atores jurídicos desde o advento da CF/88..... | 248 |
| 5.1.1. Leituras sob o Código Civil de 1916 (1988-2002)..... | 248 |
| 5.1.2. Leituras sob o Código Civil de 2002..... | 260 |
| 5.1.3. Análise geral da literatura encontrada desde o Código de 1916..... | 266 |
| 5.2. <u>Interpretação e execução</u> (II): a capacidade indígena e o Estado no marco do paradigma do respeito à diversidade..... | 277 |
| 5.2.1. A capacidade indígena e o Executivo..... | 277 |
| 5.2.2. A capacidade indígena e o Judiciário..... | 278 |
| 5.2.3. A capacidade indígena e o Legislativo..... | 286 |
| 5.3. <u>Por uma nova perspectiva</u> : a capacidade indígena através do Direito Civil Constitucional..... | 291 |
| CONCLUSÕES | 307 |
| REFERÊNCIAS | 312 |
| GLOSSÁRIO | 344 |
| APÊNDICES | 348 |
| Apêndice A – Legislação indigenista e capacidade indígena – cronologia | 349 |
| Apêndice B – As Constituições Brasileiras e os povos indígenas..... | 353 |
| Apêndice C – Matérias de imprensa sobre o projeto de emancipação compulsória dos índios (1974-1979) | 358 |
| Apêndice D – Propostas na Constituinte relativas à capacidade indígena..... | 367 |
| Apêndice E – Constituições Latino-Americanas e Pluralismo Jurídico | 382 |
| Apêndice F – Jurisprudência: os Tribunais e o paradigma da integração..... | 385 |
| Apêndice G – A revisão do Estatuto do Índio e a capacidade indígena..... | 391 |
| ANEXOS | 394 |
| Anexo A – Ilustrações. | |
| Anexo B – Documentos diversos. | |

INTRODUÇÃO.

Em 1978, em meio à polêmica suscitada pelo projeto de emancipação compulsória dos índios e à tensão causada pelos relatos dramáticos da situação indígena, apesar da pouca importância conferida ao tema por boa parte da intelectualidade brasileira, focamos definitivamente a nossa atenção naquela questão.

Poucos anos depois, como os demais estudantes de Direito até a década de 1980 – e cremos que em muitos casos ainda hoje – , em apenas uma passagem ouvimos falar da situação indígena: durante a preleção sobre o rol dos relativamente incapazes, na ótica do Código Civil (1916). A abordagem monista e positivista ali colocada contrastava com as possibilidades de análise que então já havíamos descoberto no âmbito da Sociologia Jurídica, disciplina então ministrada pelos Professores Joaquim de Arruda Falcão Neto e Luciano Oliveira, ambos da UFPE. Percebíamos então que tentar compreender ou explicar os problemas na esfera da justiça relativos aos indígenas, tendo como suporte unicamente o Direito ou as disciplinas jurídicas, seria exercício insuficiente e improdutivo. Necessária seria a sua compreensão de forma interdisciplinar, e guiada pelo conhecimento daquela realidade o mais próximo e profundamente que o exercício da advocacia pudesse permitir.

Serviu-nos de escola, neste sentido, a experiência de quase duas décadas nos quadros da assessoria jurídica do Conselho Indigenista Missionário – Cimi. Ali pudemos acompanhar, de perto, o florescer e o consolidar do protagonismo indígena, sobretudo no Nordeste. Mas ali, ouvimos também, do Pajé Miguel Celestino (o saudoso Tio “Migué”), Xukuru-Kariri da comunidade da Fazenda Canto (Palmeira dos Índios – AL), a expressão lancinante, ainda viva em nossa memória, em meio às discussões sobre a importância do acompanhamento indígena ao processo de Revisão Constitucional (1993): *“mas doutora, como podemos participar? Nós, índios, a senhora sabe, nós somos ‘DE MENOR’. É para isso que nós temos a Funai, que é nossa mãe e nosso pai.”*

A visão de um importante líder, de cabelos grisalhos e, como dizia, com uma vida tão repleta de lutas que “daria um livro”, chocou-nos profundamente, embora já tivéssemos ouvido tal expressão antes, também de indígenas mais idosos, no início da década de 1980.

Em 2001, sabedor da nossa pretensão de cursar a pós-Graduação, tivemos a honra de receber, do Prof. Dalmo de Abreu DALLARI, a sugestão de estudo do tema da tutela especial indígena enquanto instituto destinado à proteção daqueles indivíduos. A idéia, conquanto nos parecesse interessante do ponto de vista teórico, parecia-nos um tanto superada, pelos avanços do movimento indígena e as conquistas obtidas no plano constitucional.

Eis que, em 2003, tomou-nos de surpresa a Justiça Federal em Pernambuco, ao declarar nula a procuração que a nós e a outros colegas advogados havia sido outorgada por uma indígena Xukuru (Pesqueira – PE), a fim de que requerêssemos a sua habilitação como assistente do Ministério Público Federal nos autos da ação penal contra os acusados pelo homicídio de seu filho. À indígena roubava-se, por ser indígena, e em nome da tutela, o direito de escolha de seus próprios advogados. Percebíamos, então, que a questão da incapacidade civil e do regime tutelar indígena continuavam, como sugeria o Prof. Dalmo DALLARI, um tema válido como objeto de pesquisa, porquanto ainda gerando polêmica no meio jurídico, e insegurança entre indígenas e indigenistas.

E assim uma pergunta, que supunhamos já ter sido superada, mantém-se desafiadora:

Considerando-se os novos paradigmas constitucionais relativos à proteção da diversidade étnica e cultural dos povos indígenas, e ao dever de proteção de seus bens e direitos territoriais pela União Federal, ainda se pode entender como legitimamente válidos e juridicamente vigentes, o histórico status jurídico dos indígenas como “relativamente incapazes” para o exercício dos atos da vida civil, e a sua proteção fundada no regime tutelar previsto no Estatuto do Índio?

O presente trabalho tem então por objetivo geral, demonstrar que a Constituição Federal de 1988, ao eliminar o histórico paradigma da incorporação dos índios à comunhão

nacional, substituindo-o pelo paradigma do respeito e proteção à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas, removeu a principal base que sustentava a concepção dos índios como incapazes, e o regime tutelar como a forma de tratamento a ser dispensado pelo Estado.

Ademais, objetiva também, de modo mais específico, identificar: as origens históricas da redução da capacidade dos indígenas no Brasil; os efeitos e o alcance de tal restrição no relacionamento dos indígenas com o Estado Brasileiro e com a sociedade nacional envolvente; os tipos de abusos e distorções mais cometidos pelos agentes do poder público no exercício deste regime tutelar; as concepções atualmente vigentes entre os poderes Executivo e judiciário quanto à questão e as formulações em discussão no Legislativo. Objetiva, enfim, avaliar a importância do reconhecimento da capacidade civil dos indígenas para o pleno exercício de seus direitos fundamentais, e de sua cidadania na construção de uma democracia pluriétnica e multicultural.¹

No Brasil a pesquisa jurídica acerca da temática indígena sempre foi escassa, e mais raros ainda os estudos voltados especifica e exclusivamente para a temática aqui colocada – a questão da capacidade civil dos indígenas, seu significado, implicações e alcance, bem como a questão da natureza e fundamentos da tutela exercida pelo Estado. São questões que, reconhecidamente, pouca atenção despertaram e ainda despertam nos juristas. Salvo raras exceções, as obras específicas neste sentido têm sido produzidas ou do ponto de vista exclusivamente histórico, ou do ponto de vista unicamente antropológico.

A partir da década de 1970, com o olhar crítico sobre o tema inaugurado à época pelo próprio movimento indígena, antropólogos e organizações indigenistas leigas e missionárias, no contexto das lutas pela cidadania e direitos humanos e contra o regime militar então imperante, o tema passou a ser objeto de controvérsias entre os operadores do Direito. Contudo, as divergências não implicaram em um debate aprofundado em torno do tema. A

¹ O país, apesar de todas as tentativas homogeneizantes que sofreu e ainda sofre, conta com uma rica diversidade étnica e cultural. Só no tocante à diversidade indígena, segundo dados do Cimi (<<http://www.cimi.org.br>>), existem hoje cerca de 241 povos, falantes de 180 línguas maternas diferenciadas.

posição dos juristas permanece na superficialidade, e as opiniões dividem tanto os civilistas quanto os próprios “indigenistas”², causando grande insegurança entre as próprias comunidades indígenas. Enquanto isso, as publicações sob o enfoque jurídico continuam esparsas, abordam o tema de maneira mais ou menos tangencial, e situam-no sempre como questão tópica em meio ao conjunto dos temas mais gerais relativos a direitos indígenas.³

Há, portanto, uma carência de pesquisas e de literatura sobre a questão da capacidade civil e tutela indigenista, que trate de modo aprofundado a respeito de sua origem e desenvolvimento histórico, que avalie criticamente a sua validade ou não no contexto constitucional atual, e daí possa extrair conseqüências e limites que permitam nortear uma nova abordagem da *práxis* jurídica em torno da questão.

Longe de pretender esgotar o tema, o presente trabalho visa oferecer algumas contribuições para o enfrentamento do problema. Por se tratar, possivelmente, da primeira experiência de sistematização voltada com exclusividade para a questão específica da capacidade civil e da tutela indigenista, espera-se que possa auxiliar numa compreensão mais precisa e aprofundada sobre a temática, bem como subsidiar a análise de questões concretas ligadas ao tema, e auxiliar em futuras pesquisas que venham a ser desenvolvidas.

Relativamente aos termos da pesquisa, necessário se faz esclarecer, antes de mais nada, que ao se falar aqui em *tutela*, não se tem em mente o seu sentido genérico, como proteção de direitos e interesses. A tutela aqui referida é vista estritamente enquanto instituto especial de proteção aos indivíduos, no caso os indígenas, em face de uma suposta *incapacidade* decorrente de sua não inserção nos padrões culturais da sociedade envolvente. Trata-se, enfim, de instituto do Direito de Família, definido por DINIZ como “um conjunto de direitos e obrigações conferidos pela lei a um terceiro, para que proteja a pessoa de um menor

² Tal denominação é aqui utilizada para indicar os operadores do Direito que têm atuado mais diretamente na questão indígena, e que portanto possuem um conhecimento específico acumulado em relação ao tema.

³ A propósito não conseguimos encontrar, entre as produções de pós-graduação *stricto sensu* das universidades do país, registros de trabalhos na área do Direito, voltados especificamente para o tema.

não emancipado e fora do poder familiar, administrando seus bens, representando-o e assistindo-o nos atos da vida civil”.⁴

Aliado à concepção da incapacidade indígena, o texto trabalha, também, com a idéia de *etnocentrismo*, que envolve a “identificação pelo indivíduo com a cultura de seu grupo, e a suposição de sua parte de que os padrões culturais de seu grupo são o melhor e o mais correto modo de agir”⁵. Necessário também esclarecer que o termo “indigenismo”, aqui colocado, refere-se àquele definido por Carlos MOREIRA NETO como sendo o “conjunto geral de valores, normas e modos de ação prática adotados pelo governo em relação aos grupos indígenas”, voltado para “uma intervenção deliberada em todos os níveis” de sua vida, a fim “de disciplinar as relações e o comportamento desses grupos, segundo os interesses e valores da sociedade nacional dominante”⁶.

Não seria possível analisar satisfatoriamente o significado e alcance atuais da capacidade civil dos indígenas no país, sem voltarmos o olhar, inicialmente, sobre os primórdios das conquistas hispânicas no Continente⁷, e sobre os processos de colonização portuguesa e de construção histórica do Estado Brasileiro, até os dias atuais. Assim, tendo em vista a identificação da gênese da concepção da incapacidade indígena e as transformações sofridas ao longo do tempo, optamos aqui pela utilização do método histórico, consistente em “investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar sua influência na sociedade hoje”.⁸

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9.^a edição, revisada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 20.406, de 10-01-2002). São Paulo : Saraiva, 2003; pp.1186-1187.

⁵ HOEBEL, E. Adamson *Etnocentrismo* (verbete). In: **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1986; p.437.

⁶ MOREIRA NETO, Carlos de Araújo **Os Índios e a Ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005, p.19.

⁷ Importante observar a similitude com a análise desenvolvida por SILVA FILHO (Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” Latino-Americana. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 3.^a ed., Revista e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 2006; pp.221-264), que vai buscar no mesmo período histórico as origens “eurocênicas” dos atuais sistemas penais vigentes nos países latino-americanos, onde a maioria da população, miserável e oprimida, é vista sob o prisma da inferioridade.

⁸ LAKATOS, E. M. & MARCONI, M. de A. **Metodologia Científica**. 4.^a ed., São Paulo : Editora Atlas S.A., 2004; p.91.

Não se trata, porém, do mero registro da seqüência de acontecimentos legislativos, institucionais ou contextuais que marcaram a formação do discurso da incapacidade civil dos indígenas. Como observa Cristiano Araújo PINTO, “a simples descrição de textos jurídicos e instituições judiciárias não é suficiente para que se possa aferir o real significado das manifestações do direito que surgem ao longo do tempo”, sendo indispensável, pois, considerar os próprios “elementos fundamentais” da sociedade em cada época e suas transformações.⁹

Também não se trata de um acolhimento neutro dos elementos pesquisados. Conforme Antônio Carlos de S. LIMA – ao analisar a trajetória histórica da política indigenista sob o antigo Serviço de Proteção ao Índio – SPI –, é preciso considerar que

a posição de analista não é neutra, menos ainda quando se trata com material que se chamaria de histórico: quanto mais ‘inocentes’ e supostamente anódinos os dados usados pelo pesquisador, maior a margem de impensado reproduzida. Destarte, a investigação científica pode ser assumida como uma das formas de luta contra a reprodução de regimes, ordens e sistemas sociais buscando uma eficácia distanciada do poder de comoção própria ao discurso político, mas capaz de gerar interpretações e suportar projetos conseqüentes para mudança.¹⁰ (Grifamos)

Patrícia SAMPAIO, ao defender a importância das leituras históricas sobre a política indigenista feitas por diversos antropólogos, afirma:

Não é por diletantismo acadêmico (...) a análise da política indigenista implementada no Brasil, desde a colônia, até os dias atuais se vincula a uma ordem de preocupações muito mais ampliada, relacionada à discussão das políticas em vias de implementação pelo Estado Brasileiro com relação às populações indígenas e também à instrumentalização das organizações que lidam diretamente com essa problemática. Assim é que boa parte dessa produção emerge como um produto dos trabalhos realizados no decorrer da elaboração da Constituição Brasileira de 1988.¹¹ (Grifamos)

Assim, o aporte histórico aqui trabalhado visa também e sobretudo a possibilidade de utilização do próprio olhar histórico como “desconstrutor de condições sociais e simbólicas de

⁹ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Direito e Sociedade no Oriente antigo: Mesopotâmia e Egito**. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 3.^a ed., Revista e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 2006; p.12.

¹⁰ LIMA, A. C. de Souza. **O Governo dos Índios sob a gestão do SPI**. In: CARNEIRO DA CUNHA (Org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo : Cia. das Letras : Secretaria Mun. de Cultura : Fapesp, 1992. p.156.

¹¹ SAMPAIO, Patrícia M. Melo. **Espelhos Partidos. Etnia, Legislação e Desigualdade na Colônia. Sertões do Grão-Pará, c.1755-c.1823**. Tese (Doutorado). Niterói : Universidade Federal Fluminense, 2001, p.236.

produção naturalizadas no presente”¹² (grifamos). Ou, como diz J. R de Lima LOPES, “tudo o que fazemos traz o signo da história (...) ela desempenhará o papel da desmistificação do eterno e ajudará a compreender que vivemos no tempo da ação.”¹³ (Grifamos)

Considerando o objetivo igualmente presente, de análise das transformações mais recentes da questão, onde se observa na construção de um novo modelo de proteção, tanto os avanços obtidos no âmbito do texto constitucional quanto as resistências de determinados atores a tais avanços, sem deixar, contudo, de se observar, em suas posturas, a absorção, em algum grau, de compreensão quanto às mudanças ocorridas, utilizou-se também, no âmbito metodológico, a abordagem dialética, onde se considera a ação de interferência recíproca entre os fenômenos, tomados no contexto das mudanças históricas na sociedade.

Além disso, a pesquisa foi desenvolvida, também, numa visão interdisciplinar, não apenas no âmbito interno do Direito, envolvendo a inter-relação entre Direito Civil e Constitucional, mas também no âmbito da Antropologia, da Sociologia Jurídica e da História. Para tanto, utilizamos tanto fontes bibliográficas quanto documentais. No primeiro caso, foram pesquisados livros, artigos, teses e dissertações no âmbito daquelas disciplinas. No segundo, utilizamos tanto documentos inéditos, de primeira mão – especialmente aqueles relativos ao período da Constituinte 87/88 – , quanto documentos de “segunda mão”, já submetidos a publicações e análises. No que tange ao acesso a tais fontes, é de se ressaltar o apoio fundamental para a pesquisa, do rico acervo arquivístico e bibliográfico do Conselho Indigenista Missionário – Cimi, que nos foi gentilmente colocado à disposição na biblioteca do Centro de Formação Vicente Cañas, em Luziânia – GO.

Também procedemos a um intenso trabalho de acesso aos diplomas normativos históricos editados desde o Século XVI, sobretudo através de pesquisas em sites especializados na Internet, o que demandou um grande esforço em termos de leitura e

¹² LIMA, Antônio Carlos de Souza. *Op. Cit.*, p. 171.

¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História. Lições Introdutórias**. 2.^a edição. São Paulo: Max Limonad, 2002; p.27.

tradução, geralmente a partir de um Castellano ou de um Português arcaicos. Este levantamento resultou, inclusive, na reunião de um acervo, o mais completo possível, da legislação indigenista tanto da Coroa espanhola no séc. XVI, quanto da Coroa portuguesa na fase colonial, e do Brasil tanto no Império, quanto nas primeiras décadas da República, o que pode futuramente ser objeto de publicação.

Faz-se necessário, entretanto, considerar a relativa dificuldade de se tentar proceder ao resgate da trajetória histórica de um tema como o da capacidade civil e tutela indígena, no âmbito da evolução da própria história política, jurídica e institucional do país.

Primeiro devido à escassez da própria literatura jurídica voltada especificamente para a questão indígena. Se tradicionalmente os trabalhos de pesquisa científica e de produção acadêmica ocupam uma parcela menor das atividades desenvolvidas pelos profissionais do Direito, menor ainda tem sido a sua atenção para a pesquisa e desenvolvimento de temas jurídicos relacionados à situação dos povos indígenas. Assim, via de regra a questão indígena tem seguido como tema de antropólogos, e não de juristas. Grande parte das vezes, as pesquisas e a produção de literatura científica acerca dos direitos indígenas tem sido objeto de atenção de profissionais na Antropologia que, nesta condição, tem procurado registrar e interpretar fenômenos jurídicos vinculados à questão indígena.

Segundo, devido à também escassa documentação e historiografia luso-brasileira produzida *no* e *sobre* o período colonial e os posteriores da História do país, particularmente no tocante ao relacionamento com os povos indígenas. Beatriz PERRONE-MOISÉS, por exemplo, fala na “dificuldade de acesso aos documentos jamais compilados”¹⁴, enquanto Sérgio PIRES explica ter se fixado “no estudo da conquista espanhola” em razão de seus

¹⁴ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Índios Livres e Índios Escravos. Os princípios da legislação indigenista do período colonial (Séculos XVI a XVIII)**. In: CARNEIRO DA CUNHA, (Org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo : Companhia das Letras : Secretaria Municipal de Cultura : Fapesp, 1992, p.115.

aspectos serem “idênticos, porém mais ricos em documentação, aos da conquista portuguesa”¹⁵.

Aqui é importante registrar a enorme disparidade existente entre o Brasil e os países Hispano-Americanos no tocante às pesquisas jurídico-historiográficas relativas à temática indígena. É muito pequeno no Brasil o interesse das pesquisas jurídicas pelas abordagens históricas que visem compreender o desenvolvimento da relação dos povos indígenas com o aparato do poder colonial português. Enquanto isso, países como México, Peru, Guatemala, Bolívia e Equador lograram construir uma tradição tanto neste campo quanto no tocante à análise das instituições jurídicas dos Povos indígenas desde os primórdios da Conquista. Como observa A. C. WOLKMER, é facilmente verificável o interesse nos países latino-americanos de formação hispânica por investigações histórico-jurídicas

“sobre a legalidade da conquista, da antiga normatividade indígena, da presença do Direito espanhol no processo de colonização e da emergência do Direito indiano enquanto base das novas instituições, distintamente.”¹⁶

No Brasil diversamente, este campo de investigação e de produção acadêmica tem despertado pouca atenção entre os juristas, não havendo

“o cultivo nem o estímulo do mundo jurídico-acadêmico para a prática de pesquisa das fontes ibero-americanas, bem como de análises sobre a formação de idéias e instituições legais sob a luz das inter-relações entre as culturas indígenas e os padrões normativos impostos pela colonização lusitana”.¹⁷

J. Reinaldo LOPES, aliás, observa quanto à historiografia jurídica que “no Brasil resta tudo por fazer” e que “sendo um povo novo e de cultura jurídica recente, há um hábito de não nos darmos conta de nossa história”, que subjaz no inconsciente como tradição enquanto que no nível do consciente importa-se “o último grito da moda no hemisfério Norte”.¹⁸

¹⁵ PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. “**O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas**”. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p.56.

¹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) **Direito e Justiça na América Indígena...** *Op. Cit.*, p.8.

¹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 8

¹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima, *Op. Cit.*, p.27.

Dentre os poucos pesquisadores da área jurídica com trabalhos dedicados à história dos direitos indígenas no Brasil, destacam-se os esforços compreendidos por A. C. WOLKMER¹⁹ e por autores como Thaís COLAÇO²⁰, Otávio VIEIRA²¹ e Marés de SOUZA FILHO²². Também neste campo observa-se predominar entre os estudiosos brasileiros contemporâneos, o trabalho de antropólogos como Rita H. de ALMEIDA²³, Expedito ARNAUD²⁴, Manuela CARNEIRO DA CUNHA²⁵, Nádia FARAGE²⁶, FARAGE & CARNEIRO DA CUNHA²⁷, Antônio Carlos de S. LIMA²⁸, Carlos MOREIRA NETO²⁹ e

¹⁹ WOLKMER (Org.). **Fundamentos de História....** *Op. Cit.*, e **Direito e Justiça na América... Op. Cit.**

²⁰ COLAÇO, Thaís Luzia. **O Direito nas Missões Jesuíticas da América do Sul.** In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito. Op. Cit.*, pp.265-294; **Incapacidade Indígena, Tutela Religiosa e Violação do Direito Guarani nas Missões Jesuíticas.** Curitiba : Editora Juruá, 2000; **O Direito Guarani Pré-Colonial e as Missões Jesuíticas: A Questão da Incapacidade Indígena e da Tutela Religiosa.** *Tese de Doutorado em Direito.* Florianópolis: CPGD/UFSC, 1998; e **O Direito Indígena Pré-Colonial.** In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Direito e Justiça na América Indígena... Op. Cit.*, pp.13-54.

²¹ VIEIRA, Otávio Dutra. **Colonização portuguesa, catequese jesuítica e Direito Indígena.** In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Direito e Justiça na América Indígena... Op. Cit.*, pp.143-181.

²² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** 1.^a ed., 2.^a tiragem. Curitiba : Juruá Editora, 1999; e **Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas.** Curitiba : Juruá : Núcleo de Direitos Indígenas, 1992.

²³ ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O Diretório dos Índios. Um projeto de ‘civilização’ no Brasil do Século XVIII.** Brasília : Editora da UnB, 1997.

²⁴ ARNAUD, Expedito. **A legislação sobre os índios do Grão-Pará e Maranhão nos sécs. XVII e XVIII.** In: Boletim de Pesquisa do Cedeam, Manaus, 4(6):34-72., jan-jun/1985. **Os índios da Amazônia e a Legislação Pombalina.** DO Leitura, IMESP, 4 (44), jan.86, e **A Ação indigenista no sul do Pará (1940-1970).** In: Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. s., Antropologia, 49(6), out/1971.

²⁵ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Política Indigenista no Século XIX.** In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.) *História dos Índios no Brasil.* São Paulo : Companhia das Letras : Secretaria Municipal de Cultura : Fapesp, 1992. p. 133-153; **Legislação Indigenista no Século XIX: Uma Compilação: 1808:1889.** Colaboração de Mara Manzoni Luz e Beatriz PERRONE-MOISÉS. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo : Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992; **Os Direitos do Índio – ensaios e documentos.** São Paulo : Brasiliense, 1987; e **Sobre a escravidão voluntária. Outro discurso.** In: *Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade.* São Paulo : Brasiliense : Edusp, 1986; pp.145-158.

²⁶ FARAGE, Nádia. **As muralhas dos Sertões: os povos indígenas no rio Branco e a colonização.** São Paulo, Ampocs : Paz e Terra, 1991.

²⁷ FARAGE & CARNEIRO DA CUNHA. **Caráter da Tutela dos Índios: origens e metamorfoses.** In: C. DA CUNHA (Org.). *Os Direitos do Índio: ensaios e documentos.* São Paulo : Brasiliense, 1987; pp.103-117.

²⁸ LIMA, Antônio Carlos de Souza. **O Governo dos Índios sob a gestão do SPI.** In: CARNEIRO DA CUNHA, (Org.) *História dos Índios no Brasil.* São Paulo : Companhia das Letras : Secretaria Municipal de Cultura : Fapesp, 1992. pp. 155-172; **O Santo Soldado: pacificador, bandeirante, amansador de índios, civilizador dos sertões, apóstolo da humanidade. Uma leitura de Rondon Conta sua vida, de Ester de Viveiros.** Rio de Janeiro : Comunicação, MN/PPGAS, e **Sobre indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: considerações sobre a constituição do discurso e da prática da proteção fraternal na Primeira República.** In: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.) *Sociedades Indígenas e indigenismo no Brasil.* Rio de Janeiro : Ed. UFRJ; São Paulo : Marco Zero, pp. 149-204.

²⁹ MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. *op. Cit.*

Beatriz PERRONE-MOISÉS³⁰ e de historiadores, como Oscar BEOZZO³¹, Alfredo BOSI³² e Eduardo HOONAERT³³.

Os referenciais teóricos aqui trabalhados, dentro do caráter interdisciplinar adotado, inscrevem-se no âmbito da Sociologia Jurídica e do Direito Civil Constitucional.

No campo da **Sociologia Jurídica** o trabalho é desenvolvido sob a perspectiva de três marcos teóricos que se interrelacionam: o *multiculturalismo emancipatório* – preconizado por SANTOS e ARRISCADO NUNES –, a *subjetividade coletiva de direitos* – trazido por SADER e SOUSA JÚNIOR –, e o *pluralismo jurídico* de feição *comunitário-participativa* – desenvolvido por WOLKMER.

A idéia de *multiculturalismo emancipatório* nos remete à emergência das identidades coletivas na perspectiva da construção de novos tipos de cidadania, com base não apenas “no reconhecimento da diferença e do direito à diferença”, mas também na “coexistência ou construção de uma vida em comum além das diferenças de vários tipos”, em que se alimentam “os debates e iniciativas sobre novas definições de direitos, de identidades, de justiça e de cidadania”³⁴.

Os *sujeitos coletivos de direito*, por sua vez, configuram uma categoria emergente na qual os movimentos sociais, enquanto sujeitos de identidade coletiva, são considerados como portadores de “capacidade constitutiva de direitos”, que se processa a partir da “consciência de um projeto coletivo de mudança social a partir das próprias experiências”³⁵.

³⁰ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Op.Cit.*

³¹ BEOZZO, Oscar. **Leis e Regimentos das Missões. Política Indigenista no Brasil**. São Paulo:Loyola, 1983.

³² BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

³³ HOONAERT, Eduardo, *et alli*. **História da Igreja no Brasil: ensaio de interpretação a partir do povo – primeira época**. 3.^a ed., Petrópolis : Vozes; 1983 (Coleção História Geral da Igreja na América Latina. Vol. II)

³⁴ SANTOS, Boaventura de Souza & NUNES, João Arriscado. **Para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003, p.33.

³⁵ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Sociologia Jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. pp.53-66.

Quanto ao *pluralismo jurídico comunitário-participativo* – assim denominado por WOLKMER para distinguí-lo daquele de natureza conservadora, “imposto pelo Capitalismo monopolista avançado, engendrado pelos países ricos do ‘centro’ e exportado para a periferia” – é também eleito como marco teórico uma vez que, nas palavras daquele autor, representa “um modelo aberto e democrático”, que privilegia “a participação direta dos sujeitos sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade” e possibilita “que o processo histórico se encaminhe pela vontade e controle das bases comunitárias”.³⁶

No campo do **Direito Civil Constitucional**, considera-se a importância da quebra da visão liberal do individualismo patrimonialista, do fenômeno da repersonalização do Direito Civil, da superação da dicotomia Público-Privado na análise dos fenômenos jurídicos, e da necessidade de compreensão da imprescindibilidade e urgência de “uma leitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição”.³⁷

A hipótese colocada é a de que o artifício da limitação da capacidade jurídica dos indivíduos indígenas para o exercício de atos da vida civil e, conseqüentemente, o instituto da tutela aplicada aos mesmos, funda-se numa visão de proteção de matriz etnocêntrica, que concebe as diferenças étnico-culturais, sobretudo as indígenas, como arestas a serem aplainadas no sentido da formação de uma sociedade e cultura homogêneas. Neste sentido, o Constituinte de 1988, ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e o uso de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental, veio a superar tal visão etnocêntrica, passando então a reconhecer aquelas diferenças sócio-culturais como legítimas expressões de um Estado pluriétnico e multicultural. Assim a idéia de proteção do Estado em razão de uma suposta “incapacidade indígena” deixaria de existir,

³⁶ WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena...** *Op. Cit.*, pp.68-69.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil.** In: *Temas de Direito Civil.* 2.^a ed., Rio de Janeiro : Renovar, 2001; p.1.

dando lugar à proteção e respeito à diversidade étnico-cultural indígena, como elemento a ser considerado no âmbito das relações da esfera civil entre indígenas e não-indígenas.

Considerando então o texto constitucional de 1988 como um marco de ruptura com os paradigmas até então norteadores do modo de relacionamento com os povos indígenas, o trabalho divide-se em duas partes principais, que têm como referenciais históricos (a) o início das conquistas espanholas no Continente Americano no Século XVI, e, (b) o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Assim, enquanto a primeira parte consiste basicamente no enfoque histórico do problema, levantando-se as suas origens e com base em quês concepções foi se desenvolvendo ao longo do processo de colonização e formação do estado Brasileiro enquanto Estado moderno, a segunda parte analisa a questão a partir dos paradigmas postos por aquele texto constitucional e sua compreensão e prática atuais, ou seja, dos reflexos dos novos paradigmas tanto na doutrina jurídica civilista quanto nas práticas desenvolvidas pelo Estado através do executivo, judiciário e legislativo.

O trabalho divide-se basicamente em duas partes. Na **Parte I** (composta de três Capítulos) procuramos resgatar – do início do processo de conquistas e colonização no Século XVI até o momento pré-constituente e Constituinte (1985/1988) no Brasil – , uma visão a respeito dos povos indígenas, desde a sua desconsideração enquanto pessoas humanas e membros de coletividades com identidades étnicas e culturais próprias, até a emergência de seu protagonismo político na construção de um Estado pluriétnico e multicultural. Procura-se nesta parte oferecer uma visão panorâmica dos momentos mais significativos da intervenção luso-espanhola sobre o continente, no que tange à construção teológica, filosófica e jurídica da idéia da incapacidade indígena. Evidentemente, por se tratar de período temporal bastante extenso e rico em complexidade, não tratamos do tema de forma exaustiva nem minudente, até porque seria necessário, para tanto, um instrumental historiográfico mais específico, não disponível nas estreitas fronteiras da presente dissertação. Trata-se apenas de trazer à tona os

elementos que durante a pesquisa foram percebidos como relevantes para a compreensão do objeto central da análise, ou seja, como se formou, e como chegou até o momento presente a idéia da incapacidade indígena e de sua proteção mediante o instituto da tutela.

Na **Parte II** (formada por dois Capítulos) procuramos situar os novos parâmetros introduzidos pela Carta de 1988 em relação aos povos indígenas, na perspectiva de sua proteção enquanto identidades étnico-culturais específicas. Ao mesmo tempo, analisamos em que medida tais parâmetros têm sido objeto de compreensão pelos atores jurídicos em geral e o quanto de resistência contra as novas orientações constitucionais ainda pode se verificar. Abordamos também duas dimensões importantes da diversidade étnico-cultural dos povos indígenas: a sua inserção na categoria dos sujeitos coletivos de direito, e a sua contribuição para com os avanços da teoria do pluralismo jurídico. Por fim, relacionamos as principais características deste novo sistema de compreensão do Direito Civil, e, em seu âmbito de possibilidades, a compreensão também da questão da capacidade civil dos indígenas.

Ao final é apresentado ainda um GLOSSÁRIO com as principais expressões de cunho antropológico utilizadas ao longo do texto, bem como APÊNDICES, preparados pela autora, entre quadros comparativos e tabelas com informações mais detalhadas acerca de elementos abordados ao longo do texto.

Foram também selecionados e reunidos ao corpo final do trabalho dois tipos de ANEXOS, consistentes em ilustrações e documentos diversos, com o intuito de que possam ser úteis a outros pesquisadores que se debruçam sobre o tema.

Há que registrar, por fim, que foi seguida a “Convenção para a Grafia de Nomes Tribais” – CGNT, adotada em 1953 durante a 1.^a Reunião Brasileira de Antropologia, no Rio de Janeiro ³⁸, segundo a qual, entre outras regras, os etnônimos indígenas devem ser grafados em letra inicial maiúscula e sem flexão de gênero ou de número.

³⁸ cf. **Revista de Antropologia** - vol. 2, n.º 2, São Paulo; pp.150-152.

PARTE I

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO: DA NEGAÇÃO DA PESSOA AO PROTAGONISMO PLURIÉTNICO E MULTICULTURAL.

Não tinham nem grandes conhecimentos, nem linguagem sagrada, nem Saber divino, esses representantes dos Deuses que aqui chegaram.

Suprimir o sol! – eis o que fizeram os estrangeiros! (...)

Escravas são as palavras, escravas as árvores, escravas as pedras, escravos os homens, quando eles chegam!

(Chilam Balam de Chumayel – Livro Sagrado dos Maya)

Capítulo 1 – A ELIMINAÇÃO DO “BÁRBARO” OU SALVAÇÃO DO “BOM SELVAGEM”: ORIGENS HISTÓRICAS DA INCAPACIDADE INDÍGENA.

Sérgio Buarque de HOLANDA ao analisar os “motivos edênicos” da chegada dos portugueses ao Brasil e início de sua colonização, observou que “para os teólogos da Idade Média não representava o Paraíso Terreal apenas um mundo (...) perdido no começo dos tempos, nem simplesmente alguma fantasia vagamente piedosa, e sim uma realidade ainda presente em sítio recôndito”.³⁹

Para o imaginário europeu do Século XVI, tal sítio recôndito que guardaria o Paraíso em terra, a julgar pelos primeiros relatos de Cristóvão Colombo (1451-1506) ou de Pero Vaz de Caminha (1450-1500), seria o *Orbe Novo*, lugar de bons ares, sem doentes nem aleijados, e onde se gozaria de longevidade⁴⁰. Habitantes originais deste Éden perdido, os índios eram descritos como dóceis e inocentes. Para Colombo, uma *tabula rasa*, pronta a receber as inscrições da doutrina da fé e dos bons costumes. Para Caminha, um *papel em branco*, aguardando ser impresso com as coisas da fé cristã.

Contudo, circulavam também na Europa relatos de tribos de gigantes, de homens com calda e outros sem cabeça. As “raças plinianas” tomavam conta do imaginário europeu em relação aos ameríndios, trazendo importantes desafios teológicos: afinal, “como batizar um homem sem cabeça?”. Ademais, a América seria habitada também por “monstros morais, embora fisicamente ‘normais’”, como as amazonas e canibais.⁴¹ Neste cenário, a “empresa civilizadora” de conquistadores e missionários estaria justificada⁴².

Assim, em 1494 Colombo envia aos Reis Católicos, como escravos, um grupo de índios para aprenderem a trabalhar e a falar o espanhol, livrando-se “de uma vez por todas,

³⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do Paraíso. Os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil**. 6.^a edição. São Paulo : Brasiliense, 1994; p.XI.

⁴⁰ cf. *idem, ibidem*.

⁴¹ *Vide Anexo A – Figura 1.*

⁴² cf. WOORTMAN, Klaas. **O Selvagem e o Novo Mundo: ameríndios, humanismo e escatologia**. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 2004. pp.84-5.

desse costume desumano que têm de comer gente” e os demais índios, “vendo o bom tratamento dispensado aos bons e o castigo aplicado aos maus,” terminariam “obedecendo prontamente, comportando-se como vassalos reais”⁴³, ou seja, subordinando-se à Coroa.

O canibalismo é visto então como a primeira justificativa para a submissão dos índios à escravidão – uma punição aos “monstros morais” pelo seu comportamento inaceitável. O objetivo, conforme Colombo, é que todos aceitem ser incorporados à vassalagem.⁴⁴

1.1. A conquista da Ameríndia espanhola: a controvérsia de Valladolid e a origem da teoria da infantilidade indígena.⁴⁵

Em 04 de maio de 1493, sete meses após a chegada de Cristóvão Colombo ao Novo Mundo, o Papa Alexandre VI (1492-1503) editava a **Bula *Inter Caetera***, concedendo aos Reis de Espanha as terras recém “descobertas”, “com todos os seus domínios, cidades, fortalezas, lugares, vilas, direitos, jurisdições e todas as pertenças”, fazendo-os “senhores das mesmas, com pleno, livre e total poder, autoridade e jurisdição.”

Em contrapartida lembrava-os do compromisso de enviar àquelas terras “varões honestos e tementes a Deus, doutos, peritos e experimentados, para instruírem os sobreditos moradores e habitantes na fé católica e ensiná-los nos bons costumes”⁴⁶. A Bula demonstrava a importância que viria a assumir tanto para Roma quanto para as metrópoles ibéricas a

⁴³ COLOMBO, Cristóvão. **Diários da Descoberta. As quatro viagens e o testamento**. Série Visão do Paraíso. Vol. 1. São Paulo : L&PM editores, 4.ª edição, 1986; p.122.

⁴⁴ Na definição de De Plácido e SILVA, a vassalagem constitui o vínculo “entre o vassalo e o senhor, em virtude do que o vassalo é obrigado a servi-lo, prestando-lhe fidelidade e obediência, enquanto o senhor presta assistência, garantindo-o em sua propriedade e em sua vida, e o defendendo, quando mister”(SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.)

⁴⁵ Sobre a temática neste período, cf. Héctor H. BRUIT (**Bartolomé de Las Casas e a Simulação dos Vencidos– Ensaio sobre a conquista hispânica da América**. São Paulo : Unicamp: Iluminuras Ltda.,1995), Thaís COLAÇO (**Incapacidade Indígena ... Op. Cit.**, pp.73-102), Henrique DUSSEL (**El Encubrimiento del Otro. Hacia el origen del mito de la modernidad**. Quito : Ediciones Abya –Yala, 1994); Norbert ROULAND (**Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. In: ROULAND; PIERRE-CAPS, & POUMARÈDE, Jacques. Brasília : Editora da UnB, 2004, pp.109-121), J. C. Moreira da SILVA FILHO (**Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje... Op. Cit.**, pp.221-264), Paulo SUESS [**Liberdade e servidão: missionários, juristas e teólogos espanhóis do Século XVI frente à causa indígena**. In: SUESS (Org.). *Queimada e Semeadura*. Da conquista espiritual ao descobrimento de uma nova evangelização. Petrópolis: Vozes, 1988, p.21-44] e A. C. WOLKMER (**Direito e Justiça na América Indígena... Op. Cit.**, pp.75-93).

⁴⁶ **Bula *Inter Caetera***, cf. SUESS, Paulo. **A Conquista Espiritual da América Espanhola. 200 documentos – Século XVI**. Petrópolis : Vozes, 1992; p.248-252.

questão da capacidade política e religiosa dos indígenas, em torno da qual se desenvolveria a mais acirrada polêmica.

Desde os seus primeiros anos no Novo Mundo várias perguntas atormentaram os espanhóis em relação aos indígenas. Buscavam respostas para a sua origem, natureza, capacidade de relacionarem-se com a civilização europeia, e de aceitarem a fé cristã. Buscavam assim respondidas tais questões, poder definir o modo certo de com eles lidar.

Nessa busca, sua compreensão oscilou entre duas visões extremadas. De um lado, a representação dos indígenas como seres de um paraíso terrestre, de um Éden perdido, onde seriam nobres selvagens, na infância do mundo. Do outro, a sua contraposta, a representação dos indígenas como seres inferiores, infiéis e traiçoeiros.

Enquanto a presença espanhola no Novo Mundo se consolidava foram se dividindo as opiniões sobre qual perspectiva deveria prevalecer no relacionamento da Coroa com os índios. O historiador Lewis HANKE⁴⁷ observa que nas primeiras cinco décadas de conquistas no Novo Mundo, ocorreu entre os espanhóis “una polarización entre quienes miraban al indígena como un ‘perro sucio’ y quienes veían en él al ‘buen salvaje’.” Estabeleceu-se assim uma enorme tensão – filosófica, teológica e política –, que levou a acalorados debates envolvendo conquistadores, missionários, intelectuais e a própria corte.

As questões giraram primeiramente em torno da natureza humana dos indígenas, para logo depois discutir-se um outro ponto daí decorrente: a sua capacidade. Como observa MANTILLA, “la forma como serían vistos y tratados los indios cubrió un espacio importante y prioritario en el universo de preocupaciones surgidas con motivo de este descubrimiento”.⁴⁸

⁴⁷ HANKE, Lewis. **Humanidad es una: Estudio acerca de la querrela que sobre la capacidad intelectual y religiosa de los indígenas americanos sostuvieron Bartolomé de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda**. 2.^a ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 32.

⁴⁸ MANTILLA Gorki Gonzáles. **La Consideración Jurídica del Indio como Persona : el Derecho Romano, fator de resistencia en el siglo XVI**. In: Teodoro Hampe Martínez (Comp.) *La Tradición Clásica en el Perú Virreinal*. Lima : Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fondo Editorial, 1999, p.255.

O marco inicial de uma posição favorável à humanidade indígena teria sido estabelecido pelo dominicano Antônio de Montesinos (? -1545) ao proferir em 1511, na Ilha Espaniola, o célebre sermão *ergo vox clamantis in deserto*:

Dizei, com que direito e com que justiça tens em tão cruel e horrível servidão aqueles índios? (...) E que cuidado tens de que os doutrine, e conheçam a seu Deus e criador, sejam batizados, ouçam missa, guardem as festas e domingos? Eles não são homens? Não têm almas racionais? Não sois obrigados a amá-los como a vós mesmos?⁴⁹ (tradução nossa, grifamos).

Reagindo à provocação dos Dominicanos, a Coroa constituiu a denominada “Junta de Burgos”, responsável pela definição dos princípios que levaram à elaboração das “**Leis de Burgos**” editadas por Fernando I (1479-1516) entre 1512 e 1513. Sob o título de “*Ordenanças para o Tratamento Legal dos Índios Inclinados à Ociosidade e aos Maus Vícios*”, as Leis de Burgos constituíram o “primer acervo pormenorizado de reglamentos encaminados a normar las relaciones entre indígenas y españoles”.⁵⁰

Considerando os índios como “naturalmente inclinados à ociosidade e maus vícios” e sem “nenhuma maneira de virtude nem doutrina”, ordenaram as Leis de Burgos, fossem transferidos de suas aldeias para as proximidades dos povoados espanhóis. A idéia era facilitar o desenvolvimento e controle do regime de *encomiendas*, e conter os maus-tratos praticados pelos espanhóis, facilitando assim o processo de conversão religiosa.

Apesar das *encomiendas* o *status* jurídico dos índios, como visto, era o de **vassalos** da Coroa. O regime de escravidão no entanto coexistia (Leis 13 e 27), decorrente de conquistas militares⁵¹. Assim, quando as Leis de Burgos eram editadas, Palacios Rubios (1450-1524) formulava o famoso *Requerimiento*, “declaração de guerra ritualizada”, onde “se pretendia explicar a ‘razão da conquista’”, e reduzia à escravidão os indígenas sobreviventes.⁵²

E os debates quanto à natureza dos índios continuavam.

⁴⁹ LAS CASAS, Fray Bartolomé de. **Historia de las Índias**. México : Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed.1965 – 2.ª reimp.1986. Vol. I a III, pp.441-442.

⁵⁰ HANKE, Lewis. **Humanidad es Una...** *Op. cit.*, p.31.

⁵¹ **Leyes de Burgos**, cf. SUESS, Paulo. **A Conquista Espiritual...** *Op. Cit.*, pp.657-671.

⁵² cf. SUESS. **A conquista Espiritual da América Espanhola...** *Op. Cit.*, p.674.

Frades Jerônimos enviados à Ilha Espaniola a fim de “descubrir si se podían encontrar indios capaces de vivir bajo su propia responsabilidad”⁵³, comentaram em carta a dificuldade em se posicionar sobre o assunto:

O que percebemos da capacidade dos índios, se deve-se pô-los em povoados, ou o que fazer deles, não escreveremos no momento enquanto não tivermos informação mais madura (...), pois, sendo assunto tão grave e importante, há necessidade de examiná-lo muito antes de falar dele.⁵⁴

Em 1526 o processo sistemático de massacre e escravização dos índios fora das prescrições legais era tão evidente, que em 17 de novembro daquele ano o Imperador Carlos V (1516-1556) baixava em **Granada** uma nova **Provisão**, suspendendo as licenças para as novas conquistas e descobrimentos⁵⁵. Reiterando ordens anteriores, determinava o Imperador que ninguém tomasse “por escravos a nenhum dos ditos índios sob pena de perda de seus bens, ofícios, favores”, exceto em caso de resistência armada à exploração das minas pelos espanhóis, caso em que permitia o Rei “fazer guerra e fazer nela aquilo que os direitos e nossa santa fé e religião cristã o permitem e mandam que se faça”.⁵⁶

Contra a regra da não-escravização, interpôs-se com muito mais eficácia a ressalva da “guerra justa” contra a resistência indígena e a escravização de seus sobreviventes. A situação, como era de se esperar, suscitou reações por parte dos religiosos inconformados com o processo acelerado de depopulação de muitas ilhas. Neste contexto, as pressões sobre a metrópole acirraram-se, dividindo as posições no próprio Conselho das Índias. Alguns conselheiros proeminentes passaram então a tentar conciliar as posições conflitantes, originando a Primeira Junta Eclesiástica (1532) que reconheceu os índios como racionais e capazes de auto-governo.⁵⁷

Contudo, as controvérsias sobre a capacidade dos índios continuavam.

⁵³ HANKE, Humanidad es Una... *Op. Cit.*, pp.32-33.

⁵⁴ cf. SUESS, Paulo. **A Conquista Espiritual...** *Op. Cit.*, p.782.

⁵⁵ cf. *idem, Ibidem*, p. 692.

⁵⁶ **Provisão de Granada, de 17 de novembro de 1526**, cf. *Idem, Ibidem*, p. 694.

⁵⁷ HANKE. **Humanidad es Una...** *Op. Cit.*, p.37.

Naquele mesmo ano, no Peru, por reagir ao *Requerimiento* de Francisco Pizarro (1474-1541)⁵⁸, o Inca Atahualpa (1502-1533) era preso e condenado à fogueira. Mas, ao aceitar o batismo, obteve o “benefício” da comutação de pena: morreria estrangulado⁵⁹. Francisco de VITÓRIA (1492-1546), renomado jurista e professor da Universidade de Salamanca, comentando as guerras contra os Incas, teria declarado: “Yo no entiendo la justicia de esta guerra... En verdad, si los indios no son hombres e sino monos, *non sunt capaces iniuriae*”.⁶⁰

A controvérsia sobre a capacidade dos índios chega então a Roma, e em 1537 Paulo III (1534-1549) edita a **Bula *Sublimis Deus*** declarando enfim a sua humanidade:

Os ditos índios e todos os demais povos que no futuro vierem ao conhecimento dos cristãos, embora vivam fora da fé de Cristo, não são nem deverão ser privados de liberdade e de propriedade de bens. Pelo contrário, podem livre e licitamente usar, possuir, e gozar de tal liberdade e propriedade, e não poderão ser reduzidos à escravidão (...).⁶¹

Segundo SUESS as implicações da Bula seriam tão sérias para os interesses da Espanha no Novo Mundo, que a Coroa só precariamente a teria divulgado em seus domínios.

Aqui, um parêntesis na narrativa histórica. Ao discorrer sobre a importância do conceito de **pessoa humana** na modernidade, J. C. Moreira da SILVA FILHO observa que é “no marco da conquista da América”, diante da abundância das riquezas naturais encontradas e da discussão em torno do *status* dos índios, que se estabelece a ruptura com o paradigma anterior, que atribuía não apenas aos homens mas também a animais e objetos a condição de pessoa. Diz ainda o autor que:

Ao prevalecer a noção de que os índios eram homens, ainda que *selvagens*, vislumbra-se com clareza a idéia de que algo une todos os seres humanos e constitui a *humanidade*. Algo que vai além da identidade grupal, tribal ou comunitária (antigamente teto máximo da identidade dos indivíduos), e que esboça a pertença do indivíduo à espécie humana. A base teórica para esta afirmação se consolida na filosofia moderna, que dá uma feição secularizada ao universalismo cristão. Deste modo, percebe-se que a palavra *pessoa* aponta para uma verdadeira construção cultural e que, tal qual ela chegou

⁵⁸ Vide Anexo A – Figura 2.

⁵⁹ cf. SUESS, Paulo. **A Conquista Espiritual...** *Op. Cit.*, p. 147-158. Vide Anexo A – Figura 3.

⁶⁰ cf. HANKE, **Humanidad es Una...** *Op. Cit.*, p.41.

⁶¹ **Bula *Sublimis Deus***, de 1537, cf. SUESS, Paulo. **A Conquista Espiritual...** *Op. Cit.* pp.273-275.

aos dias presentes, indica muito mais do que apenas um ser biológico.⁶²
(grifamos)

Retomemos o percurso histórico. Em 1542 e 1543, Carlos V promulgou as “**Leyes Nuevas**” que reafirmavam a liberdade dos índios, proibiam que contra eles se fizessem guerras, que se lhes impusesse trabalho gratuito, penoso, ou perigoso para a sua saúde, determinavam o respeito às suas propriedades e proteção às suas famílias. A posição dos índios como vassalos da Coroa Espanhola, e, portanto, como homens livres, foi afirmada por Carlos V em várias de suas passagens⁶³. As Leis Novas acirraram mais ainda os debates sobre a questão da verdadeira natureza da capacidade dos índios.

As pressões contrárias às Leis, como era de esperar, foram imensas a exemplo dos depoimentos prestados à Junta Eclesiástica Mexicana (1544), que concluiu que sendo o trabalho forçado dos índios nas “a principal riqueza de que se sustentam os espanhóis”, sua abolição seria desastrosa para os interesses da Coroa, do clero e dos particulares.⁶⁴

Com a oposição às Leis Novas intensificaram-se as pressões pela perpetuidade das *encomiendas*. As Leis Novas sucumbiram rapidamente às pressões, sendo revogadas em 1545. Mas o tema da capacidade indígena continuaria mobilizando as opiniões na metrópole, onde as duas posições possuíram, é claro, os seus representantes.

Para Antônio de VILLASANTE os índios não sabiam governar-se adequadamente. O explorador Lucas Vasques de AYLLÓN (1475-1526) concluiu que “seria melhor deixá-los servir aos espanhóis como escravos (*‘hombres siervos’*) do que permanecer como livres bestas (*‘bestias libres’*)”. O franciscano Juan de QUEVEDO (?- 1519) – 1.º bispo da América

⁶² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade**. In: COPETTI, SEVERO & STRECK, (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – 2005, n.º 2. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2006. pp.116-117.

⁶³ **Leis e Ordenanças novamente feitas por S. M. para o Governo das Índias e o Bom Tratamento e Conservação dos Índios - Leyes Nuevas de 1542-1543**, cf. SUESS, Paulo. *A Conquista...* *Op. Cit.*, pp.727-741.

⁶⁴ cf. SUESS, Paulo. *A Conquista Espiritual...* *Op. Cit.*, pp.291-292, e HANKE, Lewis. **El Prejuicio Racial en el Nuevo Mundo: Aristóteles y los Índios de Hispanoamérica**. Colección America Nuestra. Santiago de Chile : Editorial Universitaria, 1958, p.43.

em Santa Maria de la Antigua, mencionando Aristóteles via os índios como “*siervos a natura*”, enquanto para o seu irmão de ordem Francisco RUIZ (1476-1528) – bispo de Ávila, eram sem capacidade “ni de juicio natural para recibir la fe, ni otras virtudes de criança necessárias para su conversión y salvación”, precisando, “así como um caballo o bestia, ser regidos e gobernados por cristianos”.⁶⁵

O dominicano Tomás ORTIZ os descrevia como “estúpidos e tontos”, “incapazes de receber lições”, e “mais idiotas do que os asnos”⁶⁶, enquanto o também dominicano Domingo de BETANZOS, polemizava ao afirmar em 1533 perante o Conselho das Índias, a incapacidade dos índios para aceitar a fé cristã e se autogovernar, e que estariam fadados ao desaparecimento. Por seu turno, o historiador Gonzalo OVIEDO Y VALDEZ (1478-1557) os via como “reduzidos ao nível do cavalo ou do asno (ou mesmo logo abaixo)”.⁶⁷

Enquanto isso, alinhados à defesa da capacidade indígena e de sua natureza humana, e contrários ao seu cativo, continuava o próprio MONTESINOS que após o sermão de 1511 continuou suas atividades em defesa dos índios. Também o franciscano Jacobo de TESTERA que protestando em carta a Carlos V contra a atitude de Betanzos, pergunta: “cómo se sufre ser yncapaces con tanta sumptuosidad de edificios, con tanto primor en obrar de manos cosas subtiles, ... , arte em presidir, ..., suceciones por elección, punición de crímenes y excesos.” Igualmente reagindo a Betanzos o também franciscano Luis de FUENSALIDA (? – 1545) classificou a posição depreciativa do frei sobre os índios como “*errorem intolerabilem*”. O dominicano Antônio VALDIVIESO (?-1550) – bispo de León Viejo (Nicarágua), por suas posições contra a escravização e massacres dos índios acabou sendo assassinado pelo filho do governador da Nicarágua. Juan del VALLE (? – 1562) – formado em *Ius Civilis* na Universidade de Salamanca e Bispo de Popayan (Colômbia), pelos mesmos motivos teve

⁶⁵ cf. HANKE, Lewis. **Humanidad es una...** *Op. Cit.* pp.33-34.

⁶⁶ cf. TODOROV, Tzvetan. **A Conquista da América: a questão do outro.** 3.^a ed. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p.218.

⁶⁷ cf. *Idem, ibidem*, pp.218-219.

grandes confrontos com os encomienderos. O também jurista Vasco de QUIROGA (1470?-1565) – licenciado pela Universidade de Salamanca e Bispo de Michoacán (México), em sua *Información en Derecho* que escreve sobre o México em 24 de julho de 1535, descreve os índios como *nobles salvajes*.

Já o dominicano Bartolomé de CARRANZA (1503-1576) e o jurista Covarrubias y LEYVA (1512-1577) apesar de não terem tido um envolvimento direto com a questão, repercutiram os debates na Universidade de Salamanca. Segundo HANKE, o historiador Perena VICENTE⁶⁸ informa que LEYVA, na tese de doutorado que defendeu em Salamanca (1539), teria condenado o uso da suposta inferioridade cultural dos índios como motivo para as guerras justas contra os mesmos, e posto em dúvida a idéia de que os índios seriam “nascidos a obedecer y para servir a otros como bestias y fieros animales”⁶⁹. Haviam também aqueles como o pintor e gravador alemão Albrecht DÜRER (1471-1528), que viam nas obras de arte indígenas o “sutil ingenio de los hombres en esas distantes tierras”.⁷⁰

Das duas correntes de pensamento, as figuras de maior destaque foram sem dúvida Juan Ginés de SEPÚLVEDA (1490-1573), e Barbolomé de LAS CASAS (1484-1566). Sepúlveda, teólogo e jurista erudito, tornara-se o expoente maior da concepção da incapacidade indígena e da defesa de sua escravização em “guerras justas”. Las Casas, dominicano, Bispo de Chiapas, o seu maior adversário. Ambos iriam se confrontar naquilo que TODOROV descreve como o apogeu e a encarnação do debate entre os partidários da igualdade e da desigualdade dos índios: o memorável duelo de Valladolid, em 1550.

Conforme TODOROV a origem dos debates perante a Junta em Valladolid se dá quando SEPÚLVEDA, não obtendo do Conselho das Índias o *imprimatur* ao seu *Democrates alter*, recorre àquela para tentar reverter a decisão. LAS CASAS então propõe-se a defender

⁶⁸ PERENA VICENTE, Luciano. **Misión de España em América, 1540-1560**. Madrid, Instituto Fco. de Vitória. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1956. *Apud* HANKE, **Humanidad es Una... Op. Cit.** p.88.

⁶⁹ cf. HANKE, Lewis **Humanidad es Una... Op. cit.** pp.39-42.

⁷⁰ *Idem, Ibidem*, pp.100-101.

os argumentos contrários, e Carlos V, convencido da importância do debate, decide pelo confronto das duas posições⁷¹. Conforme BRUIT o ambiente político em Valladolid era cheio de intrigas palacianas e intenso tráfego de influências. Representantes dos encomendeiros e de todos aqueles que tinham interesse na América – advogados, teólogos, doutores, juristas, sacerdotes, autoridades, cortesãos em geral – , circulavam agitadoamente pelos corredores da Corte, por mosteiros e casas de pessoas importantes e influentes.⁷²

As pressões sobre a Coroa empreendidas pelos religiosos, sobretudo Las Casas, levaram o Imperador Carlos V a uma decisão radical: paralisar as novas conquistas já autorizadas ou em andamento no Novo Mundo. Na ordem, baixada nas **Provisões de 16 de abril de 1550**, o Imperador justificava a paralisação: “porque si se pasase adelante con ellos, se podrian seguir grãdes daños a causa de no se hazer con los medios convinientes.” Esperava-se que tais “meios convenientes” resultassem dos debates entre SEPÚLVEDA e LAS CASAS em Valladolid perante a *Junta dos Quatorze*⁷³ – composta por membros veteranos dos Conselhos de Castela e das Índias, teólogos renomados como Domingo de SOTO, Melchior CANO e Bernardino de ARÉVALO, e juristas importantes como Gregório LÓPEZ, comentador das leis das Siete Partidas⁷⁴. Ali se deveria refletir se seria legítimo à Coroa ordenar guerras contra os índios antes mesmo de terem a oportunidade de ouvir a pregação cristã. Em questão não estava pois nem a justiça do título real de conquista, nem o regime de *encomiendas*, mas “la justicia de hacer la guerra contra los indios”.⁷⁵

Assim, em meados de agosto de 1550 iniciaram-se os trabalhos da Junta em Valladolid. Os dois contendores não se encontraram pessoalmente. No primeiro dia, SEPÚLVEDA compareceu com um sumário de seu tratado, expondo oralmente os seus argumentos durante três horas. A réplica de LAS CASAS iniciou-se no dia seguinte, e durou cinco dias, nos quais procedeu à leitura completa de seus manuscritos.

⁷¹ TODOROV, Tzvetan, *Op. Cit.*, p.219, *passim*.

⁷² BRUIT, H. Hernan. *Op. Cit.*, p.119.

⁷³ cf. ENCINAS, Diego. **Cedulario Indiano** (reproducción facsímil de la edición de 1596). Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica, 1945-46, t.IV. HAI/1706 (IV).

⁷⁴ cf. HANKE, Lewis. **El Prejuicio Racial...** *Op. Cit.*, p. 47.

⁷⁵ cf. *Idem, ibidem*, pp.47 e 78.

Primeiro a apresentar seus argumentos, Sepúlveda teria tomado como base o *Democrates Alter*, no qual o tema era abordado na forma de diálogo. Suas idéias acerca das guerras justas, não eram inovadoras, mas tomadas sobretudo de Santo Agostinho.

Para SEPÚLVEDA quatro eram as causas da “justicia de la guerra hecha por los españoles a los bárbaros”. A primeira, a de que “siendo por naturaleza siervos los hombres bárbaros, incultos e inhumanos, se niegan a admitir la dominación de los que son más prudentes, poderosos y perfectos que ellos”. A segunda, a de que serviria ao propósito de “desterrar las torpezas nefandas y el portentoso crimen de devorar carne humana,... dando culto a los demonios em vez de dárselo a Dios...”. A terceira causa, a de “salvar de graves injurias a muchos inocentes mortales a quienes estos bárbaros inmolaban todos los años.” Por fim, a quarta causa de guerras justas contra os índios seria a de deixar “abierto y seguro el camino a los predicadores y maestros de las costumbres y de la religion”, ou seja, a garantia do trabalho de propagação do cristianismo.⁷⁶

TODOROV vê nessas *justis belli causis* indicadas por Sepúlveda, as proposições descritivas sobre a natureza dos índios, que levariam a um postulado ou imperativo moral: “os índios são (proposições descritivas) por natureza submissos; praticam o canibalismo; sacrificam seres humanos; ignoram a religião cristã”. Daí (imperativo moral) “temos o direito, se não o dever, de impor o bem aos outros”. Ou seja, na visão hierárquico-dualista de Sepúlveda (bem/mal; superior/inferior; espanhol/índio; homem/macaco; capaz/incapaz ...), não existiriam outros valores a considerar, que não aqueles possuídos por quem estivesse no topo dessa mesma hierarquia, numa total desconsideração do papel do outro, o que significa a própria desconsideração da alteridade. Assim,

Nós mesmos já decidimos o que é o bem e o mal; temos o direito de impor aos outros o que nós mesmos consideramos um bem, sem nos preocuparmos em saber se é também um bem do ponto de vista deles. Esse postulado

⁷⁶ cf. SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. *Genesisii Sepulvedae Cordubensis Democrates alter, sive de justis belli causis apud Indos. Demócrates Segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*. Prólogo, tradução e edição de Marcelino Menéndez Pelayo. In: Boletim de la Real Academia de la Historia, XXI. Madri, 1892; México, 1941. pp. 153-4

implica, portanto, uma projeção do sujeito enunciante sobre o universo, uma identificação entre *meus* valores e *os* valores⁷⁷.

Segundo HANKE, o argumento de Sepúlveda legitimando as guerras contra os índios em razão de sua natureza, teria sido o “más sorprendente aducido en Valladolid, y ciertamente el más vigorosamente debatido”⁷⁸. Sobre se “hablan de burlas los jurisconsultos, quando enseñan que todos los hombres desde el principio nacieron libres”, SEPÚLVEDA distingue entre a servidão de que tratariam os jurisperitos – “cosa adventicia y nacida de fuerza mayor y del derecho de gentes, y a veces del derecho civil” –, e a servidão prevista pelos filósofos, decorrente da “torpeza de entendimiento y a las costumbres inhumanas y bárbaras”.⁷⁹

SEPÚLVEDA buscava suporte para as suas idéias na doutrina aristotélica da *servidão natural* exposta no Livro I da “Política”. No entanto, segundo HANKE fora precedido pelo escocês John MAJOR da Universidade de Paris, “el primero en aplicar a los indios la doctrina aristotélica de la esclavitud natural”, idéia que chegou a publicar em 1510. Ainda segundo Hanke⁸⁰, a “primera aplicación concreta e inportante” da doutrina teria ocorrido em 1519 por Juan de QUEVEDO Bispo de Darién, em debate com LAS CASAS em Barcelona. Na época, Las Casas, tomado de ira, teria descrito ARISTÓTELES como “gentio ardendo no inferno”.

Diferentemente do dominicano, SEPÚLVEDA nunca estivera no Novo Mundo, não conhecia pessoalmente a realidade indígena, e baseava-se apenas nos relatos do antiindígena OVIEDO Y VALDEZ. Por outro lado, era uma das maiores autoridades em Aristóteles.

Para SEPÚLVEDA, apesar da Bula *Sublimis Deus* (1537) os índios ocupariam posição inferior na escala da natureza, vista como hierarquizada. E seriam tão inferiores aos espanhóis “como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gentes clementísimas,...”. Nestes “*homunculos*”,

⁷⁷ TODOROV, Tzvetan. *Op. Cit.*, p. 225, *passim*.

⁷⁸ HANKE, Lewis. **Humanidad es Una...** *Op. Cit.*, p. 53.

⁷⁹ SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. *Op. Cit.* pp. 81-82.

⁸⁰ HANKE, Lewis. **Humanidad es Una...** *Op. Cit.*, p.28-31.

dizia, se encontrariam apenas “vestigios de humanidad”. Não possuiriam ciência alguma, não conheceriam as letras, não teriam leis escritas, apenas instituições e costumes bárbaros. Seriam seres entregues “a todo género de intemperancia y de nefandas liviandades,” que praticavam o canibalismo e faziam “continua y ferozmente la guerra unos a otros”, sendo contudo “cobardes y tímidos”.⁸¹

Além disso, não conservariam nenhum monumento de sua história “sino cierta obscura y vaga reminiscencia de algunas cosas consignadas em ciertas pinturas”, que via como no mesmo nível das habilidades das bestas, das aves e das aranhas. Via também como demonstração da inferioridade dos índios, o fato de que “nadie posee individualmente cosa alguna”, e que o aproveitamento dos terrenos “se hacia de tal modo que ellos mismos cultivaban los campos régios e los campos públicos y vivían como asalariados”⁸².

Quanto aos espanhóis, de modo contrário, Sepúlveda os via não apenas como naturalmente prudentes, geniais, virtuosos, humanos, magnânimos, e religiosos, como também possuidores de todos aqueles bens materiais cuja ausência nos indígenas era sempre lembrada. Entre as virtudes dos espanhóis estaria ainda segundo SEPÚLVEDA, a generosidade de levar aos índios os benefícios materiais da civilização européia, como o uso do ferro, do trigo, da cevada, dos cavalos e das mulas.

Assim, só poderia ser conforme ao direito natural que os índios, devido à sua natureza inferior, viessem a servir aos espanhóis. Seriam então consideradas justas as guerras declaradas pelo príncipe contra aqueles que, subvertendo o direito natural, recusassem submeter-se à Coroa de Espanha.

A propósito das considerações de Sepúlveda quanto à suposta inferioridade indígena demonstrada por exemplo na ausência da propriedade privada, levando então à legitimidade da Coroa Espanhola em declarar guerras justas por subversão ao direito natural, é de se

⁸¹ SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. *Op. Cit.*, p.101.

⁸² *Idem, ibidem*, pp.105-111.

observar de modo significativo a sua persistência no pensamento de um dos autores que pouco mais de cem anos depois – na Europa insular –, teria importância capital para o desenvolvimento do liberalismo jurídico e político moderno: John LOCKE. Como resume SILVA FILHO, “na concepção de Locke, deduz-se que o protótipo do homem diligente e racional é o proprietário, o qual soube fazer o melhor uso de suas capacidades racionais, aumentando o valor dos bens, que sustentam a existência humana”⁸³.

Em seu “*Segundo Tratado sobre o Governo*” (1690), considerando que “Deus nada criou para o homem desperdiçar” (Cap. V, § 31) e que lhe ordenou o trabalho, sendo sua propriedade aquilo que “lavra, planta, melhora, cultiva e de cujos produtos desfruta” (*idem*, § 32), LOCKE vê na propriedade a expressão maior do direito natural. Mencionando o “nativo das florestas da América” como “arrogante e agressivo” (Cap. VII, §92), também observa no mesmo a inexistência daquela forma suprema de realização do direito natural, o que seria demonstrado na ausência do trabalho individual de cultivo e benfeitorias sobre o solo:

Não pode haver demonstração mais clara disso do que várias nações da América, que têm abundantes terras mas são carentes de todos os confortos da vida. A elas a natureza forneceu tão liberalmente quanto a qualquer outro povo todas as condições para a abundância, isto é, solo fértil, capaz de produzir em quantidade qualquer alimento, agasalho e diversão; entretanto, por falta de benfeitorias pelo trabalho, não possuem nem um centésimo das conveniências de que gozamos. E lá, um rei de território grande e fértil se alimenta, mora e veste-se pior que um trabalhador diarista na Inglaterra.⁸⁴ (Capítulo V, § 41)

Ora, considerando a inexistência da propriedade como resultado do desperdício por incapacidade de produzir, LOCKE vê em tal situação um atentado contra o direito natural e, por conseguinte, um motivo de guerra justa. Como observa SILVA FILHO, em LOCKE

quem viola as leis da natureza, especialmente o direito de propriedade, perde o direito à própria vida, justificando de modo legítimo o exercício de um poder despótico sobre si (...). Defende-se pois, a guerra justa: o proprietário contra o ladrão, a sociedade contra a monarquia absoluta, a Inglaterra contra os selvagens americanos.⁸⁵ (grifamos)

⁸³ SILVA FILHO, J. C. Moreira. **John LOCKE** (verbete). In: BARRETTO, V. de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo : Ed. Unisinos ; Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2006; pp.541-545.

⁸⁴ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.45.

⁸⁵ SILVA FILHO, J. C. Moreira. **LOCKE** ... *Op. Cit.*, p.545.

Retornando a Ginés de SEPÚLVEDA, propunha entretanto tratamentos diferenciados conforme o tipo de reação indígena à conquista. Aquellos, dizia, “que resistieron con las armas a los españoles y fueron vencidos por ellos,” deveriam ser entregues à “justa esclavitud”, perdendo assim a sua liberdade e seus bens. A escravidão contudo não deveria ser reservada para “aquellos otros que por prudencia o por temor se entregaron a merced y potestad de los cristianos.” Entretanto, nem mesmo esta hipótese seria suficiente para conferir aos índios “iguales derechos que los demás cristianos y que los españoles que están sometidos al imperio del rey”. Pelo contrário, tal situação lhe parecia “cosa muy absurda, pues nada hay más contrario a la justicia distributiva que dar iguales derechos a cosas desiguales”. Seria totalmente injusto e desonroso para com os conquistadores – “superiores en dignidad, en virtud y en méritos” – serem igualados com os índios – “los inferiores” –, tanto em vantagens pessoais, quanto em honrarias, ou em igualdade de direitos⁸⁶.

Impunha-se assim na visão de SEPÚLVEDA, como parte da justiça distributiva, mantê-los sob um império mesclado entre servil e paternal, devendo ser repartidos para serviços urbanos e rurais, sob a responsabilidade de conquistadores “honrados, justos e prudentes”, “para que los eduquen en costumbres rectas y humanas, y procuren iniciarlos e imbuirlos em la religión cristiana,” através do exemplo e da persuasão. E conclui, em tom evolucionista: “Cuando el tiempo mismo los vaya haciendo más humanos y florezca entre ellos la probidad de costumbres y la religión cristiana, se les deberá dar más libertad y tratarlos más dulcemente”.⁸⁷

Porém, como adverte HANKE, este tratamento pretensamente benévolo proposto por Sepúlveda não se destinava – e o teólogo espanhol o sabia –, à maioria da população indígena. Para o historiador, “Sepúlveda estaba convencido de que la gran masa de indios jamás renunciaría voluntariamente a su propia religion”. Assim, devia saber que as “guerras

⁸⁶ cf. SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. *Op. Cit.*, pp.167-171.

⁸⁷ *Idem, ibidem*, p.173.

justas” deveriam se abater como regra sobre a grande maioria dos ameríndios, como “medida previa a su conversión”⁸⁸, e, igualmente, de sua escravização.

Quando o frei Bartolomé de LAS CASAS assume o seu lugar nos debates de Valladolid, expõe uma idéia que, segundo HANKE⁸⁹, causou assombro aos espanhóis da época: os índios americanos não só não eram seres inferiores, como também “estaban a la altura de los pueblos de la antigüedad”, preenchendo – ao contrário do que sustentava Sepúlveda – , os requisitos propostos por Aristóteles para uma vida virtuosa.

Munido de seu monumental *Apologética História*, o frade Dominicano, não sendo considerado em razão de sua erudição ou autoridade intelectual, procurou contrapor-se às idéias de Sepúlveda usando como trunfo as suas cinco décadas de efetiva presença junto aos indígenas, de onde extraía inúmeros exemplos concretos em defesa de suas argumentações.

LAS CASAS, que chegara ao Novo Mundo em 1502, fora *encomiendero* e em 1514 após uma crise em meio às conquistas de Cuba renunciou aos seus serviços e passou a assumir a defesa dos indígenas americanos. Em 1522 ingressou na ordem dos Predicadores. Sua atuação em favor dos índios o levava diversas vezes a gestões diretas junto à Coroa. O texto das Leyes Nuevas, por exemplo, teria sido expressão vívida desta sua influência.⁹⁰

Mas não apenas isso. LAS CASAS, que desdenhara de Aristóteles em 1519, agora analisara cuidadosamente a obra do filósofo, para concluir ousadamente que, se o grego estava certo, Sepúlveda é que não o havia compreendido corretamente⁹¹.

No quinquídio de sua sustentação oral, Las Casas refutou cada uma das quatro proposições apresentadas por SEPÚLVEDA como justificadoras da declaração de guerras contra os índios, expostas no *Democrates alter*.

Sobre a primeira proposição de SEPÚLVEDA, de que os índios seriam bárbaros por

⁸⁸ HANKE, Lewis. *Humanidad es Una...Op. Cit.*, p.67-68.

⁸⁹ *Idem*, *El Prejuicio Racial... Op. Cit.*, p.62.

⁹⁰ cf. SUESS, Paulo. *A Conquista Espiritual... Op. Cit.*, p.749.

⁹¹ cf. HANKE, Lewis. *El Prejuicio Racial... Op. Cit.*, p.64.

natureza e portanto *siervos a natura* conforme a doutrina aristotélica, LAS CASAS iniciou por demonstrar que a mesma doutrina previa não uma mas quatro diferentes classes de bárbaros⁹². Em primeiro lugar existiriam os *bárbaros em razão da selvageria de sua conduta*. LAS CASAS demonstrava perante a Junta que até mesmo os gregos e latinos clássicos poderiam ser considerados tais, e que pela sua conduta no Novo Mundo os próprios espanhóis seriam naquele momento os maiores representantes da barbárie. Destaque-se, como afirma BRUIT, que “a liberdade e a coragem com que Las Casas criticou conquistadores, autoridades, eclesiásticos foram verdadeiras façanhas numa época em que a Inquisição não tinha embaraços para censurar e condenar atos e idéias fora do dogma comum.”⁹³

Em segundo lugar, aqueles tidos como *bárbaros pela ausência de linguagem escrita*. LAS CASAS procurou então demonstrar com diversos exemplos a existência e a complexidade das escritas indígenas.

Em terceiro, os considerados *bárbaros “no sentido correto do termo”*, ou seja, aqueles que viveriam inteiramente de modo selvagem, privados de quaisquer traços de razão, intelecto ou habilidades artísticas. Embora pudesse admitir a possibilidade da existência de tais indivíduos, LAS CASAS argumentava que tal não poderia ocorrer em relação a todo um povo, o que seria o mesmo que afirmar o fracasso da própria obra divina de criação do homem⁹⁴. E, mesmo nos casos em que ocorresse, não justificaria a sua submissão pela força.

Por último, aqueles considerados *bárbaros pelo fato de não serem cristãos*. Embora pudessem os índios ser considerados nesta categoria, LAS CASAS insistia na sua capacidade de virem a adotar o cristianismo.

Para o bispo de Chiapas, as quatro categorias de bárbaros poderiam ser reduzidas a duas⁹⁵: a) os *impropriamente denominados bárbaros*, onde se situariam os de conduta

⁹² cf. HANKE, Lewis, **Humanidad es Una...** *Op. Cit.*

⁹³ BRUIT, Héctor H. *Op. Cit.*, p. 65.

⁹⁴ cf. HANKE, Lewis. **Humanidad es Una...** *Op. Cit.*, p.112.

⁹⁵ cf. *Idem, ibidem*, p.116.

selvagem (o que incluiria até mesmo os cristãos, em razão de seu comportamento), os desconhecedores de linguagem escrita, e os não-cristãos (o que incluiria os indígenas); e, b) os *propriamente bárbaros*, em razão da ausência total de capacidades intelectuais e artísticas.

Do resumo da sustentação de LAS CASAS, feito pelo dominicano Domingo de SOTO, relator designado pela Junta, HANKE nos dá a seguinte passagem:

El señor obispo contó largamente la historia de los indios, mostrando que aún que tengan algunas costumbres de gente no tan política, pero que no son en este grado bárbaros, antes son gente gregatil y civil, que tienen casas y pueblos grandes y leyes y artes y señores y gobernación y castigan, no solo los pecados contra natura, más aún otros naturales...⁹⁶ (grifamos).

LAS CASAS marcou presença em Valladolid com uma visão profundamente favorável à natureza humana e à capacidade dos índios. Defendia que eram perfeitamente racionais, e que preenchiam os requisitos aristotélicos de uma vida virtuosa⁹⁷. Como afirma TODOROV, Las Casas defendia que “as diferenças de fato (que para Sepúlveda se resumiam à simples superioridade/inferioridade) não correspondiam a diferenças da natureza”.⁹⁸

Observa também o filósofo búlgaro que LAS CASAS não era o único de seu tempo a defender a natureza humana dos índios e a apresentar justificativas para que não fossem guerreados nem escravizados. Contudo, o bispo de Chiapas teria ido mais além pois ao combater a doutrina da desigualdade natural fez aflorar a concepção da igualdade abstrata entre os homens, chegando mesmo a defender a igualdade entre os espanhóis e os índios⁹⁹.

TODOROV entretanto, vê no igualitarismo proposto por LAS CASAS uma forma de preconceito, gerador de “um obstáculo ainda maior” ao reconhecimento da alteridade dos índios: concebê-los como iguais pelo seu potencial de cristianização, significaria “identificar, pura e simplesmente, o outro a seu próprio ‘ideal do eu’”. Mas o autor reconhece em Las Casas uma “incontestável generosidade”, quando se recusa “a desprezar os outros

⁹⁶ cf. HANKE, Lewis. **Humanidad es Una...** *Op. Cit.*, p.108.

⁹⁷ Diz Lewis HANKE (*ibidem*, p. 65), que nos debates de Valladolid, LAS CASAS “não atacava Aristóteles, mas mostrava que sua doutrina não era praticável com os índios.”

⁹⁸ TODOROV, Tzvetan. *Op. Cit.*, pp.234.

⁹⁹ cf. *idem, ibidem*, p.235.

simplesmente porque são diferentes”. Na visão dicotômica fiel/infiel então reinante, LAS CASAS teria tido o mérito de pela primeira vez atribuir aos índios (*eles*), a posição valorizada de fiéis, e, de modo contrário, aos conquistadores (*nós*), a posição depreciativa de infiéis. Contudo tal visão, dicotomicamente etnocêntrica, traria um outro problema, o de que o igualitarismo da humanidade se mediria na exata proporção de sua capacidade para a adoção do cristianismo. Daí o pensamento também evolucionista de LAS CASAS: *eles*, os índios, são agora como *nós* éramos antigamente. Os índios são perfeitamente capazes de, com o tempo, atingir a *nossa* civilização.¹⁰⁰

A Junta dos Quatorze reuniu-se novamente em janeiro de 1551 sem proferir conclusão a respeito da legitimidade das guerras contra os índios, o que a muitos pareceu uma derrota para LAS CASAS. De qualquer modo, SEPÚLVEDA não conseguiu o desejado *imprimatur* ao *Democrates Alter*. A influência concreta da controvérsia de Valladolid sobre os rumos da política da Coroa Espanhola sobre o Novo Mundo só se faria sentir duas décadas depois.

Antes porém (1557), era publicada postumamente a obra de Francisco de VITÓRIA, *De Indis et de Ivre Belli* extraída das *Relectiones Theologicae XII*¹⁰¹, onde combatia algumas das justificativas das guerras contra os índios, e estabelecia que só a quebra de determinados princípios, como o da reciprocidade (por exemplo no estabelecimento de relações comerciais entre índios e espanhóis) e o da defesa dos inocentes (por exemplo contra os ritos sacrificiais de seres humanos), poderia justificar tais guerras¹⁰². Apesar de sua visão negativa sobre os índios, VITÓRIA faz uma afirmação citada como marco de uma mudança paradigmática do *status* político e teológico dos índios: “Acredito que se a maior parte deles parece tão

¹⁰⁰ cf. TODOROV, Tzvetan. *Op. Cit.* pp.240-243.

¹⁰¹ SUESS (A **Conquista Espiritual...** *Op. Cit.*, p.511) informa que “as ‘Releituras’ eram um costume acadêmico de Salamanca e representavam o resumo breve do curso anteriormente ministrado. Através destas ‘Releituras’ de 1539 – *De indis* e *De Juri Belli* – VITÓRIA passou a ser considerado o fundador do ‘direito internacional’, substituindo o conceito exclusivista de ‘comunidade cristã’ pelo conceito da ‘comunidade internacional’ – independentemente do credo – composta por Estados iguais.”

¹⁰² cf. TODOROV, Tzvetan. *Op. Cit.*, p.215.

insensata, isto provém, no essencial, de sua educação pobre e bárbara. Ademais, mesmo entre nós, podemos encontrar muitos camponeses que pouco diferem das bestas brutas”¹⁰³.

Esta compreensão sobre o indígena, de uma inferioridade não natural, mas resultante de uma educação também inferior, foi realmente novo no contexto filosófico da época.

Como observa Gorki MANTILLA,

Para Vitoria el estado de barbarie no es un resultado de la incapacidad natural, sino más bien una consecuencia de la mala educación. Por lo tanto, las deficiencias observadas en la naturaleza de los indios, son susceptibles de modificación a través de la educación y la religión¹⁰⁴.

Assim, em Francisco de VITÓRIA a inferioridade dos índios não seria motivo para serem combatidos pelo *ius belli*, mas para serem educados, a fim de saírem de sua condição de “estupidez”. O antropólogo François HARTOG vê nesta concepção de Vitória o surgimento de uma nova teoria: a da *infantilidade* do indígena. Para ele, com a releitura de ARISTÓTELES e Tomás de AQUINO feita por VITÓRIA, “passa-se da teoria da escravidão por natureza àquela da infância: os indígenas têm uma natureza infantil”. Diz ele:

Caberia à escola de Salamanca produzir, entre 1520 e 1530, uma nova categorização aceitável para a Coroa e seus agentes, mas também para os teólogos e missionários. A partir de uma exegese do *jus naturae* de Santo Tomás passa-se, sempre com Aristóteles, da teoria da escravidão por natureza àquela de infância: os indígenas têm uma natureza infantil. É esta a conclusão do *De Indis* de Francisco de Vitoria (1557). Os índios não são nem irracionais nem dementes, mas assim como o demonstram suas práticas francamente monstruosas (canibalismo, sacrifícios humanos, sodomia etc.) ou desviantes, eles não são sempre capazes de interpretar o mundo natural e corretamente. Eles são seres racionais que, em certos momentos, comportam-se como se não o fossem. Conclusão: novamente com Aristóteles, sua racionalidade não ocorre em fato, mas em potencial. (...) O índio é portanto seguramente um homem, certamente inferior, mas tanto quanto uma criança, suscetível de progredir sob a direção da razão e de um dia interpretar corretamente o *jus naturae*. Este é portanto uma questão de educação com o tempo. Novamente se introduz o tempo, que certamente marca a distância entre os selvagens e nós, mas aqui, mais fortemente. Os insere no mesmo espaço histórico que nós. Tanto mais que, a bem da verdade, nossos camponeses são nossos “selvagens”. A comparação como o nosso mundo camponês vem com o efeito de encerrar o trabalho de disjunção-conjunção, no *ensauvageant* dos nossos camponeses. O corte se relativiza e se desloca. Graças à mediação de Aristóteles, relido por Vitoria,

¹⁰³ VITÓRIA, Francisco de. *De Indis et de Ivre Belli Relectiones* Being Parts of *Relectiones Theologicae XII* by Franciscus de Victoria. Primary Professor of Sacred Theology in the University of Salamanca. London. James Brown Scott, General Editor. Washington, February 19, 1917.

¹⁰⁴ MANTILLA, G. Gonzáles de. *Op. Cit.*, p.273.

muda-se o paradigma : o indígena não mais é “um homem natural”, um “outsider”, mas, mesmo que no nível mais baixo, ele faz parte plenamente da humanidade.¹⁰⁵ (tradução nossa, grifamos)

Vendo-os como inferiores em razão de sua educação “pobre e bárbara”, VITÓRIA compreendia também, que deveriam os índios ser submetidos ao *dominium*, ou seja, à autoridade espiritual e temporal dos representantes da Coroa Espanhola. Contudo, observa HARTOG, para Vitória

o *dominium* se justifica, mas apenas enquanto os indígenas são crianças, e à condição de que ele seja exercido em seu proveito: ele é um dever e uma responsabilidade (*accipere curam illorum*). Explicando o que significa ser uma criança, Vitória abriu uma perspectiva evolucionista sobre o mundo ameríndio (tradução nossa, grifamos).¹⁰⁶

O mesmo é observado também por MANTILHA, para quem VITÓRIA afirma que são razões caritativas “las que influyen en la necesidad de gobernar a quienes por su condición de barbarie se encuentran prácticamente en un estado de amencia o idiocia: es por su bien”.¹⁰⁷

Analisando a questão a partir de HARTOG, o antropólogo Klaas WOORTMANN conclui, como uma das conseqüências da teoria do “selvagem infantil” trazida por Francisco

¹⁰⁵ “Ce sera la tache de l’ecole de Salamanque de produire, entre 1520 et 1530, une nouvelle catégorisation acceptable par la Couronne et ses agents, mais aussi par les théologiens et les missionnaires. A partir d’une exegèse du *jus naturale* de St. THOMAS, on a passer, toujours avec Aristote, de la théorie de l’esclavage par nature à celle de l’enfance: les Indiens ont une nature d’enfant. Telle est la conclusion du *De Indis* de Francisco de Vitoria (1577). Les Indiens ne sont ni *irracionales* ni *amentes*, mais ainsi que le démontrent leurs pratiques franchement monstrueuses (cannibalisme, sacrifices humains, sodomie etc.) ou déviantes, ils ne sont pas toujours capables d’interpréter le monde naturel correctement. Ils sont des êtres rationnels qui, à certains moments, se conduisent comme s’ils ne l’étaient pas. Conclusion : avec Aristote à nouveau, leur rationalité est non pas en acte, mais en puissance. (...) L’Indien est donc assurément un homme, inférieur certes, mais tout comme l’enfant, susceptible de progresser sur la voie de la raison et d’interpréter un jour correctement le *jus naturae*. C’est affaire d’éducation, donc de temps. A nouveau, s’introduit le temps, qui certes marque la distance entre les sauvages et nous, mais aqui, plus fortement encore. Les insère dans le même espace historique que nous. D’autant plus que, à bien y réfléchir, nos paysans sont nos ‘sauvages’. La comparaison avec le monde paysan de chez nous vient en effet parachever ce travail de disjonction-conjonction, en ensauvageant les paysans de chez nous. La coupure se relativise et se déplace. Grâce à la médiation d’Aristote, relu par Vitória, on change de paradigme: l’indien n’est plus ‘un homme naturel’, un outsider, mais, même si c’est au plus bas, il fait pleinement partie de l’humanité. [HARTOG, François. **Entre les anciens et les modernes, les sauvages; où, de Claude Lévi-Strauss à Claude Lévi-Strauss**. Ghadiva (Révue d’histoire et d’archives de l’anthropologie), v.11, pp.23-30. Paris : Éditions Jean-Michel Place, 1992; p.26. grifamos.]

¹⁰⁶ “Le *dominium* est justifié, mais seulement aussi longtemps que les Indiens sont des enfants, et à condition qu’il s’exerce dans leur intérêt : il est un devoir et une responsabilité (*accipere curam illorum*). En expliquant ce que signifiait être un enfant, Vitoria a ouvert une perspective évolutionniste sur le monde ameríndien” (HARTOG, François. *Op. Cit.*, p.26, grifamos).

¹⁰⁷ MANTILLA, G. Gonzáles. *Op. Cit.* p.273.

de VITÓRIA, a de que “se o *dominium* só poderia ser exercido enquanto o indígena fosse criança, ele, por outro lado, deveria ser exercido, e caberia ao dominador conferir ao tutelado seu atestado de maioridade”(grifamos)¹⁰⁸. O mesmo autor também conclui que:

A “infantilização” do ameríndio resolveu a questão do domínio espanhol e, ao mesmo tempo, permitiu a inclusão dos novos selvagens na grande cadeia do ser numa modalidade mais piedosa de inferioridade, visto que, pela educação e cristianização, isto é, pela domesticação, ele poderia eventualmente se elevar¹⁰⁹(Grifamos).

Não se deve entretanto perder de vista o fato de que a suposta idiotia causada pela também suposta educação inferior dos índios justificava, para VITÓRIA, a dominação sobre os índios. Como alerta TODOROV, “tornou-se um hábito ver em Vitória um defensor dos índios; mas, a pretexto de um direito internacional fundado na reciprocidade, ele fornece, na verdade, uma base legal para as guerras de colonização”¹¹⁰.

Entretanto esta localização do início da teoria da infantilidade indígena na obra de Vitória é sem dúvida importante para a compreensão da gênese da idéia da incapacidade civil indígena, presente até o momento no Brasil.

No início dos anos 1570 os esforços do Conselho das Índias estavam voltados para a formulação de diretrizes mais estáveis para o relacionamento com os povos indígenas, favorecendo a consolidação das conquistas. Em 13 de julho de 1573 Felipe II baixava as novas e definitivas **Ordenanças** que daí em diante comandariam a política da Espanha em relação à conquista do Novo Mundo.

Neste ponto pode-se observar como a legislação das conquistas espanholas do Novo Mundo oscilou entre as influências das diversas correntes de pensamento e de interesses concretos da metrópole. O jurista mexicano TORRE RANGEL vê a presença de “três fios” que, conjugados, conduziram a dominação hispânica sobre o Novo Mundo: o poder da Coroa,

¹⁰⁸ WOORTMANN, Klaas. **O Selvagem e o Novo Mundo: ameríndios, humanismo e escatologia**. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 2004; p.140.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, pp.139-140.

¹¹⁰ TODOROV, Tzvetan. *Op. Cit.*, p.217.

o lucro e a riqueza dos conquistadores, e a evangelização e bom tratamento dos indígenas. A Coroa espanhola soube assim conciliar estes três interesses, muitas vezes conflitantes. Quanto à oscilação normativa, observa ter sido produto de políticas casuísticas e de ensaio. Casuísticas porque sempre geradas a partir das injunções do momento. E de ensaio porque “a Coroa”, como diz TORRE RANGEL, testava “diversas políticas na busca duma regulação jurídica mais de acordo com os diversos interesses”¹¹¹. Esta mesma política conciliatória, casuística e experimental, pode ser observada também na trajetória normativa da Coroa portuguesa em relação aos índios no Brasil.

Assim, para TODOROV o texto das *Ordenanças*, mostra que “desde o *Requerimiento* de Palácio Rubios, houve não somente Las Casas como também Cortez”¹¹². Para nós talvez se possa acrescentar que houve, também, Francisco de Vitória.

A marca deixada por LAS CASAS, segundo Todorov, estaria nas ordens para que os índios fossem tratados com métodos mais suaves, banindo-se a escravidão e a violência. É o caso, por exemplo, da proibição de envio de “gentes de guerra” (§ 2) aos territórios não conquistados; da proibição aos descobridores de moverem guerras contra os índios ou de tomarem partido nas suas contendas internas (§ 20); da proibição de se levar índios à Espanha, exceto tradutores remunerados (§ 24); e da orientação para se esclarecer aos índios que se estaria pretendendo ocupar o local, “não para fazer a eles algum mal, nem tomar-lhes suas terras, mas para fazer amizade (...), ensinar-lhes a viver politicamente, e mostrar-lhes a conhecer a Deus” (§137).¹¹³

De CORTEZ, a adoção do termo “pacificação”, em lugar de “conquistas”, bem como o uso do comércio “como disfarce, manifestando amor, e sem demonstrar cobiça”, e a utilização de ritos solenes e paramentados nas cerimônias religiosas católicas.

¹¹¹ TORRE RANGEL, Jesus de la. **Direitos dos Povos Indígenas: da Nova Espanha até a modernidade**. In: WOLKMER, A.C. (Org.). *Direito e Justiça na América Indígena... Op. Cit.*, p.220.

¹¹² TODOROV, Tzvetan. *Op. Cit.*, p.253.

¹¹³ cf. ENCINAS, Diego. *Op. Cit.*

Do *Requerimiento* é mantida a intenção de sujeição a serviço de Deus, em benefício da Coroa, e para o bem dos “naturais”, a declaração formal feita aos índios no momento de seu descobrimento, dos “grandes bens e proveitos” já usufruídos pelos demais, tais como a salvação pela doutrina cristã, o uso de vestimentas e calçados, a introdução do uso do pão, vinho, azeite, tecidos, cavalos, gados, ferramentas, armas “e tudo o mais que há na Espanha”, além do ensino de artes e ofícios. Também no espírito do *Requerimiento*, as Ordenanças mantinham a submissão da mão-de-obra indígena aos trabalhos forçados da *encomienda*, que agora poderia utilizar de duas a três gerações¹¹⁴.

Para nós, a presença de VITÓRIA nas Ordenanças de 1573, pode ser vista naquela “infantilidade” apontada no *De Indis* (1557), na medida em que, como crianças, os índios deveriam ser educados, convencidos, pela persuasão e bom exemplo, das vantagens, para si próprios, de sua conversão religiosa e submissão ao poder temporal da Coroa. Como crianças deveriam *aprender* a andar vestidos e calçados, a usar o pão, o vinho, o azeite os tecidos, etc.

Como diz HANKE, com as Ordenanças “los heroicos dias de la Conquista habían pasado, pero la discusión sobre la capacidad de los indios no había llegado a su fin”.¹¹⁵

1.2. Da conquista de Pindorama ao Reino do Brasil: as origens da aplicação da tutela orfanológica os indígenas.

Segundo o historiador Georg THOMAS, o relato edênico de Caminha sobre os índios quase não repercutiu em Portugal. Contudo, a visão paradisíaca construída pelo imaginário medievo-colonial traria para os índios conseqüências terríveis, ao não corresponderem ao ideal de “bondade e inocência, de ingenuidade e simplicidade” que deles passou-se a esperar¹¹⁶.

¹¹⁴ c.f. TODOROV, Tzvetan. *Op. Cit.*, p.254.

¹¹⁵ HANKE, Lewis. *Humanidad es Una... Op. Cit.*, p.169.

¹¹⁶ cf. HOONAERT, Eduardo, *et alli*. **História da Igreja no Brasil: ensaio de interpretação a partir do povo – primeira época**. 3.^a ed., Petrópolis : Vozes; 1983; p.27.

E no Brasil, tal como ocorreu nas Antilhas, “as criaturas edênicas e inocentes, embora bestiais, tornar-se-iam canibais”¹¹⁷. Tal generalização teria por base três fatores supostamente encontrados entre os povos do litoral: a antropofagia, as guerras interétnicas, e a ausência “de instituições sociais, jurídicas e políticas”¹¹⁸, 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”¹¹⁹. É desta forma que teria surgido “a imagem do índio como o homem da selva virgem, desumano, cruel e desapiedado, que vive como um bruto animal, sem ordem e sem sociedade”¹²⁰.

Esta visão dos índios como seres bestiais predominou não apenas entre os viajantes e primeiros colonizadores, mas também entre os próprios missionários. José de Anchieta (1534-1597), por exemplo, os via como uma “brava y carnicera nación”, cujos membros fazem “ley para sí, y no da nada por los pactos y contractos que hazen con los otros”¹²¹. Cem anos depois eles pareciam, a Antônio VIEIRA (1608-1697), como “bárbaros, ou brutos, que sem uso da razão, nem sentido de humanidade, se fartavam de carne humana”¹²²

¹¹⁷ WOORTMANN, Klaas. *Op. Cit.*, p.94.

¹¹⁸ THOMAS, Georg. **Política Indigenista dos portugueses no Brasil:1500-1640**. São Paulo: Loyola, 1981, p.21.

¹¹⁹ GANDAVO, Pero de Magalhães. **Tratado da Terra do Brasil**, Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro. Disponível In: <http://objdigital.bn.br/AcervoDigital/livros_eletronicos/tratado.pdf> (Acesso: 13.06.2006).

¹²⁰ THOMAS, Georg. *Op. Cit.*, p.22.

¹²¹ Carta do Pe. José de Anchieta a Diego LAÍNEZ. São Vicente, 8 de janeiro de 1565 (cf. LEITE, Serafim s.j., **Monumenta Brasiliae**. Roma : *Monumenta Historica Societatis Iesu*, 1596 – 1568. vol. IV. p.127). É preciso, contudo, observar que, ao afirmar, Séculos depois, que “os nossos índios tinham a sua organização política”, MENDES JÚNIOR informava que “o direito civil dos indígenas, nas relações de família, está bem descrito pelo padre Ivo D’EVIEUX e pelo Dr. João MENDES (*Notas Geneal.*, pág. 312 e seguintes); e quanto à propriedade e obrigações, as Cartas dos Padres NOBREGA e ANCHIETA revelam o respeito que eles tinham à fé dos contratos e às solenidades de que os revestiam, e os padres MONTOYA e FIGUEIRA revelam as denominações que eles davam a títulos de direito, correspondentes à compra e venda, à doação e a outros.” (MENDES JR. João. **Os Indígenas do Brasil, seus Direitos Individuais e Políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. Edição fac-similar publicada pela Comissão Pró-Índio de São Paulo. São Paulo, 1988 p.28.)

¹²² VIEIRA, Pe. Antônio S.C.J. **Cum natus esset Jesus in Bethlehem Juda in diebus Herodis regis, ecce Magi ab oriente venerunt. Sermão da Epifania**. Rio de Janeiro : Fundação Biblioteca Nacional. Vol. IV, 303p.

Tais características, contudo, não seriam vistas pelos religiosos como naturais, mas decorrentes de uma suposta inferioridade cultural. Os índios seriam capazes de assimilar os costumes civilizados, e viver segundo a doutrina cristã, daí o esforço pela sua conversão¹²³. Esta perspectiva civilizadora foi um dos suportes fundamentais da política indigenista que então se desenvolveria no Brasil. Contudo não seria, de fato, a única a ser considerada no âmbito do tratamento da Coroa Portuguesa em relação aos índios.

Nas décadas anteriores à colonização, a dependência do conhecimento e da força de trabalho indígena para a extração do pau-brasil levou a uma política de alianças com alguns povos, recompensados “com facas, contas de vidro e outras bugigangas”¹²⁴. A colonização, traria mudanças importantes, originando a categorização dos índios entre aliados e inimigos, entre livres e escravos, que marcaria sua situação jurídica até meados do séc. XIX.

O **Regimento da Nau Bretôa** (1511)¹²⁵, orientando o comportamento dos membros da tripulação portuguesa em relação aos índios, foi o “primeiro decreto real sobre a política indigenista do Brasil”, com o qual a Coroa procurou controlar minimamente o aprisionamento e cativo dos índios, não proibindo-os, mas condicionando-os ao consentimento expresso do proprietário da nau. Não havia aí, um questionamento quanto ao caráter lícito da escravidão indígena, mas uma preocupação com os riscos de se “provocar desordens e inimizade entre os indígenas”, o que poderia prejudicar o extrativismo do pau-brasil e facilitar as pretensões das naus francesas que circulavam pelo local.¹²⁶

Mais tarde o **Regimento de Tomé de Souza**, de 15 de novembro de 1548, traria os “traços fundamentais da futura política indigenista no Brasil”: o estreitamento das relações amistosas com os povos aliados, sua conversão religiosa e proteção de sua liberdade; a sua

¹²³ cf. THOMAS, Georg. *Op. Cit.*, pp.25-26.

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p.30.

¹²⁵ **Regimento da Nau Bretôa**, cf. ALVES FILHO, Ivan. *Brasil, 500 anos em Documentos*. Rio de Janeiro: MAUAD, 1999, pp.32-37.

¹²⁶ cf. THOMAS, Georg. *Op. Cit.*, pp.30-36.

fixação nas proximidades das povoações dos portugueses; e a declaração de guerra punitiva contra aqueles considerados *hostis*¹²⁷.

A aplicação do Regimento contou com o apoio dos primeiros Jesuítas, para quem o melhor tratamento aos índios seria sujeitá-los a uma autoridade, na medida e no tempo necessário para a sua conversão religiosa. Como observa THOMAS, os índios vistos como culturalmente inferiores não eram considerados capazes ao exercício pleno de sua liberdade, devendo ser “colocados como menores de idade, sob a proteção de uma autoridade, que se encarregaria da sua instrução, conversão e civilização” e, ao mesmo tempo, de sua proteção contra possíveis maus-tratos ou privação de liberdade.

O instrumento visto como capaz de promover tais objetivos seria o *aldeamento*, “a instituição mais importante da política indigenista real”¹²⁸, prevista no Regimento quando determinara a fixação dos indígenas convertidos. O aldeamento, conforme PERRONE-MOISÉS¹²⁹, é a própria “realização do projeto colonial, pois garante a conversão, a ocupação do território, sua defesa e uma constante reserva de mão-de-obra para o desenvolvimento econômico da colônia.” Para a sua efetivação seria necessária, até o advento do Diretório de 1776, a prática das expedições de *descimento*.

Os “descimentos” eram expedições aos “sertões” com o propósito de convencer aldeias inteiras a deixarem seus territórios e fixarem-se próximas às povoações portuguesas, no litoral. Procurava-se convencer tais índios de que seria de seu interesse aldear-se junto aos portugueses, para sua própria proteção e bem estar. O procedimento incluía a celebração de pactos garantindo-se aos índios a liberdade nas aldeias, a posse de suas terras, os bons tratos e

¹²⁷ **Regimento de 15 de dezembro de 1548.** cf. Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Rio de Janeiro, 1898, 61 (1), pp. 39-57.

¹²⁸ THOMAS, Georg. *Op. Cit.*, p.65, *passim*.

¹²⁹ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Índios Livres e Índios Escravos...** *Op. Cit.*, p.120.

o trabalho remunerado. Muitos descimentos consistiram na prática em apresamentos para escravização ilegal de indígenas aliados dos portugueses e não praticantes da antropofagia.¹³⁰

Sob o governo Mem de Sá (1500-72) os jesuítas foram incumbidos da administração temporal das aldeias. Ao mesmo tempo, o Governador-Geral instituiu o cargo de *Meirinho Indígena*, “o primeiro passo para a auto-administração dos índios, até então considerados como menores de idade”. O Meirinho Indígena era o encarregado pela

aplicação das penas decretadas pelos padres, cominadas por causa de pequenos delitos dos habitantes da aldeia, e que eram executadas mediante os açoites ou a prisão. (...) Deduz-se a significação que Mem de Sá atribuiu ao ofício recém-criado, do fato de ele ter empossado pessoalmente nas suas funções vários meirinhos, armando-os com o sinal do seu cargo, a borduna,... (...) Deve-se agradecer a eles que muitos índios das vizinhanças chegassem e pedissem para viver de acordo com o modelo dos índios aldeados.¹³¹

A concepção jesuítica e a política indigenista do Regimento chocavam-se com as pretensões dos colonos portugueses. De modo semelhante aos colonos da Ameríndia espanhola, os lusitanos defendiam como melhor forma de tratamento dos índios não o seu aldeamento, mas algo semelhante ao *Repartimiento*, dividindo-se os índios entre as residências e propriedades rurais, onde deveriam servir de mão-de-obra e, ao mesmo tempo, receber as instruções para a sua conversão religiosa e assimilação cultural. As divergências entre ambas as partes estenderam-se ao longo do Século XVI e posteriormente. Devido à suposta inferioridade cultural dos indígenas brasileiros em relação aos encontrados pelos espanhóis, tais divergências não chegaram a mobilizar juristas e teólogos Lusos, não havendo maiores reflexões sobre a natureza dos índios ou o modo de tratá-los.¹³²

Inconformados com o controle dos aldeamentos sobre o acesso à mão-de-obra indígena já “domesticada”, os colonos reivindicavam o poder de intervir na condução da política indigenista, possibilidade surgida pela primeira vez, após a crise que se abateu sobre os aldeamentos com a aplicação da Lei de escravização dos *Caeté*, e a epidemia de varíola nas

¹³⁰ cf. PERRONE-MOISÉS, Beatriz, *Op. Cit.*, p.118.

¹³¹ THOMAS, Georg. *Op. Cit.*, p.85, *passim*.

¹³² *Idem, ibidem, Op. Cit.*, p.68.

aldeias do recôncavo (1562-63). O Governador-Geral transferiu o governo temporal dos aldeamentos para os “capitães leigos”, facilitando assim a distribuição da mão-de-obra indígena livre, para o serviço dos particulares¹³³.

Os problemas que se seguiram ao início da administração dos “capitães leigos” (escravização de convertidos, denúncias de maus tratos, etc.), acabaram levando em 1566, à reunião da *Junta da Bahia*, que em 30 de julho daquele ano baixou as **Resoluções sobre as Aldeias dos Padres e os Índios**, considerado “o primeiro diploma legal de proteção ao indígena”¹³⁴. As Resoluções de 1566 transferiam a supervisão da proteção aos índios para o Ouvidor-Geral da Coroa no Brasil (§2), e criavam o cargo de “Procurador dos Índios” (§3).¹³⁵

Segundo THOMAS¹³⁶, a Junta de 1566 manteve os cargos de Meirinhos indígenas. Beatriz PERRONE-MOISÉS observa a carência de informações sobre o funcionamento deste sistema de justiça, mas acredita que giraria em torno de demandas relativas à “escravização, garantias de terra, pagamentos de salário e devolução de índios às aldeias”¹³⁷. Informa ainda que “Cartas de Sesmaria de 7/9/1562 e de 31/10/1580 apresentam petições feitas pelos próprios índios, apresentadas por um representante não especificado”.

Com **Lei de 20 de março de 1570**, inaugurou-se o reconhecimento formal do *status* jurídico dos índios como homens livres, salvo nos casos excepcionalmente previstos de “guerras justas” por motivo de antropofagia¹³⁸. Na prática, contudo, estas situações excepcionais logo tornaram-se a regra. Como observa THOMAS¹³⁹, “quase todas as tribos que não viviam sob o domínio dos colonizadores eram consideradas bárbaras e canibais”.

¹³³ cf. THOMAS, Georg. *Op. Cit.*, p.88.

¹³⁴ RUY, Affonso. **História Política e Administrativa da Cidade do Salvador**. Publicação da Prefeitura Municipal do Salvador, Comemorativa do IV Centenário da Cidade. Salvador, 1949, p.52, *appud* THOMAS, Georg. *Op. Cit.*, p.98.

¹³⁵ **Resoluções da Junta da Baía**. In: LEITE, Serafim s.j., *Monumenta Brasiliae*. Roma : *Monumenta Historica Societatis Iesu*, 1596 – 1568, vol. IV; pp.354-357.

¹³⁶ THOMAS, Georg., *Op. Cit.*, p.97.

¹³⁷ PERRONE-MOISÉS, *Op. Cit.* p.122.

¹³⁸ **Lei de 20 de março de 1570, sobre a liberdade dos gentios**, cf. FIGUEIREDO, José Anastácio de. *Synopsis Chronologica de Subsídios ainda os mais Raros para a Historia e Estudo Critico da Legislação Portuguesa*. Lisboa : Academia Real de ciências, 1790. Tomo II (1550-1603); p.152.

¹³⁹ THOMAS, Georg, *Op. Cit.*, p.105.

Apenas os índios que se encontrassem no interior dos aldeamentos jesuíticos se encontrariam, efetivamente, à salvo das incursões de aprisionamento e escravização empreendidas pelos colonos, o que nos leva a concluir que os aldeamentos funcionariam, assim, como instituição protetiva dos índios contra a escravidão, embora que ao preço de sua submissão cultural. THOMAS observa inclusive que, após as Resoluções da Junta de 1566, muitos indígenas acorrem aos aldeamentos em busca de proteção contra os caçadores de escravos.

Iniciado o período da União Ibérica, Felipe II de Espanha, na **Lei de 24 de fevereiro de 1587**, inclui nas medidas de proteção aos índios espontaneamente *descidos* e já repartidos ao serviço dos moradores e suas fazendas, a fiscalização, duas vezes ao ano, pelo Ouvidor-Geral e “Procuradores de Índio”.¹⁴⁰

Nove anos depois, a **Lei de 26 de julho de 1596**, reafirma a liberdade dos gentios e atribui aos Jesuítas a responsabilidade pela condução das expedições de *descimento*, e pela administração temporal dos aldeamentos. Aí, os religiosos os deveriam “instruir nas coisas da religião cristã, e domesticar, ensinar e encaminhar no que convém...”. A Lei de 1596 fortalecia também o cargo de Procurador do Gentio, responsável pela fiscalização do tratamento dado aos índios pelos particulares para quem trabalhassem (o trabalho deveria ser livre, remunerado e pelo prazo de dois meses). Mantinha ainda a atribuição do Ouvidor-Geral, que deveria “devassar uma vez por ano aqueles que cativarem os gentios contra a forma da lei”, e determinava “um juiz particular, que será português”, para conhecer “das causas que o gentio tiver com os moradores, ou os moradores com ele”.¹⁴¹

Na primeira década do Século XVII, sob o reinado de Felipe III de Espanha, a política indigenista no Brasil seguiu o rumo dos anos anteriores. A **Provisão de 5 de junho de 1605** determinou “que em nenhum caso se pudessem cativar os gentios do Brasil”.¹⁴²

¹⁴⁰ **Lei de 24 de fevereiro de 1587**, cf. THOMAS, Georg. *Op. Cit.*, pp.222-224.

¹⁴¹ **Lei de 26 de julho de 1596**, cf. BEOZZO, J. Oscar. *Op. Cit.*, pp.100-101 (Atualização ortográfica nossa).

¹⁴² **Provisão de 5 de junho de 1605**, cf. ANDRADE E SILVA, José Justino. *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa* (1603-1612). Lisboa : Imprensa de J.J. A. Silva, 1854; p.129.

Em **30 de julho de 1609** Felipe III promulgou outra lei de grande impacto na situação jurídica dos índios no Brasil. Nela, declarava “por livres, conforme a Direito e seu nascimento natural” todos os índios, tanto os já convertidos, quanto os “gentios, conforme a seus ritos, e cerimônias”. Os ilegalmente escravizados deveriam ser libertados e mandados de volta para as suas terras. El-Rey também declarava os índios como “senhores nas suas fazendas, nas povoações em que morarem, como o são na serra”, terras essas que não lhes poderiam ser tomadas. Podiam “com liberdade e segurança, morar e comerciar com os moradores das Capitanias”. Nas povoações sem a presença de Ouvidor dos Capitães competiria a um juiz particular, português, cristão velho, conhecer “das causas que o gentio tiver com os mercadores, ou os mercadores com ele”.¹⁴³

Avançada para os padrões da época, a Lei de 1609 representou, segundo THOMAS¹⁴⁴, a aplicação dos princípios contidos nas *Leyes Nuevas* de 1542. E assim como estas, também despertou a ira dos colonos, sendo revogada dois anos depois. O descontentamento chegou ao ponto em que “os membros da Câmara da Bahia convocaram a população da cidade, para deliberar sobre a situação criada pela nova lei de índios. Entre as opiniões que foram apresentadas, encontrava-se a exigência de expulsar os jesuítas, como ‘inimigos do bem comum’, enviando-os a Portugal.(...) O procurador de índios correu inclusive o risco de ser morto, quanto entrou numa discussão apaixonada e defendeu a posição dos padres.”¹⁴⁵

Em seu lugar a **Lei de 10 de setembro de 1611** restaurava a possibilidade de “guerras justas” contra os índios, a escravização de seus sobreviventes e a prática dos “resgates” ou pagamento ao índios do “sertão” pela liberdade dos “índios-da-corda” – prisioneiros de guerra que viviam nas aldeias inimigas aguardando serem sacrificados em rituais.¹⁴⁶

¹⁴³ **Lei de 30 de julho de 1609**, cf. *idem, ibidem*, pp.271-273.

¹⁴⁴ THOMAS, Georg, *Op. Cit.*, p.149.

¹⁴⁵ *Idem, Ibidem*, p.152.

¹⁴⁶ **Lei de 10 de setembro de 1611**, cf. ANDRADE E SILVA, J. J., *Op. Cit.*, pp.309-312.

Resgatados, tais índios tornavam-se cativos, devendo pagar em anos de serviço pelas despesas do resgate. FREIRE (1738-1789), em “Instituições de Direito Civil Português”, aponta as origens dos resgates na antiguidade greco-romana. Ensinava o professor da Universidade de Coimbra:

“aquele que conseguiu a liberdade com o meu preço, é obrigado pelo direito natural a restituir-mo (...). Mas, actualmente, como o cativo na guerra não se torna escravo, é nula a convenção sobre certo preço de resgate, podendo-se, no entanto, bem exigir o que se despendeu com a libertação do cativo.”¹⁴⁷

Segundo a Lei de 10.09.1611, os beneficiários dos resgates deveriam ficar cativos por um período de dez anos. A lei devolvia a administração temporal dos aldeamentos aos “Capitães leigos”, homens de “boa geração e abastados de bens”, encarregados desde o descimento à arregimentação dos índios para o serviço de particulares, atuando também como Juizes das causas dos Gentios fossem elas cíveis ou criminais, e tendo como primeira instância de apelação os Ouvidores de Capitania nos distritos respectivos.

Importante observar que aqui, ao mesmo tempo em que se fundem na primeira instância as funções de Juiz e Administrador temporal dos Aldeamentos, já não se fala mais na presença do Procurador dos Índios. Dispunha ainda a Lei de 1611 que o Governador – ouvidos o Chanceler da Relação e o Provedor-mór dos Defuntos – , se encarregaria da elaboração de um Regimento “em que se declarará o modo, e ordem, que os ditos Capitães, Curas ou Vigários, hão de guardar em seu governo temporal, e o que hão de haver de ordenado”. Infelizmente no âmbito desta pesquisa não conseguimos confirmar ter sido ou não formulado o mencionado Regimento.

No fim da união dos Reinos de Espanha e Portugal os conflitos entre os paulistas e as Missões Jesuíticas na região do Prata culminaram com a adoção de duas importantes medidas: o **Breve *Commissum Nobis*** e a **Lei de 16 de setembro de 1639**.

¹⁴⁷ FREIRE, Pascoal José de Melo. **Instituições de Direito Civil Português**. Livro II. Lisboa : Boletim do Ministério da Justiça, 1966. Disponível em <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=120&id_obra=76&pagina=19> (Acesso: 10.10.2006).p.15.

O Breve editado pelo Papa Urbano VIII em 22 de abril de 1639 respondia ao apelo dos Jesuítas por providências contra os bandeirantes que desde 1628 – violando as normas de proteção dos aldeamentos – , invadiam as missões levando escravos milhares de índios missioneiros. Além de confirmar e renovar a Bula *Sublimis Deus*, de 1537, o Breve condenava os atos atentatórios à liberdade dos índios.¹⁴⁸

Interessante observar que segundo SUESS, desde o início a metrópole havia proibido a divulgação na América Portuguesa da Bula *Sublimis Deus*. Assim, um Século depois a norma papal que reconhecia a natureza humana dos índios e o seu direito à liberdade continuava desconhecida por parte dos colonos no Brasil.¹⁴⁹

Os Jesuítas também obtiveram de Felipe IV de Espanha a **Lei de 16 de setembro de 1639**, mandando libertar os indígenas. A entrada em vigor de ambas as normas, contudo, dependeria de versão portuguesa da Lei de 1639, o que foi protelado pelo Conselho Real em Lisboa, tendo em vista o jogo de interesses na geopolítica da região das missões guaraníticas. Impacientes com a demora, os Jesuítas divulgaram o conteúdo do Breve *Comissum Nobis* e da Lei de 16 de setembro de 1639, causando grande revolta entre os colonos. Quando em 31 de março de 1640 a nova Lei entrou em vigor em Portugal e pouco mais tarde no Brasil, agravaram-se os protestos contra o Breve papal e os Jesuítas, que foram expulsos da Capitania de S. Vicente. Um documento ali elaborado (13.06.1640), intitulado “traslado da proposta sobre o Breve do SS Padre Urbano VIII, passado em Roma, aos 20 de abril de 1639, a favor da liberdade dos índios”, ao enumerar os motivos das objeções dos colonos dizia que o Breve só em último caso beneficiaria os índios, pois devido à “sua ineptidão e incapacidade para autogovernar-se”, a liberdade “só poderia trazer-lhes prejuízos”.¹⁵⁰ (grifamos)

¹⁴⁸ **Breve *Commissum Nobis***, cf. HERNÁEZ, Fco. Javier scj. **Colección de Bulas, Breves y otros Documentos relativos a la Iglesia de América y Filipinas**. Tomo I. Bruselas : Imprenta de Alfredo Vromant, Impresor-Editor. 1879; pp.109-110.

¹⁴⁹ SUESS, Paulo. **A Conquista Espiritual ... Op. Cit.**, p.275.

¹⁵⁰ THOMAS, Georg. **Op. Cit.**, pp.199-200.

Na década seguinte, algumas reformas ocorrem na administração temporal das aldeias. A primeira em 1653, quando a **Provisão de 17 de outubro** determina aos governadores que “as deixem governar pelos principais de sua nação”¹⁵¹. A segunda em 1655, quando a **Lei de 9 de setembro**, segundo PERRONE-MOISÉS¹⁵² se encontra a informação de que “proíbe expressamente que se ponham capitães nas aldeias, que devem ser governadas pelos missionários e chefes indígenas, ou ‘principais de sua nação’”.

Tais medidas acabaram por causar na região do Pará e Maranhão graves distúrbios que culminaram com a prisão e expulsão dos Religiosos da Companhia de Jesus. Um dos expulsos, o Pe. Antônio VIEIRA provoca do púlpito a corte real num dos seus famosos Sermões (Epifania) em 1662, chamando a atenção para a questão da escravização dos índios: “Não nos podemos sustentar doutra sorte, senão com a carne e sangue dos miseráveis índios! Então eles são os que comem gente? Nós, nós somos os que os imos comer a eles.” Para Vieira, depois de estarem a colher os frutos dos esforços evangelizadores e civilizadores, os resultados eram postos a perder pelos interesses escravocratas dos colonos.¹⁵³ Queixou-se então no Sermão da Epifania que depois de “os fazermos brancos pelo batismo” (...), quando os gentios que “ontem eram feras” hoje “começam a ser homens”, ficam à mercê dos colonos, que “os querem fazer escravos por negros”. VIEIRA protestava contra a escravização dos índios mas esclarecia: “não é minha tenção que não haja escravos, (...) queremos só os lícitos...”. Dessa forma, não condenava o cativo dos negros trazidos à força da África. Quanto ao trabalho missionário indigenista, útil ao jogo de interesses políticos e econômicos do sistema colonial, VIEIRA fez no Sermão a sua *mea culpa*. “Todos nesta parte”, dizia,

e eu em primeiro lugar, somos muito culpados. (...) Não só consentimos que percam a sua pátria aqueles gentios, mas somos os que, à força de persuasões e promessas (...) os arrancamos das suas terras, trazendo as povoações inteiras a viver ou a morrer junto das nossas. (...) não só consentimos que (...) percam a soberania natural, (...), mas somos os que, sujeitando-os ao

¹⁵¹ **Provisão de 17 de outubro de 1653**. ANDRADE E SILVA, J.J. de. *Op. Cit.* (1648-1656); pp.292-293.

¹⁵² PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Op. Cit.*, p. 119.

¹⁵³ cf. VIEIRA, Pe. Antônio S.C.J; *Op. Cit.*

jugo espiritual da Igreja, os obrigamos também ao temporal da coroa, fazendo-os jurar vassalagem.(...) não só não lhes defendemos a liberdade, mas pacteamos com eles, e por eles, como seus curadores, que sejam meios cativos, obrigando-se a servir alternadamente a metade do ano.¹⁵⁴ (Grifamos)

O Jesuíta defendia uma ação mais enérgica da Coroa na proteção dos índios, como um dever moral em razão de sua “*incapacidade e ignorância incrível*”¹⁵⁵. (Grifamos)

Os apelos de Vieira junto a Lisboa e Roma, resultaram na **Provisão de 12 de setembro de 1663**, garantindo aos religiosos em geral a continuidade da administração espiritual dos aldeamentos, e declarando que no temporal poderiam “ser governados pelos seus principaes, que houver em cada Aldêa”.¹⁵⁶

Nova reviravolta ocorreu em 1680. A **Lei de 1.º de abril** restaurou a Provisão de 1605 e a Lei de 1609, proibindo a escravização dos índios e ordenando que apenas sob guerra defensiva – ou ofensiva feita conforme as leis –, fossem tomados como prisioneiros, cabendo ao Governador enviá-los às “Aldeias dos Índios livres Católicos, onde possam reduzir à Fé, e servir o mesmo Estado, e conservarem-se na sua liberdade, e com bom tratamento”.¹⁵⁷

Com base na Lei de 1680, os aldeamentos do Pará e Maranhão passaram a ser conduzidos pelo **Regimento de 21 de dezembro de 1686**, que manteve os jesuítas no seu governo espiritual e temporal (§1). A figura dos *Procuradores de Índios*, é restaurada (§2), devendo sua atuação ser regulada em regimento próprio, elaborado pelo Governador e submetido a El-Rey (§3). Também aqui não conseguimos detectar qualquer indício de ter sido elaborada a tal norma de regência da atuação específica dos Procuradores de Índios, no período da vigência do Regimento das Missões, de 1686.

O Regimento também possuía regras para a proteção da liberdade dos índios e a sua inserção nos padrões culturais da metrópole. Mas lembrava aos governadores a

¹⁵⁴ VIEIRA, Pe. Antônio S.C.J. *Op. Cit.*

¹⁵⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁵⁶ **Provisão de 12 de setembro de 1663**, cf. Alvará de 7 de junho de 1755, In: SILVA, Antonio Delgado da. *Collecção da Legislação Portuguesa (1750 a 1762)*. Lisboa : Typ. Maignense, 1830; pp.393-394.

¹⁵⁷ **Lei de 1.º de abril de 1680**, cf. Lei de 6 de junho de 1755, In: SILVA, A. Delgado da. *Op. Cit.*, p.369-371.

obrigatoriedade de, nos descimentos, respeitarem os pactos entre os índios e os religiosos, “por ser assim conforme a fé pública fundada no direito natural, civil e das gentes” (§23). Embora reconhecesse aos índios dos “sertões” o direito de recusa à conversão religiosa e ao descimento, não previa sua participação na administração dos aldeamentos. Uma vez aldeados, ficavam sob tutela absoluta.¹⁵⁸

Um ano e quatro meses após o Regimento, a Lei de 1.º de abril de 1680 que lhe originava era por sua vez revogada. O **Alvará de 28 de abril de 1688**¹⁵⁹, sob o argumento de que a proibição dos resgates e dos cativeiros teria causado mais mortes entre os índios, uma vez que não eram mais salvos dos rituais antropofágicos nem feitos prisioneiros pelos portugueses, restaurava em parte a Lei de 1655, que admitia o cativo decorrente de resgates e de guerras justas. Segundo PREZIA & HOONAERT, os resgates eram efetuados “em troca de mercadorias, como machados e facões”, ferramentas extremamente úteis para a vida nas florestas, a ponto de ter havido “um aumento de lutas intertribais com a finalidade de obter cativos para serem trocados com os colonos.”¹⁶⁰

Apesar da preocupação da Coroa com *as perdas de vidas nas guerras justas* e nos rituais antropofágicos, as mortes em cativo não foram menores, como se vê na **Carta Régia de 20 de novembro de 1699**, onde El-Rey alude à miséria dos colonos pela falta de indígenas em razão da “grande mortandade que deles se tem experimentado de anos a esta parte”, autorizando assim novas “entradas no Sertão para os resgates de escravos.”¹⁶¹

Todavia o sistema de aldeamento a cargo dos Religiosos teve prosseguimento, permanecendo vigente também o Regimento de 1686. Apesar da tutela prevista no Regimento e da não previsão de participação indígena na administração temporal dos aldeamentos, há indícios de que os índios tenham desempenhado algum papel juridicamente ativo.

¹⁵⁸ **Regimento de 21 de dez. de 1686**, cf. ANDRADE E SILVA, J. J. de. *Op. Cit.* (1683-1700), pp. 468-472.

¹⁵⁹ **Alvará de 28 de abril de 1688**, cf. *idem, ibidem*, (1683-1700) Suplemento; pp. 484-486.

¹⁶⁰ PREZIA & HOONAERT. **Brasil Indígena: 500 anos de resistência**. São Paulo : FTD, 2000; p.128.

¹⁶¹ **Carta Régia de 20 de nov. de 1699**, cf. ANDRADE E SILVA, J.J. de. *Op. Cit.* (1683-1700) Supl; p.507.

No **Alvará de 6 de fevereiro de 1691**, ao dispor sobre as providências a serem adotadas contra os colonos no Maranhão que escravizavam índios ilegalmente, menciona El-Rey a possibilidade de denúncias serem efetuadas pelos próprios índios, da mesma forma que os demais denunciantes: “...sendo os mesmos índios os que denunciarem a injustiça dos seus cativeiros (como podem fazer) ...”¹⁶²

Na **Carta Régia de 1.º de fevereiro de 1701**, El-Rey afirma que “igualmente lhes mando advertir, que não devem privar os índios dos postos que ocupam”¹⁶³. Orientações no mesmo sentido foram enviadas em **Carta Régia de 03 de fevereiro** daquele ano, à Junta das Missões do Estado do Maranhão, mandando-se guardar aos índios, “infalivelmente, as prerrogativas de seus postos”¹⁶⁴.

Em **11 de abril de 1702**, em mais uma Carta Régia ao Governador do Maranhão, declara El-Rey o grau de importância política e econômica que possuía o sistema de aldeamentos, ao dizer que “as Missões são o principal objeto com que procuro estabelecer e aumentar meus domínios, e ocupam, sempre muito especialmente, o meu cuidado”¹⁶⁵. A cada Carta Régia fica patente a percepção da Coroa quanto ao papel dos aldeamentos no desenvolvimento econômico regional, viabilizado através da mão-de-obra indígena.

O ano de 1750 trouxe o início da administração pombalina, e de profundas modificações na política indigenista, iniciando 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*¹⁶⁶.

No primeiro passo das reformas, a **Lei de 6 de junho de 1755** denunciava o fracasso da política indigenista até então adotada para os Estados do Maranhão e do Pará. A causa de todos estes “fracassos” estaria, segundo El-Rey D. José, em não se ter sustentado aos índios a

¹⁶² **Alvará de 6 de fev. de 1691**, *idem, ibidem* (1683-1700) Supl.; pp.486-487.

¹⁶³ **Carta Régia de 1.º de fevereiro de 1701**, *idem, ibidem* (1701), s/d; pp.2-3.

¹⁶⁴ **Carta Régia de 03 de fevereiro de 1701**. *idem, ibidem* (1701), s/d; pp.3-5.

¹⁶⁵ **Carta Régia de 11 de abril de 1702**. ANDRADE E SILVA, *Op. Cit.*(1702).Lisboa : Impr.Nacion.,s/d;p.28.

¹⁶⁶ cf. FARAGE, Nádia & CARNEIRO DA CUNHA, *Op. Cit.*, p.104.

liberdade que já se lhes havia sido declarada “pelos Sumos Pontífices, e pelos Senhores Reis Meus Predecessores”. Assim sendo, revogava todas as Leis, Regimentos e Resoluções que nas Capitanias do Grão Pará e Maranhão permitiam a escravização dos índios.

Em seu lugar renovava, por inteiro, a Lei de 1.º de abril de 1680. Mandava afixar em lugares públicos, nas cidades de Belém e São Luiz, editais com a declaração de serem os índios “livres, e isentos de toda a escravidão”. A Lei de 1755 mandava ainda castigar aqueles que, abusando da “imbecilidade” dos índios, perturbassem os seus direitos territoriais. Para o êxito de sua civilização, seriam estimulados às práticas agrícolas, na perspectiva de que as relações “com os habitantes dos lugares marítimos” para a comercialização de tais produtos viesse a contribuir para o abandono dos “seus barbaros costumes”. E ao Governador e Capitão Geral caberiam cuidar de sua instrução civil, ao mesmo tempo que “conservar as liberdades de suas pessoas, bens e comércio”.¹⁶⁷

O segundo passo da administração pombalina para a modificação da política indigenista foi dado no dia seguinte, no **Alvará de 7 de junho de 1755**. Denominado “*Alvará acerca do Governo e da Administração das Índias*”, visava complementar determinação anterior de restituir a liberdade aos indígenas, a qual entendia não seria exequível sem o estabelecimento de uma administração temporal sobre os índios que “se acomodasse aos seus costumes, quanto possível fosse, no que é lícito, e honesto”, pois assim mais facilmente seriam os índios atraídos ao cristianismo. Extinguiu portanto a administração temporal dos Missionários Regulares sobre os aldeamentos, revogando o Capítulo primeiro do Regimento de 1686 e todas as demais normas anteriores que permitissem “ingerirem-se no governo temporal, de que são incapazes”. Ao mesmo tempo, renovou por inteiro a Real Provisão de setembro de 1663 que restringira os religiosos aos assuntos de natureza espiritual dos aldeamentos, que no temporal poderiam ser governados pelos seus “principais” de cada Aldeia. Para tanto ordenou o Alvará de 1755 as seguintes medidas: (a) que nas vilas os cargos

¹⁶⁷ **Lei de 6 de junho de 1755**, cf. SILVA, A. Delgado da. *Op. Cit. (1750 a 1762)*; pp.369-376.

de Juizes ordinários, vereadores e oficiais de justiça fossem ocupados preferencialmente pelos “índios naturais delas”; (b) que as Aldeias independentes das vilas fossem “governadas pelos seus respectivos principais...”; e (c) que os recursos interpostos pelas partes contra as decisões dos juizes ordinários indígenas das vilas, ou dos principais das aldeias independentes, fossem enviados aos Governadores e Ministros de Justiça para a administrarem na conformidade das Leis e Ordens Régias expedidas para o Estado do Grão-Pará e Maranhão.¹⁶⁸

Como observa ALMEIDA, a Lei e o Alvará de 1755 visavam a plena emancipação dos índios. A primeira conferindo-lhes o *status* de indivíduos livres, aptos ao exercício de trabalhos úteis e capazes da prática de atos de comércio, podendo prover a própria subsistência e alçar a condição de proprietários. A segunda, inserindo-os num projeto de sociedade emancipada, autônoma, capaz de gerir a si própria tanto no plano político quanto jurídico e econômico, conforme o modelo imposto de civilização.

Contudo, segundo FARAGE & CARNEIRO DA CUNHA, tal autonomia preocupava a Colônia. Temia-se que “naturalmente avessos ao trabalho”, retornassem em massa às aldeias de origem. Em 1757 o Governador do Grão-Pará, em carta ao colega do Maranhão, revelara que para evitar a evasão decidira ter por “dementes” os índios refratários ao trabalho (os “rústicos”, “ignorantes” e “vadios”) e assim submetê-los à administração do Juiz de Órfãos, excluindo-se apenas os artesãos que já se sustentassem economicamente. “O estatuto de órfão decorria assim de uma recusa contingente ao trabalho”¹⁶⁹. Abandonava-se a visão dos índios como capazes para desenvolvimento autônomo de suas potencialidades individuais ou coletivas. Em 1758 a parte remanescente do Regimento de 1686 chegava ao fim. O **Alvará Régio de 17 de agosto** daquele ano¹⁷⁰ colocava em seu lugar o **Diretório de 3 de maio de 1758**. No ano seguinte, 1759, a Companhia de Jesus era expulsa de Portugal e de todos os seus domínios sob acusação de conspiração contra os interesses da Coroa.

¹⁶⁸ **Alvará com força de Lei, de 7 de junho de 1755**, cf. SILVA, A. Delgado. *Op. Cit.*, (1750-1762); pp.392-4.

¹⁶⁹ FARAGE & CARNEIRO DA CUNHA, *Op. Cit.*, p.108.

¹⁷⁰ **Alvará Régio de 17 de agosto de 1758**, cf. SILVA, A. Delgado da. *Op. Cit.*, (1750 a 1762); pp.634-635.

Intitulado “*Diretório que se deve observar nas Povoações dos Índios do Pará e Maranhão, enquanto sua Magestade não mandar o contrário*”¹⁷¹, o Diretório de 1758 iniciava observando que embora o Alvará de 1755 tivesse garantido aos “principais” a administração temporal das aldeias, estes não possuiriam “a necessária aptidão que se requer para o Governo”, devido à “lastimosa rusticidade, e ignorância” em que viviam. Esta incapacidade, contudo, seria superável num processo educacional conforme os padrões culturais da metrópole. Assim, deveriam os índios ficar sob a administração temporal de um “Diretor”, cuja obrigação principal e específica consistiria em civilizá-los (§ 5), a fim de se tornarem úteis a si, aos moradores e ao Estado (§ 3). O Diretor passava então a cumprir um papel correspondente ao de tutor dos indígenas, zelando pela sua educação e protegendo seus interesses. Uma vez civilizados, poderiam finalmente, como uma verdadeira emancipação, assumir a condução política e administrativa de suas vidas. O Diretório não estabelecia, contudo, um prazo temporal para a realização desta finalidade.

As restrições à capacidade indígena no âmbito civil delineadas no Diretório pombalino podem ser melhor focalizadas no controle a ser desenvolvido pelo Diretor quanto à prática dos atos de comércio, e no gerenciamento dos frutos do trabalho remunerado. No primeiro caso, o controle justifica-se pelo fato de que a “rusticidade” e “ignorância” dos índios os impediria de “compreender a verdadeira e legítima reputação dos seus gêneros”, e de “alcançar o justo preço das fazendas” que deveriam comprar (§ 37). Então, para não serem lesados, não poderiam comerciar “ao seu pleno arbítrio”. O “desinteresse e a ignorância” dos índios de um lado, e o “conhecimento e a ambição” dos colonos do outro, faria com que as relações comerciais entre ambos fossem marcadas por uma indesejada situação de desigualdade. Daí a ordem expressa: “não poderão os índios fazer negócio algum sem a assistência dos seus Diretores” (§ 39). Quanto ao controle dos frutos do trabalho, considerava-

¹⁷¹ **Diretório de 3 de maio de 1757**, cf. SILVA, A. Delgado da. *Op. Cit.* (1750 a 1762).; pp.507-530. Será aqui denominado como “Diretório Pombalino”, ou simplesmente “Diretório”.

se mais uma vez a “rusticidade e ignorância” dos índios: “entregar a cada um o dinheiro que lhe compete faria ofender não só as Leis da Caridade, mas da Justiça, pela notória incapacidade que tem ainda agora de o administrarem ao seu arbítrio” (§ 58). Assim, os salários não lhes deveriam ser entregues, mas aos Diretores (§68), que deveriam repassar-lhes apenas um terço, depositando o restante em cofre (§69). As aquisições dos produtos de que necessitassem não deveriam ser efetuadas pelos próprios índios, mas pelo Tesoureiro (§58).

Para Rita de ALMEIDA este tipo de controle relaciona-se com o “tema da menoridade” dos índios, na medida em que busca intermediar “a relação do índio com o dinheiro, dificultando-lhe a independência que o trabalho remunerado ou o livre comércio lhe proporcionaria”¹⁷². Em referência explícita à natureza tutelar dos Diretores, lembra (§ 92) que deveriam proteger os bens e interesses dos índios “como se fossem seus Tutores, enquanto se conservam na bárbara e incivil rusticidade.” Assim, deveriam conduzi-los, velar por seus interesses, protegê-los de possíveis danos, mas apenas enquanto se mantivessem em sua “bárbara e incivil rusticidade”, mantendo contudo a possibilidade de virem a ocupar os cargos indicados pelo Alvará de 1755.

O Diretório de 1758, estendido às demais regiões do país¹⁷³, pereceu sob a Regência de D. Maria I, na **Carta Régia de 12 de maio de 1798**. Para esta, suas medidas tutelares impediriam aos índios a possibilidade de se beneficiarem do “bem real” da civilização, e de “entrarem na sociedade e fazerem parte dela”. Segundo SAMPAIO¹⁷⁴, a Carta mariana buscava corrigir a ausência de previsão para o fim da tutela. O ideal civilizador ali pregado buscava chegar “ao ponto de se confundirem as duas castas de índios e brancos em uma só de vassalos úteis ao Estado, e filhos da Igreja.” Para tanto, deveriam os índios ser tratados “sem diferença dos outros vassalos”, sendo “dirigidos e governados pelas mesmas leis” que

¹⁷² ALMEIDA, *Op. Cit.*, pp.211-212.

¹⁷³ Cf. MENDES JÚNIOR, João. *Op. Cit.*, e FARAGE & CARNEIRO DA CUNHA, *Op. Cit.*

¹⁷⁴ SAMPAIO, Patrícia Melo. *Op. Cit.*

regeriam o restante da população. Ao extinguir o Diretório, dizia D. Maria I estar “restituindo os índios aos direitos, que lhes pertencem igualmente como aos meus outros vassallos livres”.

Contudo, tal tratamento igualitário não operaria de modo automático e indistinto. Os índios que já vivessem “em Aldeias, promiscuamente com os outros”, e que por isso “já hoje fazem parte da sociedade, servindo o Estado e conhecendo uma religião”, ou seja, aldeados ou habitantes das vilas ou povoações indígenas, seriam engajados nos Corpos de Milícias, ou no corpo efetivo de índios, empregados nas embarcações pesqueiras ou no transporte de madeira, servindo à Coroa e aos particulares.¹⁷⁵

Outro tratamento era previsto aos que vivessem “embrenhados nos matos” e “desgraçadamente envolvidos em uma ignorância cega e profunda”. A estes a metrópole concedia “*o privilégio de órfãos*” ou seja, serem de modo quase paternal protegidos em suas pessoas e bens e guiados em suas atitudes em razão das deficiências inerentes ao seu modo de vida ainda “incivilizado”. Ficavam então sob o regime de proteção das Ordenações Filipinas¹⁷⁶, que amparava do mesmo modo os menores púberes e impúberes. Tratava-se de protegê-los através da autoridade e administração de um tutor que deveria cuidar de sua educação, defendê-los de ofensas e administrar-lhes os bens, “como um bom pai de família”.¹⁷⁷

Esta proteção era atribuída aos particulares que, após atraírem os índios não aldeados, requeressem a contratação de seus serviços por tempo determinado. Tais índios teriam direito à remuneração ao final do período estipulado. Caberia aos particulares a quem servissem, mediante lavratura de Termo – segundo SAMPAIO denominado “Termo de Educação e Instrução”¹⁷⁸ –, o compromisso de educá-los e cuidar de sua instrução e batismo.

¹⁷⁵ **Carta Régia de 12 de maio de 1798**, cf. SAMPAIO, Patrícia Melo. *Op. Cit.*; pp.332-342.

¹⁷⁶ As *Ordenações Reais* consistiam em compilações das leis esparsas e costumes jurídicos vigentes em terras lusitanas. As Ordenações Filipinas (1603) foram precedidas pelas Afonsinas (1446), e pelas Manuelinas (1521), mantendo-se vigentes no Brasil até o advento do Código de 1916.

¹⁷⁷ Cf. FREIRE, Pascoal José de Melo. *Op. Cit.*, pp.20-21.

¹⁷⁸ SAMPAIO, Patrícia. *Op. Cit.*, p.229.

A partir daí, enquanto os indígenas das povoações gozavam do mesmo *status* político e jurídico que os demais vassallos da Coroa, os recentemente descidos ficariam sob tutela orfanológica, aos cuidados dos particulares a quem deveriam servir e de quem deveriam receber, além da proteção, a educação voltada para o seu ingresso na civilização e na religião católica, o que ocorrendo levaria ao fim da tutela. CARNEIRO DA CUNHA e SAMPAIO observam que, moldada às especificidades amazônicas, a Carta de 1798 não teve alcance geral, levando a um vazio normativo nas demais regiões, que só seria sanado em 1845.¹⁷⁹

1.3. O Império e a proteção aos indígenas: entre Bonifácio e Varnhagen.

A ausência de normas protecionistas para os índios aldeados, conforme a Carta de 1798, e a possibilidade de “autogoverno” que proporcionou, manteve-se ainda durante um bom tempo após a Independência e o início do Império.

Relativamente a este “autogoverno”, CARNEIRO DA CUNHA observa haverem indícios de que nas primeiras décadas do Século XIX, algumas lideranças indígenas conseguiram, apesar dos preconceitos de que eram vítimas, aproveitar da igualdade formal possibilitada pela Carta mariana, e exercer de modo competente as funções político-administrativas que assumiram. Como exemplos da prática de peticionamento direto destes líderes indígenas no interesse de suas comunidades, a autora cita alguns casos, como dos índios da aldeia dos Aramaris de Inhambupe de Cima (BA), protestando em 1815 contra a invasão das terras de sua aldeia; do Principal dos índios Gamela de Viana (MA) que em 1821/22 obtém a demarcação judicial das terras de sua aldeia; do Xukuru, capitão-mor da vila de Cimbres (PE) que “denuncia em 1825 os abusos cometidos aparentemente pelo diretor da aldeia e obtém uma decisão favorável do Imperador (23/3/1825)”; e do capitão-mór da vila de Atalaia (AL), protestando também contra a invasão das terras da aldeia.¹⁸⁰

¹⁷⁹ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Política Indigenista...** *Op. Cit.* e SAMPAIO, Patrícia Melo. *Op. Cit.*

¹⁸⁰ *Idem, Ibidem*, p.152.

Nos trabalhos preparatórios à Constituinte de 1822, a questão indígena voltava a atrair a atenção dos círculos políticos, a ponto de cinco projetos sobre a temática serem enviados às Cortes Gerais Portuguesas. Dentre tais projetos, o destaque foi para os “*Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil*”, apresentados por José Bonifácio de ANDRADA E SILVA, em 1.º de junho de 1823.¹⁸¹

Considerando “a civilização dos índios bravos” como “objeto de sumo interesse e importância”, Bonifácio lançava à Constituinte, em seus “Apontamentos”, um conjunto de propostas formado por 43 itens, cujo cumprimento entendia necessário ao sucesso do empreendimento civilizador daqueles “miseráveis” índios. Antes, porém, chamava a atenção para a importância da revisão dos métodos já adotados com esta finalidade, e, o mais importante, para a necessidade de compreensão da “verdadeira natureza” dos índios bravos, para só depois “acharmos os meios de os converter”¹⁸².

Apesar de sua visão preconceituosa, acreditava Bonifácio que o homem “primitivo” não seria bom, nem mau por natureza, mas “um mero autômato, cujas molas podem ser postas em ação pelo exemplo, educação e benefícios”. Enfim, apostava em seus *Apontamentos* que os índios seriam “capazes de civilização”, sendo necessário para tanto “imitar e aperfeiçoar” os métodos historicamente utilizados nos aldeamentos. Só assim, acreditava, seria possível concretizar o ideal civilizatório dos índios, pois, como dizia nos *Apontamentos*, “mudadas as circunstâncias, mudam-se os costumes”. Desta forma, propunha que os “índios bravos” permanecessem sob a tutela dos missionários nos aldeamentos, cuidando-se contudo de evitar a “perpétua minoridade” à qual estariam sujeitos no Diretório Pombalino. Um tribunal especial em cada província promoveria o fim da tutela, autorizando, nas aldeias “já civilizadas”, a introdução de brancos e mulatos, para um processo de miscigenação que

¹⁸¹ Os demais autores foram Francisco Muniz TAVARES (PE), Domingos Borges de BARROS (BA), Francisco Ricardo ZANE e José Caetano Ribeiro da CUNHA (PA). (cf. MOREIRA NETO, C.A. *Op. Cit.*, p.247).

¹⁸² ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. **Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil**. In: CALDEIRA, Jorge (Org.). José Bonifácio de Andrada e Silva. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo : Editora 34, 2002; pp. 187, 189 e 184, *passim*.

lograsse “fazer deles todos um só corpo da nação”, e, depois, autorizando a elevação posterior das aldeias em vilas, conforme o Alvará Régio de 1755.¹⁸³

CARNEIRO DA CUNHA¹⁸⁴ afirma que, apesar de sua ingenuidade e preconceito, os *Apontamentos* tiveram sua importância por retomar a questão indígena “dentro de um projeto político mais amplo”, o que, naquele momento histórico envolvia a perspectiva de sua incorporação, como população livre, à idéia de povo brasileiro, elemento indispensável aos ideais de um recém declarado Império independente.

Mas Apesar do prestígio de seu propositor os *Apontamentos* não foram incorporados à redação final do projeto constituinte. E a **Constituição do Império** (24 de março de 1824) restou silente a respeito da presença indígena.

Através da **Lei de 20 de outubro de 1823** o Imperador incluiu entre as competências administrativas das Províncias, a de “*promover as missões e catequese dos índios*” (art. 24, § 9.º), porém, sem o apoio de norma geral a respeito¹⁸⁵. A ação indigenista do Império, após a Carta de 1824, manteve-se nos limites das instruções administrativas pontuais e localizadas.

Só através da **Lei de 27 de outubro de 1831** o Império veio a adotar a primeira medida de importância protecionista, ao revogar as Cartas Régias de 1808, através das quais D. João VI havia declarado “guerras justas” aos índios. A medida destinava-se às Províncias de São Paulo e Minas Gerais, cujos índios “hostis” (Botocudos, Puris, etc.) sobreviventes de tais guerras haviam ficando em cativeiro por 15 anos. A Lei de 1831 mandava libertar aqueles que estivessem em servidão (art. 3.º), determinando que fossem “considerados como órfãos, e entregues aos respectivos juizes para lhes applicarem as providências da Ordenação, Livro I, Título oitenta e oito” (art. 4.º).¹⁸⁶

O Título CII do Livro VI das **Ordenações Filipinas** previa que a todos os órfãos e

¹⁸³ ANDRADA E SILVA, José Bonifácio. *Apontamentos...* *Op. Cit.*, pp. 186-189 e 198, *passim*.

¹⁸⁴ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Política Indigenista no Século XIX**. *Op. Cit.*

¹⁸⁵ **Lei de 20 de outubro de 1823**, cf. CLIB, 1823 [s/d] : 13.

¹⁸⁶ **Lei de 27 de outubro de 1831**, cf. CLIB, 1831[1873]:165-166.

menores seriam dados, pelo Juiz de Órfãos, Tutores e Curadores (caso ainda não os tivessem no prazo de um mês a contar do dia em que adveio a orfandade), aos quais seriam entregues “todos os bens móveis e de raiz, e dinheiro dos ditos órfãos e menores. Assim como estes, os índios “não civilizados” recém libertos deveriam ser governados em suas pessoas e bens por tutores ou curadores, que deveriam zelar pelos seus interesses.”¹⁸⁷

Ainda segundo a lei de 1831 os índios deveriam ser “socorridos pelo Tesouro do preciso” até que os Juizes de Órfãos lhes encaminhassem ao trabalho como assalariados ou aprendizes de “ofícios fabris” (art. 5.º). Caberia aos Juizes de Paz nos Distritos zelar pela sua liberdade (art. 6.º). Aliás, veja-se a respeito da competência dos Juizes de Paz a **Decisão n.º 156, de 21 de março de 1833**, que esclareceu ao Juiz de Paz do Curato do Rio Bonito que, “estando extinto o Juízo da Conservatoria, privilégio de que gozavam os índios, deve Vm. usar a respeito delles da mesma jurisdição, que tem a respeito dos outros cidadãos.”¹⁸⁸

SOUZA FILHO observa que a Lei de 1831 não estendeu a *tutela orfanológica* a todos os índios. Visou proteger *as suas pessoas*, e teve como perspectiva a cessação de tal tutela no momento em que os índios libertos se auto-sustentassem através do trabalho assalariado. Esta proteção *à pessoa* decorria de que, saídos do cativeiro, necessitavam de amparo especial a fim de que pudessem ser sustentados e orientados até que pudessem estar devidamente integrados ao processo produtivo, e, assim, auto-suficientes. Assim, conforme aquele autor, o destino a ser dado aos índios pelos juizes de órfãos não seria o de entregá-los “a tutores ou curadores, que administrassem os seus bens, mas a empregadores ou mestres de ofício”.¹⁸⁹

Os **Avisos de 02 de setembro de 1845** do Ministério da Justiça enviados inicialmente ao Juiz de Órfãos da Corte e ao Vice-Presidente da Província do Pará, informando que diversos índios em razão de sua “natural simplicidade” haviam sido aliciados ao cativeiro em

¹⁸⁷ **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal** recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Livro VI, Título CII. In: ALMEIDA, Cândido Mendes de. 14ª Edição, Rio de Janeiro : Tipografia do Instituto Filomático, 1870; pp.994-1004.

¹⁸⁸ **Decisão n.º 156, de 21 de março de 1833**, cf. CDGIB, 1833 [1873]:109.

¹⁸⁹ SOUZA FILHO, C. F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.95.

residências de particulares, mandava que tais juízes lhes dessem Curadores que deveriam cuidar para que se formalizasse o contrato de locação dos serviços dos índios. Os locatários, além de remunerá-los deveriam também cuidar de seu batismo e instrução religiosa¹⁹⁰.

No ano seguinte as Ouvidorias de Comarca eram extintas pela **Lei de 29 de novembro de 1832** (art. 8.º), que promulgava o Código de Processo Criminal de primeira instância e estabelecia disposições provisórias acerca da Justiça Civil¹⁹¹.

Desde os tempos da Colônia, inicialmente através do Ouvidor-Geral da Coroa (Resol. de 1566) as Ouvidorias eram incumbidas da conservação dos bens dos índios. Segundo VARNHAGEN, na Comarca de Itu (SP) à época do Conde de Palmas, assinava-se perante o ouvidor da comarca um **Termo de Tutela** dos índios, no qual os particulares se obrigavam a “educá-los, tratá-los bem, e utilizar-se dos seus serviços até certa idade, na qual o índio ficava emancipado, tendo então o arbítrio de existir na mesma casa, ou ir para onde lhe convinha”.¹⁹²

Nenhuma providência porém era dada pela Lei de 1832 à administração de tais bens após a extinção das Ouvidorias. No ano seguinte o **Dec. de 3 de junho de 1833** encarregava sua administração aos Juizes de Órfãos dos municípios, “enquanto pela Assembléia Geral se não derem outras providências a tal respeito”¹⁹³. Tais juízes tinham competência meramente administrativa, e entre as matérias relativas à administração dos bens dos índios estavam a gestão dos contratos de arrendamento e suas terras a particulares, a aplicação do produto na assistência aos índios mais pobres, e a “aviventação dos rumos” de tais terras.¹⁹⁴

Uma década depois, o **Regulamento n.º 143 de 15 de março de 1842** confirmava na jurisdição dos Juízes de Órfãos, “a administração dos bens pertencentes aos Índios, nos

¹⁹⁰ cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Política Indigenista ... Op. Cit.**, pp.200-202.

¹⁹¹ **Lei de 29 de novembro de 1832**, cf. CLIB 1832[1874]:186-242.

¹⁹² VARNHAGEN, F. Adolfo de. **Memorial Orgânico**. 2.ª ed.; In: *Revista Guanabara*, RJ, Typografia da Empreza Dous de Dezembro, de Paula Brito, Impressor da Casa Imperial, 1851; p.396.

¹⁹³ **Decreto de 3 de junho de 1833**, cf. CLIB 1833 [1873]:83.

¹⁹⁴ **Decisões 614 de 18.10.1833**, CDGIB 1833[1873]:436-37, e **275 de 13.08.1834**, CDGIB 1834[1866]:20 7.

termos do Decreto de três de Junho de 1833” (art. 5.º § 12). Ficavam então os bens dos índios indistintamente sob a proteção daqueles Juízes.¹⁹⁵

A respeito do Decreto de 1833 e do Regulamento de 1842, SOUZA FILHO observa constituírem normas protecionistas de escopo diverso daquele previsto na Lei de 1831. Se nesta o objetivo era proteger e amparar, através da tutela orfanológica, apenas *as pessoas* dos índios libertos dos cativeiros das guerras justas declaradas em 1808, até que se integrassem e se tornassem auto-suficientes economicamente, naquelas o objetivo era proteger *os bens* dos indígenas, de modo indistinto, fossem eles “bravos” ou aldeados. Na prática, a pouca clareza em torno do assunto levou à interpretação errônea de que *todos* os índios estariam sob a *tutela orfanológica*, visão que estendeu-se até o início da República¹⁹⁶.

Abdicando Pedro I, o **Ato Adicional de 1834 (Lei n.º 16 de 12 de agosto de 1834)** incluiu entre as modificações à Constituição do Império, a que estendeu às Assembléias Legislativas Provinciais a competência para promover, cumulativamente com a Assembléia e o Governo gerais, “*a catequese e civilização dos indígenas*” (art. 11, § 5.º)¹⁹⁷. É então *pelas mãos do Ato Adicional de 1834 que pela primeira vez se introduz num texto constitucional brasileiro a menção aos indígenas*. Não para respeitar a sua autonomia política, mas para continuar a sua sujeição à *catequese e civilização*. Do mesmo modo inaugurou também o precedente danoso, de conferir às Províncias, ou seja, às oligarquias rurais, a autorização para legislar cumulativamente com o Império sobre o tema.

¹⁹⁵ **Regulamento n.º 143, de 15 de março de 1842** (cf. CLIB 1842 [1865]:179) tratava da execução da parte civil da **Lei n.º 261 de 3 de dezembro de 1841**, que reformulara o Código de Processo Criminal. Esta estabelecia, no título relativo a disposições civis, a possibilidade de, “nas grandes povoações”, haverem um ou mais Juízes de Órfãos, a serem escolhidos pelo Imperador dentre os Bacharéis formados, habilitados para serem Juízes Municipais (art. 117). Estabelecia também que, em não havendo Juiz de Órfãos especial, sua jurisdição viesse a ser exercida inicialmente pelo Juiz de Direito Cível, e, não o havendo, pelo Juiz Municipal (art. 118). As contas dos Tutores, Curadores, e Tesoureiros dos Cofres dos Órfãos e ausentes seriam revistas em correição, pelo Juiz de Direito da Comarca (art. 119). Das sentenças proferidas pelos Juízes de Órfãos caberiam apelações para a Relação do Distrito (art. 123) (cf. CLIB 1841[1866]:101-122.).

¹⁹⁶ cf. SOUZA FILHO, C. F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.96.

¹⁹⁷ **Ato Adicional de 1834 (Lei n.º 16 de 12 de agosto de 1834)**, cf. CLIB, 1886 [1834] : 2-22.

Foi apenas com a edição do **Decreto n.º 426 de 24 de julho de 1845** – que estabeleceu o *Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios*, que o Império pôs as diretrizes gerais de sua ação indigenista, suprimindo o vácuo normativo existente desde a extinção do Diretório, em 1798. Com o *Regulamento*, em cada Província haveria um Diretor-Geral de índios, nomeado pelo Imperador. Sob sua liderança haveriam, em cada aldeia, Diretores nomeados pelos Presidentes das respectivas Províncias, além de um Tesoureiro, um Almojarife, um Cirurgião e um Missionário.

A natureza da função de tais encarregados dos Aldeamentos era essencialmente tutelar, no sentido de que deveriam, como diz SOUZA FILHO¹⁹⁸, “exercer a proteção das pessoas e bens dos índios”, detendo, dessa forma, “os poderes e atribuições dos juizes de Órfãos”, exceto sua competência jurisdicional.

As atribuições dos Diretores-Gerais envolviam (art. 1.º), a concessão de licença a terceiros para efetuarem negócios nas aldeias e retirá-los quando julgassem conveniente (§16), a garantia de que não fossem os índios constrangidos a servir a particulares (§28), a fiscalização das rendas das aldeias (§30), a aplicação dos “dinheiros” e demais bens das aldeias segundo as necessidades destas e na conformidade com as Ordens do Governo Imperial (§31). Já os Diretores de Aldeia tinham entre as suas atribuições (art. 2.º) a entrega ao Tesoureiro ou Almojarife dos produtos dos trabalhos dos índios (§6.º), a aplicação dos dinheiros e bens dos índios segundo as determinações do Diretor-Geral (§8.º). Aos Tesoueiros (art. 3.º) caberia, entre outras atribuições, o recolhimento e guarda dos “dinheiros” e outros bens pertencentes à Aldeia, bem como a prestação de contas e escrituração de todos os bens recebidos e pagamentos autorizados.¹⁹⁹

Devido a esta proteção aos bens conferida aos responsáveis pelos Aldeamentos, o Decreto 426/1845 revogou as disposições daquele de 1833 que encarregava provisoriamente

¹⁹⁸ SOUZA FILHO, C. F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.96.

¹⁹⁹ **Decreto n.º426, de 24 de julho de 1845**, cf. CLIB, 1845 [1846] : 86-96.

aos Juizes de Órfãos dos Municípios a administração daqueles bens. Ou seja, no âmbito administrativo a responsabilidade pela proteção dos bens dos índios deixou de ser atribuição daqueles Juizes, passando aos administradores dos Aldeamentos. A competência judicial de primeira instância permaneceu com os mesmos Juizes, conforme o Regulamento 143/1842.

Além disso, o *Regulamento* de 1845 determinava também, que os Diretores, Gerais e de Aldeias, atuassem como *Procuradores dos Índios*, requerendo “em nome dos mesmos perante as Justiças e mais autoridades” (arts. 1.º, §32, e 2.º, §16). Segundo CARNEIRO DA CUNHA, a partir do momento em que os Diretores assumem tal função, “não se conhecem processos em defesa dos direitos indígenas”.²⁰⁰

É de se observar também que o *Regulamento*, no rastro da concentração da propriedade privada e das pressões pela expansão das fronteiras agrícolas que se seguiu ao longo do Século XIX, incentivou uma prática que logo se revelaria extremamente danosa aos povos indígenas: o arrendamento e o aforamento de suas terras, em contratos firmados pelos Diretores-Gerais, sem que os índios tivessem direito a qualquer tipo de consulta. Além disso, o Regulamento de 1845 previa também a possibilidade de o Governo Imperial vir a se desfazer das terras das antigas aldeias, das quais as comunidades indígenas fossem removidas para a formação dos aldeamentos (art.1.º,§4.º) controlados pelo Estado.

Assim, muitos povos indígenas chegaram ao fim do Século XIX com enormes perdas territoriais, e em meio a conflitos possessórios que atravessaram o Século XX, alguns dos quais chegando aos dias de hoje. O esbulho territorial, a presença constante de não-indígenas²⁰¹ nos aldeamentos, a miscigenação estimulada desde o Diretório Pombalino, e o processo de mudança cultural vivido pelos índios, contribuíram para o golpe final contra a existência de muitos povos, sobretudo no Nordeste e Sudeste: a extinção dos aldeamentos.

²⁰⁰ CARNEIRO DA CUNHA. *Política Indigenista...* Op. Cit., p.153.

²⁰¹ Haviam também outras formas de presença não-indígena, a exemplo dos comerciantes autorizados pelos Diretores-Gerais a se fixarem nos aldeamentos (art. 1.º, §16).

Apenas cinco anos após o Regulamento, a **Decisão 92 de 21 de outubro de 1850** do Ministério dos Negócios do Império mandava incorporar aos “Próprios Nacionais” as terras dos índios que já não viviam aldeados, “mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilizada”²⁰². A partir daí diversas Províncias extinguiram seus aldeamentos, fazendo parecer às oligarquias da época que o “problema” indígena estava “resolvido”.

É importante perceber também, tanto no tratamento normativo quanto na política indigenista do Século XIX, a grande influência de um cientificismo embasado numa visão de mundo essencialmente européia ocidental, e portanto compromissado com a legitimação política e filosófica de um colonialismo europeizante moderno, pretensamente racional, que se impunha através das elites sobre a própria identidade nacional do país. É assim que, enquanto vivenciavam todo o drama de serem perseguidos, exterminados, subjugados, os povos indígenas só despertavam interesse científico quando vistos como *espécimes* a serem colecionados, medidos e classificados no âmbito das ciências naturais. Segundo MOREIRA NETO²⁰³, influentes ideólogos e políticos da época, como VARNHAGEN (1816-1878) e o Senador DANTAS DE BARROS, cujas teses antiindígenas foram referenciais na construção da política indigenista do Século XIX, tinham como fontes inspiradoras expoentes do pensamento conservador e racista dominante à época, a exemplo de um DE MAISTRE ou de um GOBINEAU, com quem o Imperador Pedro II se correspondia. Um dos mais expressivos representantes dos intelectuais antiindígenas de seu tempo, o historiador VARNHAGEN assim desqualificava a defesa dos indígenas personificada na idéia do *noble savage*:

Há hoje em dia uma tal praga de falsos filantropos, graças a Rousseau, ou a Voltaire, ou a não sei quem, que a gente em matéria de índios não pode dizer palavra, sem que lhe caiam em cima os franchinotes, com estas e aquelas sediças teorias pseudo-filantrópicas²⁰⁴.

Para VARNHAGEN, ao invés de aldeados os índios deveriam ser “domesticados” aos

²⁰² **Decisão n.º 92, de 21 de outubro de 1850**, cf. CDGIB, 1850 [1851]: 148-150.

²⁰³ MOREIRA NETO, Carlos de A. *Op. Cit.*, p.247.

²⁰⁴ VARNHAGEN, F. A. **Memorial Orgânico**, *Op. Cit.*, p.392.

cuidados de particulares. Considerava “tutores desleixados” aqueles que defendiam aos índios “mansos” a liberdade de vaguearem pelos matos, entregues à escravidão “de sua própria selvageria”. Defendia, que os índios “bravos” fossem punidos por rebelião armada. Ao argumento daqueles que viam os índios “fora da constituição, ‘por sua incapacidade moral’,” VARNHAGEN respondia: “acontece com os loucos, e entretanto os encerre em um hospício. Venham, pois, segundo vossas idéias, outros hospícios para esses outros *loucos* inocentes ou *infantes* ...”.²⁰⁵ (Grifamos)

No “**Memorial Orgânico**”, analisando a questão do modo “mais simpático” e sentimental, entendia que os índios deveriam ser “declarados pupilos da nação”, como “crianças desvalidas” (“pois bem crianças pela inteligência são os índios”). Contudo, considerando-os “uma nação forasteira que nos molesta e prejudica”, invocava contra os mesmos o direito de conquista, “da civilização sobre a barbárie”. E assim propunha fossem aprisionados em “bandeiras” e submetidos a “tutoria e protetorado, por quinze anos”. Dizia: “sujeitemos os nossos selvagens, eduquemo-los à força, e quinze ou vinte anos depois, quando já eles não necessitem de tutela, façamos deles prestantes cidadãos e bons cristãos”²⁰⁶

VARNHAGEN valia-se muitas vezes dos discursos de Senadores do Império, notabilizados por posições igualmente antiindígenas, para a legitimação de suas posições.

Entre eles, o do Senador VERGUEIRO, de 30 de julho de 1850:

A raça índia não tem a capacidade necessária para reger-se. Ou porque por sua natureza tenha menos aptidão para a civilização, ou porque está ainda muito longe disso (...). ... em consequência desta incapacidade ou dificuldade para chegarem à civilização, resulta a necessidade de uma tutela: não podem reger-se por si, não têm suficiência por isso, não podem estar independentes, e essa tutela tinham-na as aldeias nos seus diretores (...) Foi o governo de Lisboa que acabou com isso, pela consideração de que os índios eram homens como nós, que deviam gozar de iguais direitos, sem refletir que não tinham igual capacidade²⁰⁷.

Também o Marquês de MONT’ALEGRE, a quem VARNHAGEN refere-se como

²⁰⁵ VARNHAGEN. **Os Índios Bravos e o Sr. Lisboa**. Timon 3^o, 2.^a Parte. Imprensa Liberal, Idma, 1867; p.36-62.

²⁰⁶ VARNHAGEN, F. A. **Memorial Orgânico**, *Op. Cit.* (grifamos)

²⁰⁷ VERGUEIRO, Senador. *Appud* VARNHAGEN, F. A. **Memorial Orgânico**. *Op. Cit.*, p.396.

“grande estadista”, teria dito a respeito dos índios que:

São alguns tão ferozes que não há meio de domesticá-los, (...) Outros ainda mais ferozes, simulando que se querem aldear, iludem com incrível barbaridade a boa fé dos que neles acreditam (...) Sem o emprego da força, posto que mui prudentemente dirigida, não é possível repelir a agressão dos Índios mais ferozes, (...).²⁰⁸

O mais hostil, porém, talvez tenha sido o Senador Dantas de BARROS LEITE, que, em discurso pronunciado no Senado do Império, tido por VARNHAGEN como “recomendável pelos acentos de verdade e de patriotismo que respira”, teria dito:

O índio, [...], é uma raça com inclinações inatas para todos os vícios, para sua própria destruição; é imprevidente, procura só o que há de comer quando tem fome. (...). Sr. Presidente: o que eu tenho dito a respeito de índios não se observa unicamente entre nós. O índio, em toda a América, mostra inclinações ferozes, traiçoeiras, indômitas, e antisociais²⁰⁹.

Tais discursos apenas exemplificam uma produção ideológica que procurou enquadrar os índios numa condição de *inferioridade natural*, como seres não contemporâneos, fósseis vivos de uma era pré-histórica, inadaptáveis ao presente. Elementos cuja presença, no plano interno, era vista como um inconveniente a ser superado para a consagração da estrutura agrária e a expansão das fronteiras, e, no plano externo, como vergonhosa à imagem de um país cujas elites pretendiam branco, individualista, proprietário e civilizado.

A idéia da incapacidade indígena ocupa nesta construção ideológica um espaço importante, *naturalizando* tal posição de inferioridade, pela reafirmação da *incompatibilidade* dessa presença com o mundo contemporâneo e moderno, e pela aparente demonstração de *superioridade e benevolência* na execução de uma tarefa vista como paternal: a tutela. Daí a política indigenista do Século XIX, bem como a legislação indigenista que lhe serviu de amparo, ser descrita por SOUZA FILHO²¹⁰ como “tão fantasticamente cruel que se dá o apelido de protetora” mas revela apenas um “estranho idioma no qual compaixão se traduz por morte”.

²⁰⁸ MONT’ALEGRE, Marquês de. *Appud* VARNHAGEN, F.A. **Os Índios Bravos...** *Op. Cit.*, p.51.

²⁰⁹ BARROS LEITE, Senador Dantas de. *Appud* VARNHAGEN, F. A. **Os Índios Bravos...** *Op. Cit.*, p.54.

²¹⁰ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.98.

Capítulo 2 – A TUTELA DO “INCAPAZ”: A (IN)CAPACIDADE INDÍGENA NO PERÍODO REPUBLICANO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988.

2.1. Construção normativa: da 1.^a República (1891) ao Estatuto do Índio (1973).

Com a Proclamação da República, o Governo Provisório, através do **Decreto n.º 07, de 20 de novembro de 1889**, extinguiu as Assembléias Provinciais, outorgando provisoriamente aos governadores dos estados as competências antes atribuídas àquelas, a exemplo da “*catequese e civilização dos indígenas...*” (art. 2.º, 12).²¹¹

Durante a primeira constituinte republicana, um projeto sobre os povos indígenas foi proposto pelo influente Apostolado Positivista. Apresentado em janeiro de 1890, o Projeto previa (art. 1.º) a participação dos índios na composição dos dois tipos de Estados Confederados, que formariam os Estados Unidos do Brasil. Os já miscigenados com o europeu e o africano, integrariam os chamados “Estados Ocidentais Brasileiros”. Já “hordas fetichistas” comporiam os “Estados Americanos Brasileiros”, participantes do pacto federativo através de relações amistosas, em troca da proteção, pelo governo federal contra possíveis atos de violência contra suas pessoas e territórios. Gozariam tais Estados de tal autonomia, que seus territórios não poderiam ser atravessados “sem o seu prévio consentimento, pacificamente solicitado e só pacificamente obtido”.²¹²

Porém, tal como ocorrera com os *Apontamentos* de José Bonifácio em 1823, acabou não acolhido e, assim como na Constituição do Império, a **Carta de 1891** sequer mencionou a existência de indígenas em território brasileiro.

Conforme Darcy RIBEIRO, nesta época os povos indígenas que ainda restavam encontravam-se, de um lado, num franco processo de extermínio por conta da expansão, em seus territórios, das fronteiras agrícolas e implantação de malhas viárias regionais, e, do outro,

²¹¹ **Decreto n.º 07, de 20 de novembro de 1889**, cf. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 22 de novembro de 1889. Ano XXVIII – n.º 321, Outubro / dezembro de 1889. pp.6-7.

²¹² cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Política Indigenista...** *Op. Cit.*, pp.135-136.

contando com a simpatia de uma opinião pública urbana, encantada com o *noble savage* rousseauiano e os heróis românticos de Alencar.²¹³

Em 1906 a responsabilidade pela administração indigenista seria retomada pelo governo central. O **Decreto n.º 1.606, de 29 de dezembro de 1906**, ao criar uma secretaria de Estado com a denominação de Ministério dos Negócios da Agricultura, Indústria e Comércio, elencava entre os assuntos de sua atribuição aqueles relativos “à agricultura e à indústria animal.” Entre estes, a “*catequese e civilização dos índios*”, tema que naquela esfera dividia as atenções com as questões relativas à imigração e colonização (art. 2.º, 1.º, “b”), etc.²¹⁴

A definição por uma política indigenista leiga ocorreria quatro anos depois com a criação, pelo **Decreto n.º 8.072, de 20 de junho de 1910**, do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPI/ILTN. Gestado sob influência positivista, e presidido pelo então General Cândido Mariano Rondon, o órgão surgia vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio – MAIC. Tinha como finalidades, previstas no Regulamento anexo ao Decreto de sua criação, a prestação de assistência aos índios que vivessem “aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados”, bem como a criação de centros agrícolas onde deveriam ser localizados os trabalhadores não-estrangeiros (art.1.º, “a” e “b”).²¹⁵ Entusiasta do SPI, Darcy RIBEIRO afirmava: “pela primeira vez era estatuído como um princípio de lei, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de ser eles próprios”²¹⁶

Contudo, as atribuições do SPI/ILTN previstas em seu Regulamento não deixavam dúvidas quanto a se ter como pressuposto da intervenção assistencial do órgão, a velha e suposta condição de inferioridade cultural indígena. É o que se vê, por exemplo, no rol de objetos da ação do Serviço, disposto no art. 2.º do Regulamento. São atribuições vinculadas,

²¹³ RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a Civilização: a integração das populações indígenas ao Brasil moderno**. 3.ª ed. Petrópolis : Editora Vozes Ltda; 1979.

²¹⁴ **Decreto n.º 1.606, de 29 de dezembro de 1906**, cf. CLB, 1906, [107], v. I. :114-116.

²¹⁵ **Decreto n.º 8.072, de 20 de junho de 1910**, cf. CLB, 1910 [1911] : 943.

²¹⁶ RIBEIRO, Darcy *Op. Cit.*, p.138.

em grande parte, à tarefa civilizadora do órgão. Imbuído dos ideais positivistas, o Serviço procurava assegurar aos índios as condições necessárias à sua evolução sócio-cultural, o que se concretizaria mediante sua passagem aos centros agrícolas, onde viveriam em meio aos agricultores não-indígenas²¹⁷. No entanto, protegia-se os índios também pela sua fragilidade e vulnerabilidade. Assim, cabia ao Serviço “promover a punição dos crimes” que se cometessem contra os índios e diligenciar no sentido de que os “inspetores” viessem a se constituir em “*procuradores dos índios*”, ou designassem procuradores “para representá-los perante as justiças do país e as autoridades locais” (art. 2.º).

Observe-se que embora prescrevesse tratamento diferenciado segundo a categoria em que se encontrassem os índios, o Regulamento (art. 14) determinava que aqueles que se mantivessem “em promiscuidade com civilizados”, deveria ser prestada “a mesma assistência que lhe cabe dispensar aos mais índios”.

Vale lembrar outra tarefa importante do SPILTIN naquele contexto de expansão das fronteiras agrícolas no início do Século XX: a promoção da “mudança de certas tribos” quando fosse “conveniente” (art. 2.º, 13 do Regulamento), ou seja, a liberação dos espaços territoriais para projetos de colonização. A propósito, veja-se a observação de LIMA²¹⁸, que vê na “pacificação” dos índios pelo Serviço, uma “estratégia de conquista”, realizada num “duplo movimento” de “conhecimento-apossamento” dos territórios desconhecidos e, ao mesmo tempo, de “transformação do *índio em trabalhador nacional*”.

Quando da elaboração do Código Civil, o projeto de BEVILÁQUA (1859-1944) não continha qualquer referência aos índios. Informa SOUZA FILHO que em seu estudo sobre as “Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista” (1896), concluíra o civilista que os índios possuíam formas próprias de organização social e de

²¹⁷ RIBEIRO, Darcy. *Op. Cit.*

²¹⁸ LIMA, Antônio Carlos de Souza. **O Governo dos Índios sob a gestão do SPI**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.) *História dos Índios no Brasil*. São Paulo : Companhia das Letras : Secretaria Municipal de Cultura : Fapesp, 1992; p.161.

instituições jurídicas. Via então a “necessidade e um ‘entendimento’ entre estes dois universos jurídicos, a lei estatal e o direito indígena”²¹⁹. Assim, como observam Farage & CARNEIRO DA CUNHA, Beviláqua não via os índios como participantes “daquela sociedade civil que deveria se reger pelo Código”. Defendia, então, uma legislação especial a disciplinar “as obrigações do Estado para com os índios e suas terras”²²⁰.

Seguindo sua tramitação, projeto do Código passa pela Câmara sem qualquer proposta relativa aos índios. Ao chegar ao Senado, porém, a Emenda Moniz Freire propõe a inclusão da temática indígena através da sujeição, daqueles índios em processo de “adaptação”, a um regime tutelar “estabelecido em leis e regulamentos especiais, tendentes a promover a sua incorporação à vida nacional”²²¹. Embora aprovada pela Comissão Especial, a Emenda Moniz Freire foi radicalmente alterada no substitutivo aprovado pelo Senado, texto que acabou prevalecendo²²² na **Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 – o Código Civil**. E assim, sob a denominação de “silvícolas”, os índios foram incluídos entre os “incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer”, posição que compartilhava com os pródigos e os jovens entre 16 e 21 anos (art. 6.º).

Além disso, estabelecia o Código que os “silvícolas” deveriam ficar “sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais” o qual deveria cessar à medida em que se fossem “adaptando à civilização do País” (art. 6.º, § único)²²³. Para SOUZA FILHO²²⁴, o Código Civil de 1916 havia aberto “a porta a um novo conceito de regime tutelar”, que seria “diferente da tutela orfanológica” e a ser criado em lei especial

²¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.100.

²²⁰ FARAGE & CARNEIRO DA CUNHA, *Op. Cit.*, p.114.

²²¹ cf. *idem, ibidem*, p.115.

²²² Segundo A. C. de Souza LIMA (**O Governo dos Índios sob a gestão do SPI**. *Op. Cit.*), caberia a Alípio BANDEIRA e Manuel Tavares da COSTA MIRANDA, oficiais do Exército e membros da equipe do Marechal Rondon, a tarefa de formulação do texto relativo ao *status* civil dos índios, que acabaria por fazer parte do Código Civil.

²²³ **Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916**, cf. CLB, 1916 [1917] : 1-242.

²²⁴ SOUZA FILHO, C. F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.* e **Tutela aos Índios: Proteção ou Opressão?** *In*: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre : NDI e Sérgio Antônio Fabris Ed., 1993. pp. 295-312.

reconhecendo os índios não “como indivíduos deficientes, mas como pessoas que necessitam estatuto jurídico especial”²²⁵. cremos contudo que uma vez que a tutela como instituto do Direito de Família reservava-se aos menores em situação de orfandade ou de pais ausentes ou destituídos do pátrio poder (art. 406, I e II), a sua previsão no Código em relação aos indígenas facilitou que se consolidasse a visão da proteção àquele segmento no nível da tutela orfanológica, uma proteção de âmbito privatístico e de cunho eminentemente patrimonial.

Em 1918, em razão da **Lei Orçamentária n.º 3.454, de 6 de janeiro**, a localização de trabalhadores nacionais era retirada do rol de competências do SPILTN, que passava a configurar-se apenas como Serviço de Proteção ao Índio – SPI²²⁶.

A situação jurídica dos índios só viria a ser regulada dez anos depois, através do **Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928**. Em seus 50 artigos, o Decreto dividia dos índios em categorias, regulava a situação de suas terras, estabelecia regras relativas ao Registro Civil, especificamente no tocante a nascimentos, casamentos e óbitos, tratava de disposições em matéria penal, como os crimes contra os índios e os por estes praticados, e dispunha também quanto aos seus bens, regulando as suas isenções, regalias e gestão patrimonial.

O Decreto de 1928 declarava para todos os índios, qualquer que fosse o seu “grau de civilização”, a emancipação “da tutela orfanológica vigente” (art. 1.º). Sua capacidade “de fato” ficava sujeita às restrições do decreto, enquanto não se concluísse a sua incorporação “à sociedade civilizada” (art. 5.º). Assim, não estando “inteiramente adaptados”, ficariam sob a tutela do Estado, que deveria ser exercida segundo os respectivos graus de adaptação, através dos inspetores do SPI (cf. art. 6.º). A estes, seria facultado “requerer ou nomear procurador” com poderes para representar os índios “perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os atos permitidos em direito”.²²⁷

²²⁵ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.99.

²²⁶ LIMA, A. C. de Souza. **O Governo dos Índios sob a gestão do SPI.** *Op. Cit.*

²²⁷ **Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928**, cf. CLB, 1928 [1929] : 111-119.

Como observa SOUZA FILHO²²⁸, o Dec. 5.484/1928, ao liberar os índios da tutela orfanológica oriunda da ótica privatista do Código Civil, inaugurava um regime tutelar de natureza pública, tendo então o mérito de “introduzir no sistema jurídico brasileiro a concepção de que as relações dos índios com a sociedade organizada sob o manto do Estado brasileiro” seriam na verdade relações “de natureza pública, e não privada”.

Entre as restrições à capacidade “de fato”, o Dec. 5.484/1928 estabelecia a nulidade, no caso dos índios nômades, arranchados ou aldeados e aqueles pertencentes às povoações indígenas, dos atos praticados com “indivíduos civilizados”, salvo quando “representados pelo inspetor competente” (art. 7.º). Tais índios poderiam dispor, como quisessem, “dos seus haveres e designar o seu sucessor em qualquer função”. Apenas em caso de não estarem dadas as condições “necessárias ao cumprimento integral” da referida possibilidade, seria “respeitado qualquer meio tradicional de herança ou sucessão adotado pela tribo interessada” (art. 3.º e parágrafo único).

Enquanto isso, os “pertencentes” a centros agrícolas ou que vivessem “promiscuamente com civilizados” (art. 4.º), receberiam dos funcionários do SPI o mesmo tratamento previsto nos arts. 2.º (ns. 5, 6 e 7) e 14 do regulamento do Serviço, baixado com **Decreto n.º 9.214 de 1911**: providências para a responsabilização criminal dos não-indígenas pelos crimes de que fossem vítimas, fiscalização do tratamento recebido nos aldeamentos, colônias e estabelecimentos particulares, vigilância contra a possibilidade de serem coagidos a trabalhos forçados, e controle da validade dos contratos com particulares. Deviam também receber da Diretoria, por intermédio dos inspetores, “a mesma assistência que lhes cabe dispensar aos mais índios”.²²⁹

No que diz respeito à gestão dos bens pertencentes aos índios, o Dec. 5.484/1928 estabelecia que deveriam ficar sob a responsabilidade dos inspetores, “até a passagem dos

²²⁸ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.101.

²²⁹ **Decreto n.º 9.214 de 1911**, cf. CLB 1911, [1915] v. IV.

índios para o centro agrícola ou sua incorporação à sociedade civilizada” (art. 37). Isto ocorrendo, deveria receber os bens individuais, podendo-os “livremente administrar” (art. 38). Estabelecia ainda que na passagem de toda uma “coletividade (grupo, horda, tribo ou nação)” para centro agrícola, ou sendo incorporados à sociedade civilizada, seus “bens comuns” deveriam ser entregues “ao chefe respectivo” (art.39). Caso uma parcela de tal coletividade incorporada resolvesse “permanecer em povoação indígena ou posto do Serviço”, a quota que proporcionalmente lhe coubesse deveria continuar “sob a gestão do inspetor” (art. 39).

Alguns anos depois, o **Decreto n.º 24.700, de 12 de julho de 1934** transferiu o SPI, então no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, para o Ministério da Guerra, como departamento da Inspetoria Especial de Fronteiras.

Por envolver questões relativas à proteção das fronteiras e ao “resguardo da nacionalidade”, considerava-se aquele Ministério como “naturalmente indicado” para administrar a política indigenista de então. Em sua parte preambular, o Decreto trazia elementos de grande significado para a compreensão da visão a respeito dos índios, que permeava os segmentos então no poder. O indígena era ali visto como “um elemento precioso pelas suas *qualidades morais*, robustês física e adaptabilidade ao clima.” A este “elemento” conviria “*aproveitar e educar* pelos métodos próprios, chamando-os à nossa nacionalidade antes que os países limítrofes os chamem à sua.” Assim, dentre as determinações ali colocadas, concedia-se autorização ao Ministério da Guerra, para rever a legislação do SPI, a fim de melhor adaptá-la “aos interesses da *nacionalização* e defesa das fronteiras” (art. 7.º).²³⁰

Quatro dias após a edição do Dec.24.700/34, era outorgada a **Constituição Federal de 16 de julho de 1934**. Nela, pela primeira vez se estabelece, no rol das competências privativas da União Federal (art. 5.º, XIX, “m”), legislar sobre a “*incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*”²³¹. Neste momento passava então o ideal incorporativista dos índios a

²³⁰ **Decreto n.º 24.700, de 12 de julho de 1934**, cf. CLB, 1934 [1935] v. IV : 895.

²³¹ **Constituição da República dos E. U. do Brasil, de 16.07.1934**. D.O.U. Seção 1, Supl.16.07. 1934 , p.1.

ser assumido como parte do próprio projeto constitucional naquele momento elaborado para o país. Ao mesmo tempo, contudo, estabelecia o texto constitucional de 1934 que seria “respeitada a posse de terras de silvícolas” que nelas se encontrassem “permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

O paradigma incorporativista constitucionalmente introduzido pela Carta Política de 1934 tem seus primeiros reflexos normativos no novo Regulamento do Serviço de Proteção ao Índio – SPI, aprovado pelo **Decreto n.º 736, de 6 de abril de 1936**. Ali era colocada, entre as finalidades do órgão, a de executar “medidas e ensinamentos para a nacionalização dos silvícolas, com o objetivo de sua incorporação à sociedade brasileira” (art.1.º). No leque de atribuições do SPI, não muito diferentes das anteriormente conferidas, estava a de impedir que os índios fossem “coagidos a prestar serviços” ou que fossem “explorados de qualquer maneira” (art. 2.º, “f”). Para este fim, deveria o Serviço velar pela lisura dos contratos firmados com os índios relativos à disposição de sua mão-de-obra, devendo assisti-los e cuidar para que não fossem “lesados em suas relações comerciais e econômicas com os civilizados”. O Decreto estabelecia então que em tais contratos, sempre firmados “por livre vontade dos índios”, deveriam constar “obrigações essenciais por parte do contratante”. Entre estas, facultar ao servidor do SPI “o exame da escrituração referente ao trabalho e transações dos índios”, que por motivo de dívidas não poderiam ser submetidos a medidas restritivas de liberdade, nem privados dos objetos de seu uso (art. 2.º, “f”, 2.ª).

O Dec. n.º 736/1936 também possuía todo um capítulo dedicado à “nacionalização e incorporação dos índios” à sociedade brasileira. O objetivo era torná-los “economicamente produtivos, independentes e educados para o cumprimento de todos os deveres cívicos”. Ao SPI caberia inseri-los no ensino primário e profissional; fazer com que adotassem o hábito de “exercícios físicos em geral e especialmente os militares”; instruí-los na “educação moral e cívica”, e nos “ensinos de aplicação agrícola ou pecuária” (art. 7.º). A fim de “criar ou estimular hábitos de trabalho” (art. 7.º§ 1.º) o Dec. n.º 736/1936 orientava o SPI a efetuar

doações individuais ou coletivas aos índios, de “ferramentas ou instrumentos de trabalho”, mais adequados ao seu “grau de civilização”; roupas, material de caça e pesca, de construção “e tudo o mais quanto possa contribuir para a incorporação dos silvícolas à sociedade brasileira” (art. 7.º, § 2.º).

Ao mesmo tempo, caberia aos Postos de Atração, Pacificação e Vigilância das chamadas tribos “arredias” dos “sertões”, executar a sua proteção contra qualquer possibilidade de violência por parte das “populações civilizadas.” Deviam os funcionários do SPI evitar a utilização de força contra tais índios, mesmo defensivamente, devendo-se “observar religiosamente” o lema “morrer se preciso for; matar, nunca!”. Esperava-se, assim, “demonstrar” aos índios “a grandeza, a eficiência, e a generosidade de nossa civilização” (art.

18). Deveriam também os funcionários em suas expedições de atração e pacificação, utilizar
dos amplos meios com que a ciência e a indústria modernas superiormente nos aparelham, não para destruir povos imbeles, desarmados e na infância social, mas sim para despertar-lhes o desejo de compartilhar conosco do progresso a que atingimos (art. 18).²³² (Grifamos.)

Já através dos Postos de Assistência, Nacionalização e Educação, as atribuições do SPI consistiam no agrupamento de índios já sedentarizados, no desenvolvimento de sua educação escolar e de suas habilidades no trato com a lavoura e pecuária, pelo estímulo, em tais índios, do “culto cívico à bandeira”, e no seu contato com outras instituições destinadas a lhes incentivar “o civismo brasileiro, inclusive o ensinamento da história pátria e a explicação das datas nacionais” (art. 19). Como observa LIMA, tratava-se de pensar os índios “como inferiores e diferenciados evolutivamente em função do contato”²³³.

Na **Carta de 10 de novembro de 1937**, a única menção aos índios é feita ao determinar o respeito, aos “silvícolas”, da “posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente”, vedando-lhes, porém, a sua alienação.²³⁴

²³² Decreto n.º 736, de 6 de abril de 1936, cf. CLB, 1936 [1937] : 347-364.

²³³ LIMA, A. C. de Souza. **O Governo dos Índios sob a gestão do SPI**. *Op. Cit.*; p.166.

²³⁴ **Constituição da República dos E.U. do Brasil, de 10.11.1937**. D.O.União, Seção 1,10.11.1937, p.22359.

Em 1.º de janeiro de 1940, através do **Decreto-Lei n.º 1.736**, editado em 03 de novembro de 1939, o SPI passava à esfera político-administrativa do Ministério da Agricultura. Segundo os considerandos do Decreto, a mudança resultava de um novo enfoque quanto ao “problema da proteção aos índios”, que passava a ser visto como “intimamente ligado à questão da colonização”: a ênfase deveria ser a transformação dos índios em agricultores, medida que os tornaria “úteis ao país”, e em condições de “colaborar com as populações civilizadas que se dedicam às atividades agrícolas”.²³⁵

Após a edição do Decreto-Lei devolvendo o SPI ao Ministério da Agricultura, era criado na mesma Pasta, por força do Decreto-Lei n.º 1.736, o Conselho Nacional de Proteção aos Índios – CNPI, órgão encarregado de formular a política indigenista do Governo. A presença do paradigma integracionista na condução dos trabalhos do CNPI era claramente perceptível. Afinal os seus membros, nomeados pelo Presidente da República, deveriam ser escolhidos em razão de sua “comprovada dedicação à causa da integração dos silvícolas à comunhão brasileira” (art.1.º).

Só em 1942, o **Decreto n.º 10.652, de 16 de outubro de 1942**, dava novo regimento do SPI, agora no Ministério da Agricultura. Entre as finalidades do órgão, o Decreto incluía a de “dar ao índio ensinamentos úteis, procurando despertar nele os sentimentos nobres, incutir-lhe a idéia de que faz parte da nação brasileira e, ao mesmo tempo, prestigiar as suas próprias tradições” (art.1.º, “h”). Além disso, deveria o SPI exercer o seu poder de tutela sobre os índios “zelando pela preservação, conservação e desenvolvimento de seu patrimônio”; melhorando as suas condições materiais de vida “despertando o gosto do índio para a agricultura e indústrias rurais”; e promovendo a exploração das riquezas naturais existentes nas terras indígenas, para “assegurar, *quando oportuno*, a emancipação econômica das tribos” (art. 1.º). O paradigma integracionista estava presente ainda no leque de competências atribuído aos diversos órgãos do SPI, tais como o estudo e projeção do “tipo de habitação a

²³⁵ **Decreto-Lei n.º 1.736**, de 03 de novembro de 1939, cf. CLB, 1939 [1940]:160.

ser construída para o índio”, a construção de estradas “ligando as tribos aos centros de consumo”, o recolhimento à colônia disciplinar do índio “considerado prejudicial à sua comunidade “ou mesmo às populações vizinhas, indígenas ou civilizadas”; a alteração dos “hábitos” e instituições indígenas que ofendessem a moral ou prejudicassem os interesses do índio ou de terceiros; o combate ao nomadismo, “despertando o gosto do índio para a agricultura e indústrias rurais”, etc.²³⁶

A perspectiva incorporativista dos índios manteve *status* constitucional através da **Carta de 18 de setembro de 1946**. Repetindo o que havia sido estabelecido pela Constituição de 1934, a de 1946 colocava, no âmbito das competências da União Federal, legislar sobre a “**incorporação dos silvícolas à comunhão nacional**” (art. 5º, XV, “r”). Ao mesmo tempo, determinava fosse “respeitada aos silvícolas a posse das terras” onde se achassem “permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem” (art. 216).²³⁷

Quando o **Decreto n.º 52.665, de 11 de outubro de 1963** trouxe novo Regimento para o CNPI, o paradigma incorporativista do texto Constitucional de 1946 esteve presente entre as competências que lhe foram fixadas.²³⁸

No mesmo dia, o **Decreto n.º 52.668, de 11 de outubro de 1963**, aprovava mais um Regimento do SPI, tendo como finalidade a integração dos índios à sociedade nacional, “segundo as diretrizes traçadas pelo CNPI” (art. 1.º).²³⁹

Por esta época, considerando a sua experiência como etnólogo do SPI, RIBEIRO²⁴⁰ reivindicava a reorientação da política indigenista. Entre os motivos do “malogro dos propósitos programáticos” do SPI no que tange à incorporação dos índios à comunhão nacional, apontava uma realidade com a qual os seus dirigentes não haviam contado: aqueles

²³⁶ **Decreto n.º 10.652, de 16 de outubro de 1942**, cf. CLB, 1942 [1943] : 86-93.

²³⁷ **Constituição da República Federativa do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Diário do Congresso Nacional, Ano I, n.º 2. Rio de Janeiro, quarta-feira, 25 de setembro de 1946.

²³⁸ **Decreto n.º 52.665, de 11 de outubro de 1963**. CLB, 1963 [1964] : 112-117.

²³⁹ *Idem*, cf. CLB, 1963 [1964] : 133-142.

²⁴⁰ RIBEIRO, Darcy. *Op. Cit.*

que conseguiam sobreviver ao extermínio causado principalmente pelas doenças levadas pelo contato, demonstravam uma “tenaz resistência” cultural, um forte “sentimento de identificação tribal”, que os levava “a lutar por todos os meios para conservar sua identidade e sua autonomia”.²⁴¹

Através do **Decreto n.º 58.824, de 14 de julho de 1966**, o Governo promulgava a **Convenção n.º 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT**²⁴², destinada à Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras populações Tribais e Semitribais de Países Independentes. A Convenção considerava a necessidade de proteção às especificidades culturais indígenas, porém apenas durante o tempo necessário à conclusão do processo que levaria à sua integração às sociedades nacionais dos países onde estivessem localizados. Desta forma, por exemplo, deveriam os Estados-partes da Convenção, ao definir os direitos e obrigações das populações indígenas e tribais, levar em consideração o seu direito costumeiro, podendo este ser conservado, desde que não incompatível “com o sistema jurídico nacional ou os objetivos dos programas de integração” dos respectivos países (art. 7.º, 1 e 2).²⁴³

O paradigma incorporativista dos índios é pela terceira vez incluído como objetivo de estado através da **Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967**. Competiria novamente, à União Federal, legislar sobre a “*incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*” (art. 8º, XVII, “o”). A Constituição também incluía no rol dos bens patrimoniais da União as terras “ocupadas pelos silvícolas” (art. 4º, IV), e lhes assegurava “a posse permanente das terras”

²⁴¹ RIBEIRO, Darcy. *Op. Cit.*, pp.192-193.

²⁴² Criada em 1919, a OIT é o mais antigo organismo especializado da Organização das Nações Unidas – ONU, e atua através da promoção de Normas Internacionais do Trabalho – NITs, aprovadas nas seções anuais da Conferência Internacional do Trabalho. As NITs consistem em Convenções (tratados internacionais obrigatórios para os países que os ratificam) e Recomendações (diretrizes políticas a serem implementadas pelos países membros, mas sem caráter obrigatório). Aprovada pela Conferência-Geral da OIT em 5 de junho de 1957, a Convenção 107 consistiu no primeiro diploma normativo internacional a tratar especificamente das relações dos Estados nacionais com os povos indígenas e tribais existentes em seus territórios.

²⁴³ **Decreto n.º 58.824, de 14 de julho de 1966**, cf. CLB, 1966 [1967] : 79-85.

que habitavam, reconhecendo-lhes “o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (art. 186).²⁴⁴

No ano seguinte, a **Lei n.º 5.371, de 5 dezembro de 1967**, autorizava a instituição da Fundação Nacional do Índio – Funai, declarando-se automaticamente extintos (art.6º) o SPI e o CNPI. Entre as finalidades do novo órgão indigenista, a gestão do patrimônio indígena, e a promoção da “educação de base apropriada ao índio, visando à sua progressiva integração na sociedade nacional”. Cabia também à Funai exercer “os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em lei especiais” (art.1.º, II e V e par. único).²⁴⁵

Pouco depois, nova mudança constitucional, mas a **Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969** manteve o paradigma incorporativista, atribuindo à União Federal legislar sobre “*incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*” (art. 8º, XVII - “o”). A EC/69 manteve as “terras ocupadas pelos índios” como bens da União (art. 4º, IV), ampliando-lhes as disposições protetivas. Declarou-as inalienáveis, destinadas à posse permanente indígena, a quem reconhecia o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes (art. 198). Declarou também nulos e extintos os efeitos jurídicos dos atos que tivessem por objeto o seu domínio, posse ou ocupação (§ 1º).²⁴⁶

Advindo a **Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973** – “**Estatuto do Índio**”, nova regulação era dada à situação jurídica dos “índios ou silvícolas” e de suas comunidades.²⁴⁷

Observe-se a respeito do Estatuto a sua inserção no rol dos chamados “microssistemas”, que surgem no processo de descodificação do Direito Civil. Para TEPEDINO são “leis que regulamentam exaustivamente extensas matérias e passam a ser designadas como estatutos, veiculando não apenas normas de direito material, mas também

²⁴⁴ **Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967**, cf. Diário do Congresso Nacional, 25.01.1967; p. 477.

²⁴⁵ **Lei n.º 5.371, de 5 dezembro de 1967**, cf. CLB, 1967 [1968] : 61-63.

²⁴⁶ **E.C. n.º 1, de 17 de outubro de 1969**, cf. Diário Oficial da União - Seção 1 – 20.10.1969, p. 8865.

²⁴⁷ **Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973**, cf. CLB, 1973 [1974] :150-158.

processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal”, configurando a chamada “era dos estatutos”²⁴⁸. Tais microssistemas proliferam a partir da década de 1970, rompendo a tradicional concentração legal e monotemática caracterizadora dos códigos.²⁴⁹

Como no caso da Convenção 107 da OIT, o objetivo principal do Estatuto do Índio consistia em “preservar” a cultura dos índios e suas comunidades “e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (art. 1.º, *caput*). O Estatuto manteve a divisão dos índios em categorias, estabelecidas conforme o tipo de relacionamento mantido com a sociedade nacional e o estágio de sua inserção na mesma. Assim, foram classificados como “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”. Os primeiros, com pouco ou nenhum contato com “elementos da comunhão nacional”. Os segundos, com um grau de contato que já os tivesse conduzido a certa dependência econômica, embora conseguissem conservar “parte das condições de sua vida nativa”. Os terceiros, quando “incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis”, apesar de ainda conservarem “usos, costumes e tradições característicos da sua cultura” (art. 4.º, I, II e III). Nos termos do Estatuto, apenas os índios e comunidades pertencentes às duas primeiras categorias (isolados ou em vias de integração), ficariam sujeitos à proteção do regime tutelar ali regulado, cuja responsabilidade era conferida à União, através do “órgão federal de assistência aos silvícolas” (cf. art. 7.º e § 2.º) – a Funai.

Como consequência, o Estatuto passava a dispor também sobre os requisitos de validade dos atos praticados por tais índios com terceiros. A sua primeira formulação remete à regra da *nulidade* da prática de tais atos, sem que tivesse havido assistência por parte do órgão tutelar. Contudo, logo em seguida a nulidade transforma-se em *anulabilidade*: a regra não se

²⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. In: TEPEDINO (coord.). *Problemas de Direito Civil*. RJ : Renovar, 2001; pp.1-14.

²⁴⁹ cf. NETTO LOBO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36 n.º 141, jan. / mar. 1999; pp.102-103.

aplica quando o índio “revele consciência e conhecimento do ato praticado”, e este, ao mesmo tempo, não lhe cause prejuízo (art. 8.º, *caput* e par. único).

Após estabelecer as condições necessárias à validade dos atos praticados pelos índios “não integrados”, o Estatuto passava a projetar os procedimentos necessários à consecução de seu objetivo final: a liberação do regime tutelar para aqueles que tivessem atingido a condição de “integrados”. Três formas de emancipação do regime tutelar eram oferecidas: mediante processo judicial; administrativamente; e por decreto do presidente da República. Tais possibilidades, contudo, dependeriam inicialmente do preenchimento, pelos índios, dos seguintes requisitos: idade mínima de 21 anos; conhecimento (e não domínio) da língua portuguesa; habilitação para o exercício de atividade *útil*, na comunhão nacional; e razoável compreensão (e não total compreensão) dos usos e costumes da comunhão nacional (art. 9.º).

A emancipação judicial poderia ser requerida por “qualquer índio” possuidor dos mencionados requisitos. No processo, de rito sumário, seriam ouvidos a respeito do assunto o órgão indigenista oficial e o Ministério Público. Deferida a petição, faria o Juiz ordenar a transcrição da sentença emancipatória no competente registro civil (cf. art. 9.º).

A emancipação administrativa ocorreria mediante a apresentação, ao órgão indigenista, de petição escrita por parte de indígena também portador daqueles requisitos. Através de declaração formal, o órgão poderia vir a lhe reconhecer “a condição de integrado”. O ato deveria ser então submetido a homologação judicial, e posteriormente inscrito no registro civil, implicando no término de toda restrição à capacidade do indígena (cf. art. 10).

Enquanto as formas anteriores de emancipação visavam o suprimento unicamente de direitos individuais, a emancipação por decreto poderia ter como destinatários não apenas os indivíduos como também as comunidades indígenas. Neste caso, a liberação do regime tutelar deveria ser objeto de requerimento “pela maioria dos membros do grupo”. Além disso, a integração da comunidade na comunhão nacional deveria também ser apurada em inquérito administrativo pelo órgão indigenista (cf. art. 11).

Como observa SOUZA FILHO²⁵⁰, a Lei 6.001/73, diferentemente do Dec. 5484/ 1928, fazia retornar à perspectiva da tutela orfanológica, sob “a idéia de que os índios em algum tempo não necessitarão mais sequer serem chamados de índio, porque estarão integrados à sociedade nacional”²⁵¹.

2.2. Literatura jurídica (I): a capacidade indígena vista pelos juristas ao longo das sucessivas Constituições da República.

A presente seção procura compor, a partir de algumas obras representativas de cada período, uma panorâmica do desenvolvimento da concepção da incapacidade civil dos indígenas na literatura jurídica, sobretudo no âmbito do Direito Civil, em todo o período de vigência da Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 – o Código Civil, anterior à CF/88.

Antes, porém há que se observar que no início do séc. XX, a efervescência dos debates em torno da questão indígena trouxe o interesse de alguns juristas, a exemplo de João MENDES JÚNIOR, com contribuições que permanecem atuais.

Em conferências na antiga Sociedade de Ethnographia e Civilização dos Índios (1902), chamava a atenção para o fato de que, desde a Colônia, a Coroa já reconhecia aos índios tanto a autonomia política de suas formas de organização, quanto a natureza congênita e originária de seus direitos territoriais. Para MENDES JÚNIOR, apesar da possibilidade de escravização a legislação colonial estabelecera o princípio da “*autonomia das tribos*, desde que o próprio rei de Portugal as declarava *isentos de sua jurisdição*.” Entre as normas destacadas neste sentido, apontava a Provisão de 13 de setembro de 1663 (que declarava que “no temporal” poderiam os índios ser governados pelos seus “principais” que existissem em cada aldeia), a Carta Régia de 9 de novembro de 1690 (que permitia aos bandeirantes o descimento apenas dos índios “*que voluntariamente quizessem vir*”), e a Provisão de 9 de março de 1718 (que

²⁵⁰ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **Tutela aos Índios: Proteção ou Opressão?** *Op. Cit.*; e **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*

²⁵¹ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.103.

reconhecia os índios como “livres e isentos” da jurisdição do Rei, “*por ser assim conforme a opinião dos doutores que escreveram na matéria*”).

Numa perspectiva radicalmente diversa da de um Varnhagen, MENDES JR. via como motivos reais para as guerras “justas” e escravização dos índios prisioneiros, autorizada nas Cartas Régias de 1808, não a sua suposta antropofagia, mas a utilização gratuita de sua mão de obra: “Se eram antropófagos, não se concebe que os quisessem aproveitar para serviços. (...) A causa real, a causa única, foi o plano de reduzi-los à escravidão”. E, criticando os “anthropologistas materialistas” e seus métodos “modernos” de avaliar a “capacidade mental e o vigor das raças” através das medições de peso, volume e formas cranianas, MENDES JÚNIOR afirmava uma visão bem mais simpática da “alma indígena”. Dizia o Jurista:

“A realidade é que a alma indígena americana pensa, julga, raciocina, coordena raciocínios, com o mesmo vigor de atenção, reflexão, análise, síntese, comparação e apreensão comparativa; a alma indígena está sujeita às mesmas paixões a que está sujeita a alma européia, mostrando, porém, superioridade na temperança, na energia da paciência e até, digamos a verdade, até na justiça e na caridade.”²⁵²

Como visto antes, o Código de 1916 incluía os indígenas entre os “incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer”, ficando ainda “sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais”, que deveria cessar à medida que se fossem “adaptando à civilização do País” (art. 6.º, *caput* e par. Único). Tal enquadramento do Código em relação aos índios manteve-se inalterado ao longo de todo o período de sua vigência, passando por seis diferentes textos constitucionais (antes de se por frente à CF/88), e coexistindo com diversos diplomas normativos indigenistas (por exemplo o Dec. 5484/1928 e a Lei 6.001/73) e uma convenção internacional (a Conv. 107/OIT).

Analisa-se aqui, ao longo deste período, e sempre a partir dos textos constitucionais vigentes em cada época, que concepções em torno do tema da capacidade indígena foram defendidas pelos juristas brasileiros, e quais os paradigmas que nortearam as suas posições. O objetivo aqui, além de compreender a formação do pensamento jurídico brasileiro em relação

²⁵² MENDES JR., João. *Op. Cit.*, p.51, *passim*.

ao *status* jurídico civil dos índios, é considerar se, e até que ponto, tais concepções refletiram as diretrizes constitucionais postas para a questão indígena.

a) Sob a Constituição Federal de 1891.

Como anteriormente visto, a primeira Constituição da República foi totalmente silente em relação à situação dos indígenas. Desde o seu advento e até a CF/67 a literatura jurídica que de algum modo aborda o tema da capacidade civil dos indígenas é feita quase que exclusivamente por civilistas, dado a ausência de outros autores com interesse no tema.

Dentre os autores da época a posição aqui demonstrada é a de Ferreira COELHO²⁵³. O autor adota o termo “selvícolas”, empregado pelo Código (1916), para igualmente repetir que se tratam de “incapazes, até que se adaptem à civilização do país”. Para COELHO, a vida dos índios em liberdade e fora da civilização seria um problema para o qual o Estado ainda não teria encontrado solução, apesar de 400 anos de esforços. A situação dos “aborígenes”, diz F. COELHO,

continua a preocupar os nossos dirigentes que não se assentaram ainda na verdadeira solução do difícil problema social, da sujeição destes brasileiros às disciplinas da civilização, apesar dos quatrocentos anos de continuado trabalho e dos variados processos empregados para este fim.

Expressando a visão evolucionista predominante à época, o autor considerava que o processo evolutivo colocado em perspectiva para os índios não seria rápido, mas seria possível. Afinal, diz ele “a humanidade chegou à civilização, que desfruta hoje, morosa e gradativamente,(...). Para este fim gastaram-se milhares de anos e talvez de Séculos”.

Para o autor, seria necessário, com paciência e perseverança, fazer passar “o selvícola do estado quase exclusivamente animal, para o gozo dos benefícios da civilização moderna”²⁵⁴. Assim, coerente com sua época COELHO norteava-se pelo **paradigma da integração** dos índios, ou seja, a sua inclusão na “civilização moderna”.

²⁵³ COELHO, Ferreira. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Comparado com o Direito estrangeiro**, etc. Vol. IV – Parte Geral (arts. 5.^a a 12). Rio de Janeiro : Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1922.

²⁵⁴ *Idem, Ibidem*, p.334, *passim*.

b) Sob a Constituição Federal de 1937.

Dentre os autores que trataram da capacidade civil dos indígenas à época da vigência do texto constitucional de 1937 – que não previa a incorporação dos “silvícolas” à comunhão nacional, traz-se aqui as abordagens de Clóvis BEVILÁQUA, CARVALHO SANTOS, San Tiago DANTAS, e ESPÍNOLA & ESPÍNOLA FILHO.

Para BEVILÁQUA, o uso da expressão “selvícolas” pelo Código restringiria a sua aplicação apenas aos “habitantes da floresta”. Aos demais, que estivessem “confundidos com a massa geral da população”, caberia apenas a aplicação das normas de direito comum. Do mesmo modo que Ferreira COELHO, o célebre jurista via como um desafio “o problema da incorporação definitiva dos aborígenes na sociedade brasileira”. Para ele, o problema havia recebido tratamento louvável no Decreto 8.072/1910, que regulamentara o SPI. Ali o governo teria demonstrado uma “preocupação filantrópica” ao assumir a tarefa de incorporação dos índios, a qual considerava como grandiosa do ponto de vista moral. Beviláqua dirigia contudo as suas críticas ao Governo pelas “improficuas” providências posteriormente adotadas. Segundo ele, os esforços iniciais de incorporação, inspirados sobretudo em José Bonifácio, teriam sofrido solução de continuidade. Naquele momento, segundo ele, subsistiria apenas, daquela época, a idéia do Decreto de 3.06.1833 da equiparação dos “índios selvícolas” aos menores, submetendo-os “à proteção do juiz de órfãos”. BEVILÁQUA colocava a expectativa de que a República retomasse o projeto de incorporação dos índios à sociedade nacional, resolvendo-o “satisfatória e definitivamente”²⁵⁵

A explicação para o uso da expressão “selvícolas” abarcando apenas os “habitantes da floresta” como relativamente incapazes, é também mencionada por CARVALHO SANTOS. Para este, a situação jurídica dos “silvícolas” fixava-se no Decreto n.º 5.484/1928, que os emancipava “da tutela orfanológica até então vigente”. Mas, observa, suas capacidades

²⁵⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. V. I, 7.^a ed. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1944; pp.196-204.

sofrieriam restrições “enquanto não se incorporarem eles à sociedade civilizada.” Ficariam também “sob a tutela do Estado”, a ser exercida “segundo o grau de adaptação de cada um”, por intermédio dos Inspectores do SPI. Uma vez incorporado à sociedade civilizada ou passando para centro agrícola, receberia o índio “os bens que lhe pertençam individualmente para que os possa livremente administrar.” CARVALHO SANTOS refere-se também à hipótese de incorporação de coletividade (“grupo, horda, tribo ou nação”) à sociedade “civilizada”. Para o autor, a prova dessa incorporação “não seria sempre das mais fáceis”. O critério para a sua aferição, ou seja, o como se saber “quando o índio estava civilizado” seria, pelo Dec. 5.484/1928, a sua equiparação “aos pertencentes aos centros agrícolas”, condição atestada pelo “inspetor competente”²⁵⁶.

Já ESPÍNOLA & ESPÍNOLA FILHO dizem apenas que os “selvícolas” são “submetidos pelo Código civil a uma incapacidade relativa, que cessará na medida que forem se adaptando à civilização”²⁵⁷.

Quanto a San Tiago DANTAS, considerava que a assistência dada ao “silvícola” decorrente de sua incapacidade relativa, não seria objeto do Direito Civil, mas do Direito Administrativo, “que dispõe a esse respeito determinando de que modo, em que circunstância e condições, os silvícolas são tutelados pelo serviço especial para eles criado”²⁵⁸.

Vê-se que embora o texto constitucional da época fosse silente a respeito do assunto, o paradigma da incorporação dos índios à sociedade brasileira continuava como um denominador comum entre os autores apontados.

²⁵⁶ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Volume I, 3.^a edição. São Paulo : Livraria Editora Freitas Bastos, 1942; pp.276-278.

²⁵⁷ ESPÍNOLA & ESPÍNOLA FILHO. **Tratado de Direito Civil Brasileiro. Vol. I. Introdução ao Estudo do Direito Civil**. Rio de Janeiro : Livraria Editora Freitas Bastos, 1939; p.510.

²⁵⁸ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil. Parte Geral. Aulas Proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945]**. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1977; p.178.

TABELA I

Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 1916, sob a Constituição Federal de 1937

| CIVILISTAS | PARADIGMA |
|--|------------|
| BEVILÁQUA, Clóvis. (<u>Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado</u>) | INTEGRAÇÃO |
| CARVALHO SANTOS, J. M. de. (<u>Código Civil Brasileiro Interpretado</u>) | INTEGRAÇÃO |
| DANTAS, San Tiago. (<u>Programa de Direito Civil. Parte Geral</u>) | |
| ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. (<u>Tratado de Direito Civil Brasileiro. Vol. I. Introdução ao Estudo do Direito Civil</u>) | INTEGRAÇÃO |

c) Sob a Constituição Federal de 1946.

Aqui a amostragem da compreensão do *status* jurídico dos indígenas sob a Carta de 1946 – que, como as posteriores, previa a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, traz apenas a visão de Pontes de MIRANDA, para quem o Código de 1916 suporia uma “adaptação gradativa” dos “silvícolas” à “civilização”. Os índios seriam “capazes de direito, mas relativamente incapazes”. Considera também a previsão constitucional de incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (CF/1946, art. 5.º, XV, “r”), e a legislação indigenista da época – a Lei n.º 5.484/1929 (art. 39), para concluir que “até a passagem do silvícola ao centro agrícola, ou até a sua incorporação aos civilizados, administra-lhes os bens o Serviço de Proteção aos Índios. Após isso, o silvícola administra livremente os seus bens”²⁵⁹. Assim, como os demais, também Pontes de MIRANDA norteava-se pelo paradigma da integração.

TABELA II

Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 1916, sob a Constituição Federal de 1946

| CIVILISTAS | PARADIGMA |
|---|------------|
| MIRANDA, Pontes de. (<u>Tratado de Direito Civil. Parte Geral. Tomo I.</u>) | INTEGRAÇÃO |

²⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Civil. Parte Geral.** Tomo I. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1983; pp.210-212. A edição aqui utilizada (1983) não fora atualizada nem com a E.C. de 1969, nem com a Lei 6.001/73. Além disso, a legislação citada (Dec. 4.857/39 e Lei n.º 5484/28) já se encontrava revogada.

d) Sob a Constituição Federal de 1967.

Sob a vigência da CF/1967, que também previa a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, são relacionadas aqui as posições de Arruda ALVIN e Vicente RÁO.

Para ALVIN a expressão “silvícola” fora adotada pelo Código de 1916 para referir-se apenas aos habitantes das “selvas ou silvas”, denominados pelo autor como “índios não civilizados”. Em razão de tal condição, dizia o autor, não seria possível “pretender a obediência” destes às leis do país; daí colocá-los o Código de 1916 no rol dos incapazes²⁶⁰.

RÁO por sua vez não limita suas considerações apenas ao texto do Código Civil. O autor, como os demais, também adota a denominação “silvícolas” empregada pela Lei Civil (1916), observando que este os inclui no rol dos relativamente incapazes, sujeitos à tutela até se adaptarem à civilização. Mas observa também, certamente em razão de sua experiência publicista, os comandos constitucionais de incorporação dos índios à comunhão nacional, e de respeito à posse das terras onde se achassem permanentemente localizados²⁶¹.

Como os autores anteriores, também ALVIN e Vicente RÁO movem-se pelo paradigma da integração ou incorporação dos índios à comunhão nacional.

TABELA III

Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 1916, sob a Constituição Federal de 1967

| CIVILISTAS | PARADIGMA |
|--|------------|
| ALVIN, Agostinho. (<u>Comentários ao Código Civil</u> . 1.º Vol.) | INTEGRAÇÃO |
| RÁO, Vicente. (<u>O Direito e a Vida dos Direitos</u>) | INTEGRAÇÃO |

e) Sob a Emenda Constitucional de 1969.

²⁶⁰ ALVIN, Agostinho. **Comentários ao Código Civil**. 1.º Vol. Rio de Janeiro : Editora Jurídica e Universitária, 1968; pp.109-110.

²⁶¹ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5.ª ed., anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo : RT, 1999.

Na análise do tratamento dado pelo Código de 1916 à capacidade civil dos indígenas, agora sob a vigência da EC/1969, que previa a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, a amostra aqui levantada é representada apenas por um civilista – Darcy de Arruda MIRANDA, e quatro autores com textos voltados exclusivamente para o tema específico, e que aqui denominaremos de autores “indigenistas”²⁶²: Dalmo DALLARI, Marés de SOUZA FILHO, Hidelbrando PONTES NETO, e Ismael Marinho FALCÃO.

Quanto a MIRANDA, afirma que os “silvícolas” seriam relativamente incapazes “porque, embora sabendo manifestar a sua vontade, ainda não se adaptaram à nossa civilização.” Porém, “à medida que essa adaptação se processe irão alcançando a plena capacidade civil.” Então, “até que isso aconteça, ficam sujeitos ao regime tutelar do Estado”²⁶³. Assim, adota o **paradigma da integração** como os demais civilistas da época.

DALLARI²⁶⁴ vê nessa época o indígena como possuidor de uma “compreensão insuficiente dos usos e costumes da sociedade não-índia”, ficando, então, “vulnerável ao início de sua integração” devendo “receber uma proteção especial” a fim de que não sofresse “prejuízos por insuficiente compreensão do significado e do alcance dos atos que praticar”.

Jurista que desempenhou importante papel na defesa dos direitos indígenas durante o Regime Militar, avaliava a tutela indígena como ainda “conveniente e recomendável” dadas “as circunstâncias de fato - especialmente a aproximação cada vez maior da sociedade não-índia e a cobiça pelas terras indígenas e pelas riquezas nelas existentes”. Seria necessário,

²⁶² Tomado aqui o termo em razão de que os textos tratam especificamente de direitos indígenas, diferenciando-os, pois, para efeitos didáticos, das demais obras que tratam do Direito Civil de maneira geral.

²⁶³ MIRANDA Darcy Arruda. **Anotações ao Código Civil Brasileiro : parte geral** (arts. 1.º a 79). São Paulo : Saraiva, 1981; p.25.

²⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Cf. **A Tutela Indígena**. In: *Boletim da Comissão Pró-Índio de São Paulo*. São Paulo. Ano II, n.º 4, nov. de 1984; **Índios, cidadania e direitos**. In: VIDAL, Lux (Coord.). *O Índio e a Cidadania*. Comissão Pró – Índio de São Paulo. São Paulo: Brasiliense, 1983; **Justiça para o Índio**. Folha de SP – SP, 23.abril.1983, 1.º Cad, p. 3; e **O índio, sua capacidade jurídica e suas terras**. In: *A questão da Emancipação*. São Paulo: Global Editora, 1979. O autor, analisando o ponto de vista histórico posteriormente trabalhado por SOUZA FILHO (**Tutela aos Índios: Proteção ou Opressão?**, *Op. Cit.*, pp.302-305), observava que “quando se concluiu a elaboração do Código Civil Brasileiro, em 1916, ainda se considerava o índio um deficiente.” Tal visão teria sido alterada em 1928, com “uma nova legislação, inspirada em outra concepção, dando à tutela o sentido de proteção em face de uma integração social incompleta, prevalecendo hoje esse pensamento.” (cf. DALLARI, **Índios, cidadania e direitos**. *Op. Cit.*, p.56)

contudo, compreendê-la como “instrumento de proteção do índio, de sua cultura e de seus interesses patrimoniais”. Por isto insistia que do ponto de vista jurídico, o índio não seria um incapaz, só estando “obrigado a agir na companhia da Funai para a prática de certos atos, que a lei enumera”. O autor vê uma diferença essencial o índio “não-integrado” e “não-emancipado”. Enquanto a *integração* consistiria no preenchimento de certos requisitos de socialização, a *emancipação* seria “a formalidade pela qual o índio comprova que não precisa mais de tutela”. A emancipação e a integração seriam tão diversas que poderia ocorrer de mesmo integrado, o índio não considerasse conveniente pedir a emancipação, havendo, assim um “índio integrado e não-emancipado”. Para DALLARI, a imagem negativa da tutela indígena no Brasil, e a concepção do indígena como cidadão inferior, adviria do fato de que a Funai, teria “falhado muitas vezes por omissão e, pior do que isso, praticado atos claramente prejudiciais aos interesses dos índios, de suas pessoas, de suas comunidades e de sua cultura”²⁶⁵.

Já SOUZA FILHO observa que a submissão das “nações” indígenas aos Estados Nacionais, por força das regras reinantes no plano interno e internacional, levam ao estabelecimento, por parte dos segundos, de uma espécie de “recompensa” em troca de sua submissão”. Tal compensação consistiria na “proteção interna e externa” a ser dispensada a tais coletividades pelo Estado. Para o autor, no caso brasileiro, esta “característica de proteção, de defesa” garantida pelo Estado aos índios, estaria no “instituto da tutela”, que não deveria ser a tutela civil. Critica também o regime tutelar previsto na Lei n.º 6.001/73, dado o conflito de interesses gerado pelo fato de que o tutor, sendo o próprio Estado, estaria obrigado “a agir sempre em defesa do ‘bem comum’” o que “não raras vezes” se chocaria com os interesses dos índios. Assim, entende que “o sistema de tutela indígena (...) deve estar voltado

²⁶⁵ DALLARI, Dalmo de A. **Índios, cidadania e direitos**. *Op. Cit.*, pp.52-58.

para a defesa dos valores étnicos dos povos tutelados”, o que exige “um profundo conhecimento antropológico dos valores do tutelado”.²⁶⁶

Por sua vez, Hidelbrando PONTES NETO entende o regime tutelar do Código Civil de 1916 como proteção apenas aos índios “não integrados à comunhão nacional.” Em sua opinião “a consciência nacional não maturou o suficiente para compreender o alcance e a importância filosófica da concretização de uma nação brasileira multiétnica, plurinacional, onde os bens culturais das minorias deverão ser preservados e respeitados ...”.²⁶⁷

Dissonando dos autores “indigenistas” desta fase está FALCÃO, para quem o regime tutelar protetivo dos índios e seu patrimônio²⁶⁸ teria “o objetivo-fim de integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. A idéia seria “preservar a cultura indígena e integrar o elemento silvícola à comunhão nacional”. Falcão define como *integrados* “todos aqueles que, não vivendo nem convivendo mais com a selva, de há muito viviam e conviviam com o meio civilizado”, amoldados “de tal sorte à vida civilizada das cidades, vilas e povoados, que lhes seria muito difícil retornar ao convívio diuturno da selva”, para levar uma vida, segundo o autor, “bruta e selvagem”. Tais índios, “perfeitamente integrados à comunhão nacional”, estariam “em cidades de Estados não amazônicos”, no Nordeste, Sul e Centro-Oeste, onde o indivíduo “somente se diz índio por mera conveniência”.²⁶⁹ Conclui que “se o índio é já integrado, ele é um brasileiro comum, (...), não sujeito a qualquer tipo de proteção, a não ser a proteção legal conferida a todo cidadão”²⁷⁰.

²⁶⁶ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **A cidadania e os índios**. In: VIDAL, Lux, *Op. Cit.*; pp.44-51.

²⁶⁷ PONTES NETO, Hidelbrando. **O Índio brasileiro e o Direito Autoral**. In: *Revista de Cultura Vozes*, vol. 78, n.º 09, novembro de 1984, pp.5-24.

²⁶⁸ Observe-se que quase todos os autores, independentemente do paradigma adotado, trabalham o discurso do regime tutelar como proteção, seja à pessoa dos índios, seja ao seu patrimônio.

²⁶⁹ Como exemplo, cita os Xukuru-Kariri (AL) que “por mera conveniência e oportunismo, abandonaram suas residências na cidade, por alguns dias, a fim de se manterem na posse da Mata da Cafurna como forma de forçar o Governo a acorrer em seu auxílio e em nome da tutela indígena regularizar a área (...) para uso da Comunidade Indígena que nunca existiu”. O autor remete a episódio que acompanhamos quando ainda estudante de Direito na UFPE, época em que colaboramos com a assessoria jurídica prestada àquela Comunidade por advogados do Conselho Indigenista Missionário – Cimi. Do episódio resultaram duas ações judiciais contra a Comunidade, uma solucionada através de acordo judicialmente homologado a partir do reconhecimento da posse indígena por

Percebe-se entre tais autores uma significativa mudança quanto aos paradigmas adotados. Enquanto o civilista Arruda MIRANDA e o “indigenista” Marinho FALCÃO coincidem numa perspectiva integracionista, os demais autores “indigenistas” comungam do paradigma da proteção: Dalmo DALLARI, C. F. Marés de SOUZA FILHO e Hidelbrando PONTES NETO.

TABELA IV

Posição dos autores sobre a capacidade civil indígena na vigência do Código Civil de 1916, sob a Emenda Constitucional n.º 01 de 1969

| CIVILISTAS (PARADIGMA DA INTEGRAÇÃO) | “INDIGENISTAS” (PARADIGMA DA INTEGRAÇÃO) | “INDIGENISTAS” (PARADIGMA DA PROTEÇÃO) |
|--|--|---|
| MIRANDA, Darcy Arruda. (<i>Anotações ao Código Civil Brasileiro : parte geral</i> - arts. 1.º a 79) | FALCÃO, Ismael Marinho. (“ <i>Regime Tutelar Indígena</i> ”) | DALLARI, Dalmo de Abreu. (“ <i>A Tutela Indígena</i> ”); - (“ <i>Índios, cidadania e direitos</i> ”.); - (“ <i>Justiça para o Índio</i> ”); - (“ <i>O índio, sua capacidade jurídica e suas terras</i> ”) |
| _____ | _____ | PONTES NETO, Hidelbrando. (“ <i>O Índio brasileiro e o Direito Autoral</i> .”) |
| _____ | _____ | SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. (“ <i>A cidadania e os índios</i> .”) |

Por fim, é importante observar que, em termos de conjunto, salvo raras exceções, a análise da capacidade jurídica dos índios leva em conta exclusivamente a legislação infra-constitucional, ou seja, o Código Civil de 1916, o Decreto 5.484/1928 e o Estatuto do Índio de 1973. Não fazem os autores qualquer leitura da previsão de incorporação dos índios à comunhão nacional como sendo o paradigma constitucional a dar suporte, a conferir legitimação, à redução da capacidade indígena prevista em lei.

2.3. Interpretação e execução (I): a tutela indigenista e os poderes de Estado no marco do paradigma incorporativista.

Dado o quadro normativo desenhado ao longo do Século XX sobre a questão da tutela indígena, e as interpretações de seu significado, cabe levantar agora alguns elementos que

parte do Autor, e a outra (n.º 8700156264 – 1.ª Vara) decidida favoravelmente à posse indígena (com o auxílio de perícias antropológica e arqueológica), e confirmada pelo TRF-5 (AC20978-AL).

²⁷⁰ FALCÃO, Ismael Marinho. **Regime Tutelar Indígena**. In: *Revista de Direito Agrário*, v.9, n.º 7, jan./jun. 1982; pp.21-27.

possam indicar como efetivamente tal tutela foi posta em prática pelos órgãos indigenistas oficiais aos quais foi atribuída – SPI e Funai. Da mesma forma, cabe levantar algumas informações sobre o modo como a *capitis diminutio* e a tutela indigenista foram aí interpretadas pelos demais poderes de Estado, especialmente o Judiciário e o Legislativo.²⁷¹

2.3.1. A tutela indigenista e seu exercício: SPI e Funai.

Muito se comentou a partir da década de 1980 sobre os abusos cometidos pelo SPI e Funai, em nome do exercício da tutela²⁷². Para uma melhor compreensão das origens, amplitude e alcance destes abusos, é necessário se perceber algumas questões relativas ao próprio papel desempenhado pelos mesmos órgãos na concretização do projeto de integração dos índios.

Como se pode ver nas normas regulamentadoras dos dois órgãos, o oferecimento de presentes aos índios nas expedições de atração e “pacificação” dos grupos isolados, e a introdução de bens industrializados de consumo entre as comunidades de pouco contato, foi uma constante nas suas atribuições. Na verdade, parte importante das estratégias em torno do suposto processo de evolução cultural dos indígenas e sua inserção na “civilização”. Deliberadamente essa estratégia criava, nas comunidades indígenas, relações de forte dependência quanto aos órgãos indigenistas. A propósito, Lúcia Helena RANGEL assim descrevia a situação nas aldeias Araribá, Icatu e Vanuíre (SP) anos 1970:

“De há muito, o Posto, através de seu encarregado, é para os índios o doador de bens que representam a sociedade nacional. Foram neutralizados através de um processo que consiste em conquistá-los por meio de objetos desconhecidos, úteis ou inúteis, mas que acabavam por cativá-los. (...) Ainda hoje, a garantia de um bom relacionamento entre a Funai e os índios reside nas doações regulares do organismo oficial”.²⁷³

²⁷¹ Tal tarefa é aqui realizada a partir da literatura indigenista e das informações relativas a fatos da época, não tendo sido possível em razão dos limites de tempo uma pesquisa nos arquivos do SPI ou da Funai.

²⁷² cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos do Índio...** *Op. Cit.*; SOUZA FILHO, C. F. Marés de. **A Cidadania e os Índios**, *Op. Cit.*; **Índios e Direito: o jogo duro do Estado**. In: *Negros e Índios no Cativo da Terra*. Rio de Janeiro : AJUP : FASE, 1989. Coleção “Seminários”, n.º 11; **O Renascer dos Povos...** *Op. Cit.*

²⁷³ RANGEL, Lúcia Helena. **Vida em Reserva**. In: Vários autores. *Índios no Estado de São Paulo: resistência e transfiguração*. São Paulo : Yankatu Editora : Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1984; p.108.

Outra atribuição conferida tanto ao SPI quanto à Funai – a assistência econômica, de saúde e educacional –, acabava também por consistir em importante fator de subordinação política dos índios aos órgãos indigenistas. A manipulação da assistência num jogo de recompensas e punições era também uma estratégia importante, embora nem sempre eficaz, para se chegar ao objetivo da integração dos índios ao projeto nacional.

A manipulação da assistência como punição pôde ser vista, por exemplo, no caso dos estudantes indígenas Terena e Xavante que estudavam em Brasília – DF, e que, por ordem do então presidente da Funai, Otávio F. Lima, tiveram as hospedagens cortadas, sendo ordenados a se transferirem, em pleno ano letivo, para outros estabelecimentos de ensino em seus Estados e municípios de origem. A medida, que segundo nota da Funai, teria entre suas motivações “atitudes de desacato que culminaram com a invasão agressiva ao gabinete do Presidente do órgão”, acabou resultando na impetração de Mandado de Segurança contra aquela autoridade (*vide* seção 2.2.3.2)²⁷⁴.

Analisando o caso Ticuna, João Pacheco de OLIVEIRA FILHO observa o exercício da tutela como parcialmente identificado com o desempenho das atividades assistenciais prestadas pelo órgão indigenista. Constata como a relação de dependência gerada pelo órgão em sua política assistencialista poderia ser manipulada para atingir a integração dos índios. Assim visando uma punição de natureza didática, “o chefe de PI poderia deixar de prestar qualquer espécie de assistência a certos índios, recusar-lhes o empréstimo de instrumentos agrícolas de propriedade do PI e a doação eventual de sementes ou fertilizantes, não convocá-los para trabalhos remunerados ou que implicassem em prestígio, não lhes fornecer mais remédios ou dificultar a presença de seus filhos à escola, e, por fim, não lhes prestar mais qualquer auxílio em caso de litígio com civilizados”.²⁷⁵

²⁷⁴ cf. PORANTIM, abr. 1984, p.7.

²⁷⁵ OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. **“O Nosso Governo”: Os Ticuna e o Regime Tutelar**. São Paulo : Marco Zero; Brasília-DF : MCT :CNPq, 1988; p.234.

Esta atribuição de caráter assistencial passou com o tempo a ser considerada *inerente ao exercício da tutela*. A assistência do tutor ao relativamente incapaz, que se traduz no acompanhamento dos atos jurídicos praticados pelo tutelado, acabou se confundindo na prática do SPI em assistência econômica.

Uma terceira esfera de atribuições a cargo tanto do SPI quanto da Funai consistia no controle das relações políticas e sociais internas às comunidades indígenas e entre estas e a sociedade envolvente. Parte deste controle já se obtinha, como visto antes, através do papel de provedor algumas vezes roubado aos líderes tradicionais, e da relação de dependência criada em torno do assistencialismo do órgão.

Cabia sempre ao órgão indigenista a definição e planejamento de todos os projetos supostamente voltados para a comunidade, a premiação das condutas socialmente aceitáveis e punições para os comportamentos considerados desviantes. OLIVEIRA FILHO observa que as práticas punitivas do agente do SPI sobre os Ticuna poderiam “chegar até à *expulsão de um índio (e de sua família) da reserva,*” o que teria por motivo “principalmente o alcoolismo, as brigas ou a feitiçaria.” O sistema de punições aplicado pelo representante do SPI poderia até envolver o uso de “autoridades policiais e militares”, para fins de encarceramento temporário na cidade, de indígenas “qualificados como desordeiros”.²⁷⁶

Além disso, o regime tutelar era interpretado também como legitimador de uma política sistemática de intervenção sobre as estruturas políticas internas das comunidades indígenas. Em 1977, por exemplo, os participantes do Curso de Indigenismo realizado pelo Conselho Indigenista Missionário – Cimi, denunciavam que no Posto Indígena Chapecó (SC), as chefias de duas comunidades indígenas haviam sido arbitrariamente destituídas pelo representante local da Funai e substituídas por pessoas alheias à vontade dos índios.²⁷⁷

²⁷⁶ OLIVEIRA FILHO, “O Nosso Governo”: Os Ticuna e o Regime Tutelar. *Op. Cit.*, p. 234.

²⁷⁷ cf. CIMI, Boletim – Ano 6 – n.º 34, jan./fev. de 1977, p.30.

A esse respeito, OLIVEIRA FILHO observa como decisivo o papel do processo de “internalização das finalidades administrativas” do órgão indigenista na vida política da comunidade, através da inserção da autoridade artificial do “capitão”, imposto a diversos povos indígenas ainda à época do SPI. Constituíam-se num simulacro daquele “chefe tribal” que os representantes do Serviço viam como essenciais e sempre presentes na organização social dos povos indígenas. Narra o antropólogo o diálogo com um chefe de Posto da Funai, sobre “qual deveria ser o chefe da reserva de acordo com ‘a cultura dos índios’ ”:

“Após ouvir uma detalhada explicação sobre a ausência deste papel no universo Ticuna, o funcionário justificou (e reafirmou) sua posição: ‘Porque quando eu chego na aldeia, preciso de alguém que transmita aos índios as minhas ordens. Não adianta falar com qualquer um, porque eles não obedecem depois. É preciso procurar aquele certo, a pessoa que eles mesmos gostam e que obedecem. É esse que eu quero que você me diga’ (inf. Gilvan Brandão – Atalaia do Norte, 1975)”²⁷⁸

Assim, a dependência gerada nas comunidades quanto aos bens e atividades assistenciais prestadas pelo órgão executor da tutela indigenista, juntamente com o controle que exercia sobre a sua organização interna acabava, em muitas situações, por gerar um grave processo de desintegração nas suas estruturas sócio-políticas. Muitas comunidades ficavam assim totalmente dependentes dos chefes de Postos. Veja-se por exemplo a situação das aldeias (SP) pesquisadas por RANGEL:

“O chefe de Posto resolve desde o problema conjugal de uma família de índio (...), problemas de educação, problemas econômicos... em suma, o chefe do Posto faz de tudo. (...) A comunidade interpreta o chefe do Posto como aquele que tem que resolver todo problema que surja, desde a própria família; qualquer relacionamento entre famílias, nesses grupos onde não há um sistema político (...). Estraga uma torneira, por exemplo, eles acham que a chefia do Posto tem obrigação de ir lá repor. Se cai a telha da casa, o chefe do Posto é que tem de mandar o funcionário lá colocar; se um animal está fazendo um estrago qualquer, eles vêm avisar o chefe do Posto, em lugar de tirar o animal da lavoura (...) Todos os problemas, o chefe de Posto tem de resolver. Se alguém está sem comer, vem aqui dizer (...) que está com fome, como se o chefe de Posto tivesse obrigação de alimentá-lo.”²⁷⁹

Nesse contexto de dominação e dependência, duas formas principais de abuso do poder tutelar sobre os índios foram identificadas e denunciadas por juristas, antropólogos e

²⁷⁸ OLIVEIRA FILHO, “O Nosso Governo”: Os Ticuna e o Regime Tutelar. *Op. Cit.*, p. 235.

²⁷⁹ RANGEL, Lúcia Helena. *Op. Cit.*, pp.107,108 e 111.

missionários: 1.º, a utilização da tutela como instrumento de espoliação patrimonial, através de atos substitutivos e até mesmo contrários à vontade dos índios; 2.º, o impedimento aos índios do exercício de direitos, a pretexto da sua condição de relativa incapacidade civil.

No primeiro caso ocorria que, ao gerir o patrimônio indígena, SPI e Funai deram à tutela extensão tal que acabaram por transformá-la em instituto de representação, e não de assistência, praticando atos à revelia de sua vontade, e geralmente lesivos aos interesses patrimoniais de seus tutelados. A extinção do SPI, por exemplo, teve entre suas causas, a prática de atos que resultaram em prejuízo ao patrimônio indígena.²⁸⁰

O exercício da tutela pelo SPI, observa SOUZA FILHO “acabou por ser fonte de negociatas e desmandos”²⁸¹. Mais tarde, também a Funai passou receber críticas no mesmo sentido. Foi o caso, por exemplo, do acordo, feito pela Funai em 1983, com a Petrolífera Elf-Aquitane, sem qualquer consulta aos índios, permitindo a prospecção de petróleo nas terras dos Sateré-Maué e dos Munduruku (AM)²⁸². Outro exemplo foi o dos inúmeros contratos de exploração de madeira em terras indígenas firmados pela Funai, muitas vezes sem o conhecimento das comunidades respectivas e, como observa SOUZA FILHO “não raras vezes contra sua vontade”.²⁸³

E a transformação da assistência em representação tornava-se também visível, e objeto de questionamento, nas poucas oportunidades em que os índios, rompendo o cerco de controle e isolamento em que se encontravam em relação ao “órgão tutor”, tentavam constituir advogados de sua própria escolha para a defesa judicial de seus direitos. Exemplo nesse sentido ocorreu em 1980, quando as Comunidades Tupinikim e Guarani (ES), tentando constituir advogado para reaver a posse de suas terras em poder da multinacional Aracruz

²⁸⁰ Em 1965, a Resolução n.º 142 da Câmara dos Deputados aprovava as conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, que apurara desvios praticados pelo SPI, concluindo que tais irregularidades “resultaram sérios prejuízos ao índio, quanto à sua integração à comunidade nacional e ao seu patrimônio”, e de ter “ficado evidenciada a prática de delitos contra a Fazenda Nacional e o Patrimônio Indígena.” (art. 1.º, II e III).

²⁸¹ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.102.

²⁸² cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Sobre a Escravidão Voluntária...** *Op. Cit.*, pp.29-30.

²⁸³ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **Índios e Direito: o jogo duro do Estado.** *Op. Cit.*, p.14.

Celulose S.A., esbarraram na objeção da Funai e da Polícia Federal. O advogado Ewerton GUIMARÃES indagava ao Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB: “o Conselho da tribo pode ou não outorgar, validamente, uma procuração ao advogado que mereça a confiança da comunidade indígena ?” E explicava:

A Autoridade Policial já disse que não reconheceria o exercício profissional, se o advogado signatário ou qualquer outro praticassem quaisquer atos extrajudiciais ou judiciais em favor dos silvícolas. O requerente se sentiu tolhido por essa intolerável limitação ao desempenho da advocacia.

Sugeriu o advogado que a própria Ordem o designasse a prestar serviços profissionais aos índios, gratuitamente, como forma de se garantir contra eventual arbitrariedade da Autoridade Policial, e poder a formular pretensões em nome das comunidades indígenas à justiça Federal, com a assistência do Ministério Público.²⁸⁴

No segundo caso verificou-se também que a prática tutelar adotada pelos dois órgãos indigenistas acabou por ir além do âmbito dos atos da vida civil, contaminando outros direitos assegurados em lei, a exemplo do exercício de direitos políticos, trabalhistas, previdenciários, e até mesmo os direitos de ir-e-vir e de reunião. Assim, a pretexto da tutela, funcionários do SPI obstavam, aos Terena residentes em Miranda, Aquidauana e Campo Grande (MS) “o exercício do voto, declarando que, não sendo obrigados ao serviço militar, não poderiam ser eleitores”.²⁸⁵

Do mesmo modo, nas aldeias descritas por RANGEL²⁸⁶ os índios que trabalhavam para os proprietários rurais do entorno não possuíam carteira de trabalho, havendo a idéia de que por serem tutelados não teriam direitos trabalhistas. A concepção de que a relativa incapacidade civil excluiria os índios da proteção laboral estaria, segundo a antropóloga, na origem da preferência dos fazendeiros locais pela utilização de sua força de trabalho.

²⁸⁴ cf. GUIMARÃES, Ewerton M. **Sobre a situação de bens imóveis pertencentes ao patrimônio indígena no Estado do Espírito Santo**. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (Org.) *O Índio Perante o Direito*. Florianópolis : Editora da UFSC, 1982; pp.143;146;147-148.

²⁸⁵ RIBEIRO, Darcy. *Op. Cit.*, p. 205.

²⁸⁶ RANGEL, Lúcia Helena. *Op. Cit.*, p.91.

Em janeiro de 1977 a tutela sobre os índios foi utilizada para dissolver a primeira Assembléia dos Tuxauas dos povos Makuxi, Wapixana e Taurepang que se realizava na Missão Consolata, em Surumu (RR), sob a alegação de que não teria sido autorizada pela Funai.²⁸⁷ Ainda naquele ano, os participantes do Curso de Indigenismo do Cimi denunciavam que nas aldeias as reuniões dos índios eram proibidas pela Funai, sob ameaças de prisão, de transferência para outros Postos Indígenas ou simplesmente de expulsão de suas terras. O mesmo grupo denunciava ainda a situação de *isolamento e repressão* em que eram postos os índios do Sul, a exemplo dos Kaingáng, “submetidos a um rígido regime de controle que exige autorização superior” – ou seja, do chefe de Posto da Funai, “para o menor deslocamento de uma comunidade a outra”.²⁸⁸

O controle da Funai sobre os passos dos índios em nome da tutela, acabou sendo utilizado, em 1980, para tentar impedir a viagem do líder Xavante Butsé Dzuruna, mais conhecido como Mário Juruna, à Holanda, onde participaria do IV Tribunal Russell²⁸⁹ sobre os Direitos dos Índios das Américas, em Rotterdam (24 a 30.11.1980). Além do Presidente, também o Conselho Indigenista da Funai se opunha à viagem.²⁹⁰

A tensão entre o executor da tutela (o Presidente da Funai Nobre da Veiga), e o tutelado (Mário Juruna), em razão da viagem à Holanda, foi objeto de uma das gravações de áudio feitas pelo próprio Juruna. Eis um trecho do diálogo:

“JURUNA – Há um problema, nós temos direito de andar por todo o Brasil, em todo o território, e eu gostaria de saber o que os senhores acham. Eu

²⁸⁷ Segundo Nota do Cimi, outro motivo alegado para a intervenção foi a presença, naquele local, do seu Presidente – Dom Tomás Balduino, e de seu secretário – Pe Egydio Schwade. (cf. CIMI, Boletim – Ano 6 – n.º 34, jan./fev. de 1977, p.19)

²⁸⁸ CIMI, Boletim – Ano 6 – n.º 34, jan./fev. de 1977, p.30-31.

²⁸⁹ O Tribunal resultara de uma associação entre a Russell Peace Fundation, e o holandês Grupo de Trabalho Projeto Indígena, que em 1978 propusera um tribunal internacional independente sobre a situação indígena, com o propósito de “chamar a atenção (...) e mobilizar a opinião pública sobre a situação dos índios” (Proyecto Indígena. Quarto Tribunal Russell sobre los Derechos de los Indigenas de las Americas: objetivo y antecedentes. Amsterdam, setembro de 1980; pp.2-3). Para um relato do IV Tribunal Russel, *vide* CEESTEM & CADAL (Civilización: configuraciones de la diversidad. México : CEESTEM : CADAL, 1983; pp. 80-117).

²⁹⁰ Entre as “justificativas” do Conselho, o fato de Mário Juruna não pertencer aos grupos lingüísticos dos casos postos em pauta pelo Tribunal – *Aruak e Yanomami*; e “de o Brasil não reconhecer “jurisdição e competência” ao Tribunal Bertrand Russel. (cf. JURUNA, HOHFFELDT & HOFFMANN. *Op. Cit.*, p. 147)

recebi um convite da Holanda, e eu não posso atravessar a fronteira sem comunicar, e eu gostaria de participar.

PRESIDENTE DA FUNAI – Nós temos que saber de quem é o convite, para que a Funai fique sabendo quem será o responsável por você, (...).

JURUNA – (...) pediria que os senhores me conseguissem o passaporte para eu poder assistir esse encontro, (...).

PRESIDENTE – Nós vamos ver o que diz o convite para sabermos o que vamos decidir. Sem ler o convite não podemos decidir, temos que saber quem é o responsável, o que é que você vai fazer. (...).

JURUNA – O que está faltando é o passaporte, só isso que falta.

PRESIDENTE – O passaporte só com autorização da FUNAI.

JURUNA – Para fora do Brasil só falta passaporte. (...).

PRESIDENTE – Mas é preciso que eles se responsabilizem, inclusive, pela sua pessoa. (...).

JURUNA – (...) o senhor vai conseguir o passaporte, o recurso vem de lá, então ninguém tem a responsabilidade. (...)

PRESIDENTE – Eu só espero que você se lembre disto, que você é um homem brasileiro, e que o governo brasileiro lhe defende sob todos os aspectos e que você deve fazer lá um trabalho para o Brasil e não contra o Brasil; (...) o que você tem é que defender o Brasil (...).

JURUNA – Eu posso defender o Brasil, posso defender a terra, mas não defendo o povo.

PRESIDENTE – Então você não é brasileiro, (...), não quer defender o Brasil, vá para a Bolívia. (...)

JURUNA – Por quê ? Então eu tenho que defender os pistoleiros, aquelas pessoas que já mataram índios ?

PRESIDENTE – Um momento, Mário. Você está sendo contrário a um Governo que está lhe defendendo (...). Você não pode fazer isso lá fora, caso contrário, you vai ver o que vai acontecer a você quando voltar. (...) Eu estou te aconselhando como tutor de você que sou ...”²⁹¹ (Grifamos)

Como se vê mais adiante, o caso foi levado ao Tribunal Federal de Recursos – a TFR, e o Cacique Xavante pode então viajar à Holanda, onde participou do evento.

Contudo, mal o Xavante chegara a Rotterdam, a Funai anunciava sua intenção em elaborar “critérios de indianidade”, levando o presidente do Cimi, D. Tomaz BALDUÍNO a dizer: “quem não se enquadrar nos parâmetros da ciência dos coronéis, será demitido da condição de índio”²⁹². Em parecer publicado em 1983, CARNEIRO DA CUNHA rechaçava as pretensões da Funai: “A identidade étnica de um grupo indígena é, portanto, exclusivamente função da auto-identificação e da identificação pela sociedade envolvente” e

²⁹¹ JURUNA, HOHFFELDT & HOFFMANN. **O Gravador do Juruna**. Porto Alegre : Mercado Aberto, 1982; p.148-151.

²⁹² CIMI, **Boletim Informativo do Cimi**. Goiânia – GO, Ano 9, n.º 68, dezembro de 1980; p.5.

não pela Funai²⁹³. Essa tentativa de controle da identidade étnica dos indígenas, contudo, também foi objeto de forte reação contrária, acabando por ser abandonada.

Mas a discussão fez emergir o conceito de “etnicidade” que, conforme G. SEYFERTH, surge quando

nos mais variados países, grupos étnicos aparentemente assimilados reafirmam sua identidade usando valores muitas vezes apenas simbólicos, tomados de uma cultura supostamente tradicional. A noção de etnicidade aparece na medida em que os movimentos étnicos dos últimos anos mostram a inoportunidade dos conceitos de aculturação e assimilação, especialmente nos contextos onde a identidade étnica é assumida e manipulada.²⁹⁴

Mas a decisão do Tribunal Federal de Recursos no caso Juruna não conseguiu demover a Funai da prática de controle sobre as viagens de índios ao exterior, como ocorreu em 1988, com os Kayapó Paulo Paiakã e Kube'Y²⁹⁵, cuja viagem foi autorizada pelo Superintendente Regional da Funai. Como não bastasse, ao retornar ao Brasil os índios foram submetidos, juntamente com o antropólogo Darrel Posey, a tentativa de enquadramento na Lei dos Estrangeiros²⁹⁶ e ameaçados de expulsão do País²⁹⁷. Ou seja, se a partir do caso Juruna o Executivo ficava impossibilitado de utilizar a tutela para impedir as viagens indígenas ao exterior, passava então a tentar responsabilizá-los criminalmente pelas críticas que fizessem ao país no exterior.

Em meio à polêmica do caso Juruna, o governo tentava também impedir a criação da primeira experiência de organização indígena no país: a União das Nações Indígenas – Unind. Por sugestão da Agência Central do Serviço Nacional de Informações – SNI²⁹⁸, em 24 de

²⁹³ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Parecer sobre os critérios de Identidade étnica**. In: Comissão Pró-Índio de São Paulo. *O Índio e a Cidadania*. São Paulo : Brasiliense, 1983; p.100.

²⁹⁴ SEYFERTH, Giralda. **Etnicidade** (verbetes). In: Fundação Getúlio Vargas. *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, 1986.

²⁹⁵ Ambos foram aos Estados Unidos participar do “Simpósio Internacional de Manejo Adequado de Florestas Tropicais” realizado na Universidade da Flórida, em Miami.

²⁹⁶ Em seu favor foi impetrado, junto ao TFR, o pedido de *Habeas Corpus* n.º 7601-PA. Em 14.02.1989 a 2.ª Turma (Relator Min. Milton L. Pereira), decidiu à unanimidade, conceder a ordem para o trancamento da Ação Penal, inclusive reconhecendo que o crime apontado só teria “o estrangeiro como sujeito ativo”, não podendo “ser praticado materialmente por pessoa diversa” (DJ de 03.04.89).

²⁹⁷ cf. PORANTIM, set. 1988, p.14.

²⁹⁸ Em novembro de 1980 o SNI (Informação n.º 746/17/AC/80 ao Ministro do Interior, dos assessores jurídicos Paulo César Cataldo e Inocêncio Mártires Coelho) via “graves inconvenientes” no fato de “as nações

novembro de 1980 o Ministro-Chefe do Gabinete Civil da Presidência da República, Gal. Goubery do Couto e Silva (Aviso n.º 072/80-c ao Ministro do Interior), considerando a “inconveniência e a inviabilidade jurídica” da criação da Unind, orientava a Funai a se abster “de qualquer providência ou ajuda tendente a estimular a constituição da chamada ‘União das Nações Indígenas’”.²⁹⁹

Enfim a tutela, sinônimo de proteção, foi “largamente usada como coação”³⁰⁰. Muitas das práticas em nome dela adotadas (controle do trânsito dos índios entre as aldeias e para fora delas; proibição de participação em assembleias indígenas, de expedição de passaporte, de criação de organização indígena; destituição de líderes tradicionais; imposição de líderes à revelia das comunidades; etc.) em verdade nada tinham a ver com o exercício do poder tutelar conferido à União para a assistência aos indígenas tidos pelo Código Civil como relativamente incapazes. Tal foi aliás o entendimento expresso em diversas ocasiões sobretudo nas décadas de 1970 e 1980, por juristas, antropólogos e missionários que à época assumiam a defesa de sua causa.

Também a partir dos anos 1970 tais setores passaram a ver claramente entre as causas de abusos praticados contra as comunidades e indivíduos indígenas e seu patrimônio, em nome da tutela, a subordinação da Funai às diretrizes desenvolvimentistas da pasta onde havia sido localizada desde a sua criação: o Ministério do Interior – Minter. Shelton DAVIS, por exemplo, dizia que, no Minter, as metas principais da Funai eram: a) integrar rapidamente os povos indígenas à sociedade nacional; e, b) garantir que não causassem obstáculo ao progresso nacional e ao desenvolvimento econômico. A Funai, dizia, sacrificava os direitos e os interesses dos povos indígenas “em benefício dos grandes interesses econômicos, dos

indígenas se associarem numa entidade cuja organização de fato já se fez com o ‘apadrinhamento’ de pessoas notoriamente dedicadas à incompatibilização dos índios” com a política indigenista do governo. E endossava a proposta da Procuradoria da Funai, de revisão do Estatuto do Índio, fonte de “situações absurdas”, a exemplo do caso do Cacique Xavante que, “apto a reivindicar e a criar celeuma na Imprensa”, não abriria mão de sua “irresponsabilidade penal” (cf. JURUNA, HOHFFELDT & HOFFMANN. *Op. Cit.*, pp.210-211).

²⁹⁹ cf. JURUNA, HOHFFELDT & HOFFMANN. *Op. Cit.*, pp. 208-209.

³⁰⁰ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos do Índio...** *Op. Cit.*, p.29.

programas rodoviários estatais, dos projetos de mineração em larga escala, e de empresas agroindustriais na Amazônia”³⁰¹

Assim a tutela – mais do que servir ao integracionismo baseado no ideal de sua incorporação à comunhão nacional –, acabava servindo, também, como útil ferramenta de controle político dos índios, e de remoção de obstáculos aos projetos de desenvolvimento econômico fixados pelos para a região amazônica. Daí SOUZA FILHO ver a Funai como “tutor poderoso” que

administra os bens dos tutelados, contrata em nome deles, à revelia, contra determinação legal vende madeiras em Parques Indígenas e age, sempre, conforme os interesses do Estado, de que é parte. O interesse do Estado, porém, hoje no Brasil está muito mais próximo dos madeireiros, mineradores, grandes fazendeiros, do que dos índios...³⁰²

Além do mais, como observado à época por DALLARI, diferente do previsto em relação à tutela cível comum, a tutela indígena não se subordinava a mecanismos de controle referentes ao resguardo aos interesses indígenas. “O exercício da tutela”, dizia, é “inevitavelmente, condicionado à política indigenista do Executivo Federal. Se este adotar alguma providência contrária aos interesses dos índios, estes ficam, praticamente, sem defesa, pois o tutor, a quem caberia defendê-los, é órgão do governo federal.”³⁰³

Porém, de forma aparentemente paradoxal, o Executivo passou, a partir de 1974, a anunciar a sua intenção de promover rapidamente a liberação dos índios do regime tutelar. Em abril daquele ano, o novo Ministro do Interior, Rangel Reis, anunciava a emancipação entre os pontos básicos da política indigenista do governo³⁰⁴.

Em 1975, dando seqüência aos seus propósitos, Rangel Reis falava na possibilidade de alterações no Estatuto do Índio a fim de facilitar a proposta emancipatória. Anunciava como possível novo modelo de tutela, aquele exercido sobre os colonos pelo Instituto Nacional de

³⁰¹ cf. DAVIS, Shelton H. **Vítimas do Milagre. O desenvolvimento e os índios do Brasil**. São Paulo : Zahar Editores, 1978; pp.193-194.

³⁰² SOUZA FILHO, C. F. Marés de. **Índios e Direito: o jogo duro do Estado**. *Op. Cit.*, p.13.

³⁰³ DALLARI, Dalmo de A. **O índio, sua capacidade jurídica e suas terras**. *Op. Cit.*, p.78.

³⁰⁴ cf. CIMI, **Suplemento n.º 1**. In: Boletim Informativo do Cimi. Redação e Edição: Equipe do CEI-CEDI/SP e Boletim do Cimi. Goiânia – GO, Ano 8, n.º 54, março de 1979; p.7.

Colonização e Reforma Agrária – Incra, com assistência técnica e pagamento de salário mensal.

O anúncio despertou uma reação sem precedentes, dos setores não-governamentais comprometidos e simpatizantes da questão indígena. Advogados, antropólogos, missionários, jornalistas, estudantes e artistas³⁰⁵ logo iniciaram uma permanente mobilização de denúncia à opinião pública nacional e internacional, quanto às verdadeiras intenções por trás do projeto.

Em novembro de 1978 o Ministro divulgava, enfim, a minuta do Decreto. Não se previa qualquer envolvimento dos próprios índios na discussão sobre o preenchimento, ou não, das condições necessárias à emancipação.

Porém o ponto central estaria no destino a ser dado às terras indígenas emancipados: a sua divisão em lotes individuais, passíveis de alienação após um certo tempo. A minuta previa a divisão em lotes individuais, cabendo à Funai, em procedimento administrativo, garantir que apenas uma parte fosse reservada a uso comum, nos casos de emancipação toda uma comunidade. Os lotes individuais seriam “doados” aos índios pela União Federal, após autorização legislativa, e ficariam temporariamente inalienáveis. Confirmava-se então o que a mobilização indigenista denunciava: o projeto visava na verdade a emancipação *das terras indígenas*. Aliás, entre as manifestações contrárias ao projeto, destacou-se a carta da organização civil norte-americana *Indian Rights Association*, dirigida ao Gal. Ismarth (26.10.1978), apontando as “terríveis semelhanças” da minuta com o “*Dawes Act*” lei de emancipação dos indígenas, aprovado pelo Congresso dos EUA em 1887, que em poucos anos havia causado a perda de “90 dos originais 138 milhões de acres de terra” pertencentes aos povos indígenas naquele país.³⁰⁶

Assim, apesar das críticas ao regime tutelar indígena e, mais ainda, ao modo como era exercido, os diversos setores indigenistas mantiveram um forte e amplo movimento contrário

³⁰⁵ Vide Anexo A – Figura 4.

³⁰⁶ cf. CIMI, **Suplemento n.º 1**, *op. Cit.*, pp. 44-45.

ao projeto de emancipação formulado pelo governo. O projeto de emancipação dos índios foi aos poucos se transformando em pauta obrigatória dos jornais e revistas de circulação nacional, sobretudo nos anos 1977 e 1978.³⁰⁷ Embalada pelo clima de abertura política e de denúncias contra violações de direitos humanos praticadas pelo regime militar, a mobilização anti-decreto de emancipação transformou a questão indígena, naqueles dias, em símbolo das lutas por democracia, cidadania e respeito à diversidade. A pressão se manteve até o início de 1979. Em fevereiro daquele ano o novo presidente da Funai, Adhemar Ribeiro da Silva, assumia o cargo anunciando a “emancipação” como assunto “para mais tarde”³⁰⁸. Em 19 de abril o Ministro do Interior afirmava: “vamos deixar que o processo de adaptação do índio à sociedade evolua naturalmente”.³⁰⁹

Porém, em 1984, na **Proposta de Emenda Constitucional (PEC n.º11/1984)** que encaminhava ao Congresso Nacional (Mensagem n.º100/1984), o Presidente da República, na chamada “**Emenda Figueiredo**”, acrescentava ao art. 198 do texto constitucional de 1969, um terceiro parágrafo onde ficava “reconhecida a *capacidade relativa* dos silvícolas, devendo ser preservados os seus valores culturais”, e onde se atribuía ao Poder Público a responsabilidade de “promover a sua *progressiva e plena integração* na comunidade nacional”³¹⁰. Em 11 de maio de 1984 a PEC foi objeto de Emenda (n.º177) apresentada pelo então Deputado Federal Mário Juruna³¹¹, para suprimir-lhe o proposto § 3.º do art. 198, e dar ao art. 199 nova redação, na qual também se reconhecia “a capacidade relativa dos silvícolas”, mas explicitamente “*para a prática de certos atos da vida civil, ou à maneira de os exercer*”, garantindo aos silvícolas serem assistidos pelo Poder público, conforme disposto em Lei (§1.º). Em lugar da

³⁰⁷ Relativamente ao ano de 1978, quando houve a divulgação da minuta do decreto, conseguimos localizar, nos arquivos do Secretariado Nacional do Cimi, 259 matérias sobre o assunto, entre reportagens e editoriais, publicadas em jornais e Revistas de circulação nacional e regional. (Apêndice C).

³⁰⁸ O GLOBO. **Emancipação do índio sai das cogitações da Funai**. Rio de Janeiro, 24.02.1979, p.8.

³⁰⁹ O ESTADO DE SÃO PAULO. **Governo abandona o projeto que emancipa índio**. São Paulo, 20.04.1979; p.16.

³¹⁰ cf. PORANTIM, jun. 1984, p.11.

³¹¹ Por sugestão e colaboração dos advogados Paulo Machado GUIMARÃES, assessor jurídico do Cimi, e José Geraldo de SOUSA JÚNIOR, então coordenador da Comissão de Direitos Humanos da OAB –DF.

progressiva e completa integração, a Emenda do Dep. Juruna previa também a determinação de competir ao Poder Público a garantia da “*preservação da integridade étnico-cultural das comunidades indígenas*” (§2.º).

2.3.2. A tutela indigenista e o Judiciário.

Poucas foram, até então, as manifestações do Judiciário sobre o alcance da incapacidade civil dos indígenas. Não porque questionamentos não fossem feitos, mas porque, como observa SOUZA FILHO “raramente chegou aos nossos Tribunais o conhecimento destas causas.”³¹² A primeira decisão a esse respeito que aqui se teve notícia, foi proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE, no ano de 1966, nos autos da **Consulta n.º 3.165/1966**, formulada pelo Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal de Segurança Pública – DPFSP.³¹³

Conforme o Relatório do Ministro Décio Miranda, havia a Delegacia Regional de Pernambuco do DPFSP informado terem sido encontrados “inúmeros títulos eleitorais expedidos em nome de silvícolas que ainda hoje vivem em aldeamentos no interior daquele Estado”. Indagava então “se os nossos silvícolas têm condição jurídica para obter títulos de eleitor, sem prévia manifestação, do Serviço de Proteção aos Índios”.

Em seu Voto, o Ministro Relator considerou que:

O regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, a que se refere o parágrafo único do art. 6.º do Cód.Civil, não acarreta, por si mesmo, a incapacidade política do índio. (...) Em última análise, afere-se a capacidade eleitoral do índio pelas condições de sua alfabetização, verificáveis, pelo Juiz eleitoral, previamente ou para efeito de exclusão, nos termos dos arts. 5.º, 45, 71, 74 e 76 do Código Eleitoral. (...) Nenhuma disposição existe na legislação aplicável, subordinando o alistamento do selvícola a prévia manifestação do Serviço de Proteção aos Índios (Grifamos.).

Acolhido de forma unânime, o Voto resultou na **Resolução TSE n.º 7.919**, com as seguintes Ementa e Resolução, *verbis*:

³¹² SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.92.

³¹³ Quanto aos primeiros anos da República, SOUZA FILHO (**O Renascer dos Povos Indígenas...** *Op. Cit.*, p.92) chama a atenção para o caso da índia Helena, cujo filho menor, por ordem do Juiz de Órfãos, lhe fora retirado e entregue à posse e guarda de um casal de estranhos, sob a alegação de que, em razão de condição incivilizada, não teria capacidade responsabilizar-se por si própria, e, muito menos, pelo seu filho.

Ementa: Os índios são alistáveis nas condições exigidas pelos arts. 131 e 132 da Constituição Federal.

Vistos, etc.

RESOLVEM os Juízes do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade de votos, responder à consulta formulada pelo Diretor Geral do Departamento Federal de Segurança Pública o sentido de que os índios são alistáveis nas condições exigidas pelos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, na conformidade das notas taquigráficas em apenso e que ficam fazendo parte da decisão.

Sala das Sessões do Tribunal Superior Eleitoral

Distrito Federal, 9 de setembro de 1966. (Grifamos.)

A segunda decisão paradigmática do Judiciário a respeito, veio no ano de 1980, no rumoroso Caso Mário Juruna, antes referido. A decisão da Funai e do Ministro do Interior, desautorizando a viagem do Xavante à Holanda, provocou, além de protestos, a iniciativa de algumas demandas junto ao Judiciário, na tentativa de se garantir autorização judicial para a pretendida viagem. Com esta finalidade foram impetrados junto ao Tribunal Federal de Recursos – TFR, um Mandado de Segurança e dois pedidos de *Habeas Corpus*.³¹⁴

Na inicial do Mandado de Segurança, alegou-se que o Ministro do Interior, ao impedir a viagem do Xavante, violava a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a Lei 6.001/73, e a Constituição Brasileira. Ao comentar sobre a violação do art. 13 da Declaração, que reconhece a todo homem o “direito a sair de qualquer país, inclusive o próprio, e a ele regressar”, o advogado lembrou que desde a bula papal de 1537 a natureza humana dos índios já havia sido reconhecida³¹⁵. Dessa forma, sustentava que até mesmo por este motivo, não se poderia negar ao Xavante o amparo da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. O argumento, aparentemente prosaico, vinha também em resposta à reação de Juruna à negativa de

³¹⁴ O MS foi impetrado por Mário Juruna, através do adv. Caio Lustosa, contra ato do Ministro do Interior Mário Andreazza. Quanto aos pedidos de HC (4876-DF e 4880-DF), foram impetrados respectivamente por José Oliveira Costa e Antônio Modesto da Silveira, e Jorge de Oliveira Beja. (cf. JURUNA, HOHFFELDT & HOFFMANN. *Op. Cit.*, pp. 153 e 158; e Voto Preliminar do Min. Adhemar Raymundo nos HCs 4876-DF e 4880-DF, fls. 24).

³¹⁵ cf. JURUNA, HOHFFELDT & HOFFMANN. *Op. Cit.*, p.154.

autorização à sua viagem pelo Ministro: “Pra sair fora, como que branco tem direito, mais direito do que índio, e nós não tem direito?”.³¹⁶

Os Processos tiveram como relator o Min. Adhemar Raymundo, sendo julgados em 27 de novembro (1980). Externou o Min. Romildo Bueno de Souza em seu voto de mérito,³¹⁷ que a causa em favor do Cacique Xavante consistia numa “das mais belas jamais trazidas à apreciação deste Tribunal” (fls.107). Igualmente o Min. Washington Bolívar de Brito,³¹⁸ comparou as demandas em favor de Mário Juruna ao caso *Kent v. Dulles*, mencionando-o como “defesa que se destina a atravessar os tempos, pois esta é uma decisão histórica, não para o Tribunal Federal de Recursos, mas para a Nação Brasileira” (fls.158). No resultado final do julgamento de mérito, a tese do Relator, favorável à concessão da ordem, foi vencedora por maioria de votos. Naquele momento histórico, em que pela primeira vez o Judiciário demonstrava uma visão das mais amadurecidas em relação às implicações da incapacidade relativa dos índios, chamaram a atenção os votos do Ministro Washington Bolívar de Brito. Em seu primeiro voto, onde se discutia a preliminar de conhecimento das impetrações, disse o Ministro, já considerando a questão em seu mérito (fls.49– 053):

Se pretende impedir ao silvícola, pelo fato de o ser, de ausentar-se do território nacional, tão-só porque seu tutor lhe impediria a complementação da vontade; (...) o direito de viajar, em verdade, se integra à personalidade do homem e o ajuda a ser feliz. Nenhuma Nação tem o direito de impedir que os seus filhos dela se ausentem ou retornem livremente e isto também foi dito da Tribuna, lembrando passagem da Declaração dos Direitos do Homem. (Grifamos.)

Para logo em seguida indagar:

Haveria alguma dúvida de que o silvícola é homem ? Evidentemente que não. E não havendo esta dúvida, (...), não se poderia impedir a ausência do homem brasileiro, seja ele silvícola ou não. (Grifamos.)

E acrescentar, a respeito da capacidade dos índios:

(...). Debatem eles, sem precisar da menor tutela, nos conselhos indígenas, discutem, aprovam e desaprovam as resoluções tribais. (...). Se tem competência ou capacidade para representar o seu povo, sua nação, ante as

³¹⁶ JURUNA, HOHFFELDT & HOFFMANN. *Op. Cit.*, p.156.

³¹⁷ *Vide* Anexo B – DOC.1.

³¹⁸ *Vide* Anexo B – DOC.2.

repartições e perante as pessoas, enfim, perante a comunidade brasileira, penso que não lhe pode ser negado esse mesmo direito, lá fora. (Grifamos.)

No Extrato da minuta (fls. 173-174),³¹⁹ se fez constar a decisão de que:

No mérito, o Tribunal, também por maioria de votos, concedeu o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, para assegurar ao paciente Mário Juruna o direito de viajar para o exterior e regressar ao Brasil, livre e desembaraçadamente, quando julgar que assim é de sua conveniência, e, independentemente de autorização tutelar ou suprimento desta, garantindo-se-lhe, nas mesmas condições, a expedição do passaporte comum, requerido ao Serviço de Polícia Marítima, Aérea e de Fronteiras do DPF no Distrito Federal (...). (Grifamos.)

E o histórico caso resultou, enfim, na seguinte EMENTA³²⁰, *verbis*:

HABEAS CORPUS.

Direito de sair do território nacional, assegurado a QUALQUER PESSOA, inclusive ao relativamente incapaz. A este é defeso a prática de CERTOS ATOS, para cujo exercício, necessária a autorização ou assistência de quem, por lei, tem o poder de assistir. Não está o Poder Judiciário impedido de examinar o ato proibitivo, uma vez que ele não se incorpora aos atos da Administração Pública, voltados exclusivamente para a defesa de interesses públicos, em razão dos quais o Estado existe. (DJ de 14 de maio de 1981, grifamos.)

Porém, como se viu, mesmo após esta histórica decisão, continuou a Funai a condicionar à sua autorização a possibilidade de os índios se ausentarem do país.

A terceira experiência de relevo do judiciário quanto à compreensão dos limites da relativa incapacidade civil indígena veio em 1982, no caso da comunidade Guarani do Rio Silveira (SP). Diante da possibilidade de serem expulsos de suas terras, os índios fizeram algo “que ainda não se tinha notícia ter antes ocorrido no Brasil: ir ao Cartório e, em nome da sua comunidade, passar uma procuração a advogados por eles escolhidos”, para a defesa judicial de suas terras³²¹. Com o instrumento procuratório os advogados peticionaram à Justiça Comum da Comarca de São Sebastião (SP), em defesa da posse da comunidade nos termos do

³¹⁹ Vide Anexo B – DOC. 3.

³²⁰ No ano seguinte (1981), no Agravo de Instrumento n.º 41530 (RR), interposto pela Funai contra Eptácio Andrade de Lucena e cônjuge, e também relatado pelo Ministro Adhemar Raymundo, o TFR decidiu que a assistência ao “silvícola” é desnecessária, “quando se comprova estar ele integrado na civilização há muitos anos, inscrito até como eleitor, na zona eleitoral do seu domicílio, desde o ano de 1958.” (DJ de 05.05.1981, grifamos)

³²¹ cf. BARBOSA, Marco Antônio. **Índios Guarani defendem suas terras na justiça**. In: Vários autores. *Índios no Estado de São Paulo: resistência e transfiguração*. São Paulo : Yankatu Editora : Comissão Pró-Índio de São Paulo. 1984; p.148.

art. 198 da EC/1969. “Pedi-se também ao juiz que comunicasse o fato à Funai para que ela também viesse ao processo defender o índio e suas terras.” O Juiz deferiu o pedido liminar de proteção possessória da Comunidade e a Funai passou a atuar juntamente com os advogados constituídos pelos índios. A respeito do episódio, comentava o advogado da Comunidade:

“Temos defendido a tese de que a relativa capacidade do índio não o impede de praticar atos sem a presença da Funai, sobretudo de constituir advogados para defenderem seus direitos na Justiça. (...) Independente de ser índio ou não, o relativamente incapaz não é representado pelo tutor mas sim assistido na prática de certos atos. Os atos por ele praticados sem a presença do tutor que não lhe causem nenhum prejuízo e que não sejam violadores de leis, são perfeitos e válidos”³²². (Grifamos)

Naquele mesmo ano, também a comunidade indígena Pataxó Hã-Hã-Hãe (BA) outorgava instrumento procuratório a um conjunto de advogados³²³ para impetração de Mandado de Segurança preventivo contra a ordem de sua transferência forçada para o Centro Experimental de Piscicultura de Almada (BA). Logo vários líderes e comunidades passaram a constituir os seus próprios advogados, para a defesa judicial de seus direitos e interesses.³²⁴

Uma última experiência neste período a ser destacada, envolveu o reconhecimento, pelo Judiciário, do conflito de interesses entre o órgão executor da tutela indígena (a Funai), e os tutelados, no caso, dois dos estudantes indígenas cujas bolsas de estudo haviam sido canceladas pelo presidente do órgão. Procurada pelos estudantes, a Comissão de Direitos Humanos da OAB-DF, designou os advogados José Geraldo de SOUSA JÚNIOR e Paulo Machado GUIMARÃES para assistirem os índios, seguindo-se daí a impetração de Mandado de Segurança contra o ato considerado ilegal e abusivo do presidente da Funai. Nos autos, o

³²² cf. BARBOSA, Marco A. **Índios Guarani ... Op. Cit.**, p.148.

³²³ Entre os quais Luiz Carlos Sigmaringa Seixas, José Paulo Sepúlveda Pertence, José Geraldo de SOUSA JÚNIOR e Paulo Machado GUIMARÃES (*vide* TFR - AGSS 5515-DF, Rel. Min. Jarbas Nobre).

³²⁴ Foram exemplos a **Ação de Mandado de Segurança n.º 115221** (TFR – Rel. Min. Nilson Naves. DJ 10.12.1987), na qual a Comunidade Kaingáng do Toldo Chimbangue (SC) ingressou como litisconsorte passiva através do advogado Júlio M. G. GAIGER, então assessor jurídico da Anai-RS; as **Ações de Reintegração de Posse n.º 87.0015475-0** e 88.0018983-0 (JF-AL), nas quais a Comunidade Xukuru-Kariri da Mata da Cafurna (AL), defendeu seus direitos de posse territorial através da advogada Simone Dubeux B. C. da Cunha, então assessora jurídica do Cimi; a **Ação de Mandado de Segurança n.º 121670** (TFR), impetrada pela mesma Comunidade através do advogado Paulo Machado GUIMARÃES, assessor jurídico do Cimi; e a **Ação de Mandado de Segurança n.º 117996** (MS) impetrada pela Comunidade Paraguaçu, do Povo Guarani, através dos advogados Jorge Ney Corrêa Rodrigues e outro, relativamente à terra indígena Taquarity Yvyquarussu (MS).

juiz da 3.^a Vara Federal, Dário Abranches Viotti, reconhecendo o conflito de interesses entre tutor e tutelados, nomeou o advogado SOUSA JÚNIOR como curador destes, para o fim especial de defender seus interesses no transcurso da ação. Conforme avaliou SOUSA JR. à época, a decisão rompeu

o círculo férreo com o qual o tutor especial (a Funai) procura privatizar as relações entre os índios e o Estado, isolando as suas reivindicações específicas do conjunto das lutas gerais da sociedade pelos direitos da cidadania.³²⁵

Pode se observar, enfim, que embora pouco solicitado a se manifestar quanto à questão indígena, o judiciário conseguiu, em algumas oportunidades, sobretudo em casos de maior repercussão, adotar posturas interpretativas mais avançadas na aplicação dos direitos indígenas, no que se refere ao alcance e limites de sua relativa incapacidade civil.

2.3.3. A tutela indigenista e o Legislativo.

Como visto anteriormente (seção 2.1.), em quatro momentos ao longo do Século XX o Legislativo esteve envolvido na discussão sobre as bases constitucionais do relacionamento do Estado com os povos indígenas e quanto à capacidade civil de seus membros. O primeiro na elaboração do Código Civil de 1916, quando incluiu os índios na categoria dos relativamente incapazes. O segundo no plano constitucional, ao pôr entre os objetivos do Estado a incorporação dos índios à comunhão nacional (Constituições de 1934, 1946, 1967 e Emenda de 1969). O terceiro em 1967, ao delegar à Funai os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar dos índios. E o último ao regulamentar este mesmo regime tutelar, através do Estatuto do Índio.

Em todas estas ocasiões o Legislativo partiu da idéia da transitoriedade dos povos indígenas enquanto portadores de identidades específicas. Este viés incorporativista / integracionista permeou as atividades do legislativo como uma concepção amplamente corrente, não apenas nos setores antagônicos aos direitos indígenas.

³²⁵ cf. PORANTIM, jun. 1984; p.15.

Um exemplo do etnocentrismo entre os parlamentares no período, pode ser visto no discurso do Deputado FEU ROSA (PDS/ES), em março de 1968, ao criticar o fato de o chefe do Executivo não haver vetado, no Projeto de Lei relativo à criação da Funai, a incumbência do órgão em zelar pelo respeito às instituições e comunidades tribais. Dizia o parlamentar:

“Esta política de conservar aquelas tradições que mantêm o índio naquele estado atrasado, de obscurantismo, (...) precisa ser modificada neste País. Constitui desumanidade conservar aqueles silvícolas no estado mais atrasado de civilização, (...) o que se deve fazer é procurar trazer esses índios para a civilização, incorporá-los aos progressos da ciência, da técnica e do desenvolvimento, alfabetizá-los, orientá-los para o trabalho da vida moderna, da civilização,...”³²⁶ (Grifamos)

Importante observar também que na década de 1980, após o recuo do Executivo em relação à minuta do Decreto de emancipação dos índios, em pelo menos cinco ocasiões a temática acabou sendo suscitada, sempre por iniciativa de parlamentares de perfil eminentemente antiindígena. Aliás, a própria presença no Congresso Nacional do Xavante Mário Juruna eleito em 1982 pelo Partido Democrático Trabalhista, do Rio de Janeiro, servia de mote para a discussão do tema no Legislativo.

A primeira ocasião de retorno da discussão emancipacionista ocorreu com a apreciação do **PL n.º 661/83** do Deputado Mário Juruna, que visava alterar a Lei n.º 5.371/67 para submeter a administração da Funai a um Conselho Diretor com participação indígena e indigenista. A medida propunha que o Conselho – composto por índios ou indigenistas indicados pelas comunidades indígenas – fosse fiscalizado por outro composto por cinco “líderes índios”³²⁷. Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara – CCJ, emenda do Dep. Valmor Giavarina (PMDB/PR), excluiu a menção à pretendida participação indígena, em razão da sua relativa incapacidade civil³²⁸.

Mais adiante, porém, o Dep. Celso Barros (PDS/PI) através de Emenda de Plenário, incluiu no Projeto a previsão de que apenas os índios emancipados pudessem integrar tanto o

³²⁶ FEU ROSA, Deputado. Discurso. Brasília, DCN, 28.03.1968, pp.216-217.

³²⁷ **PL n.º 661/83**, cf. Brasília, DCN – Seção I, 27.04.1983; p. 2317.

³²⁸ cf. AC, 18.05.1983.

“Conselho Diretor” quanto o “Conselho Indígena” de fiscalização³²⁹. Na Comissão do Interior, a Emenda foi rejeitada por unanimidade, conforme o voto da Relatora, Deputada Irma Passoni (PT/SP). Para a Relatora, “a noção de emancipação dos índios”, que já vinha sendo sistematicamente combatida pelos próprios índios e pelos setores aliados à causa indígena, contribuiria apenas “para piorar a situação dos índios”, abandonando-os “à sanha de grileiros e fazendeiros inescrupulosos”.³³⁰ (Grifo no original)

A segunda ocasião ocorreu com a apresentação do **PL n.º 2.465, de 1983**, pelo Deputado João Batista Fagundes³³¹ (PDS-RR), introduzindo duas modificações ao Estatuto do Índio. Primeiro, eliminando a previsão de requerimento judicial de liberação da tutela pelo próprio índio. A emancipação deveria ser automática, independente da vontade do indígena, bastando apenas o preenchimento dos requisitos já previstos no dispositivo a ser modificado: idade mínima de 21 anos; conhecimento da língua portuguesa; habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional, e razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional³³². Segundo, emancipando-se à revelia de sua vontade os índios maiores de vinte e um anos, que satisfizessem ao menos um dos requisitos de cessação de incapacidade, contidos no art. 9.º, § 1.º, do Código Civil de 1916: sentença judicial, ouvido o tutor; casamento; exercício de emprego público efetivo; colação de grau científico em curso de ensino superior; e, estabelecimento civil ou comercial, com economia própria. Argumentava o parlamentar não haverem motivos para se esperar que o próprio índio – “com capacidade de autogovernar-se”, viesse a requerer a emancipação. Como no Código Civil, presumia que o índio, aos vinte e um anos, adquiria as condições para ser liberado do regime tutelar. Atingindo a idade mínima e demonstrando capacidade de autogoverno, através do

³²⁹ cf. DCN – Seção I, 23.06.1983: 5710.

³³⁰ (cf. AC, 18.05.1983) O Projeto do Deputado Juruna foi aprovado pela Câmara e remetido ainda naquele ano, ao Senado Federal, onde recebeu parecer favorável de diversas Comissões, tramitando até 1990, quando foi arquivado, conforme o art. 333 do Regimento Interno do Senado.

³³¹ Um dos mais ardorosos defensores da liberação dos territórios indígenas e de suas riquezas naturais à exploração econômica nos moldes do desenvolvimentismo predatório predominante naquele período.

³³² **PL n.º 2.465, de 1983**, Brasília, AC, 19.10.1983:1.

preenchimento dos requisitos previstos pelo Estatuto e pela Lei Civil, estariam os índios aptos à cessação da tutela, não necessitando a União aguardar o seu requerimento³³³.

Com base na discriminação “aceitável” feita por alguns juristas, entre “silvícola” e “índio” (*vide* seção 2.2.), argumentava não se poder manter o segundo sob tutela. Procurou então reacender a proposta de emancipação compulsória, sem qualquer consideração ao debate anteriormente travado. Nenhum dos riscos envolvendo a emancipação foi considerado pelo parlamentar, que procurou desqualificar aqueles que certamente se oporiam ao Projeto.

Para o deputado, a tutela interessaria “a grupos extremados de ecólogos e antropólogos divorciados da realidade nacional,” ou de grupos religiosos “com notórias vinculações internacionais” com a extração ilegal de riquezas minerais de terras indígenas, a exemplo, segundo ele, do que ocorria no Território de Roraima. Desta forma, concluía, o PL 2.465/83, ao viabilizar a emancipação compulsória dos índios, seria também “oportuno e conveniente aos interesses nacionais”³³⁴ Nenhuma garantia de direitos territoriais e culturais era prevista aos índios “emancipados.”³³⁵

O terceiro momento no qual a questão da capacidade civil dos indígenas foi suscitada pelo Legislativo, ocorreu por ocasião da discussão em torno do **Projeto do novo Código Civil**, em tramitação no Congresso Nacional desde 1975. Entre os meses de outubro e novembro de 1983, quando dos preparativos finais para levar à votação na Câmara dos Deputados a sua última redação (PL 634-A), percebeu-se a presença, no rol dos *absolutamente incapazes* (art. 3.º), do inciso IV, “inexistente na primeira redação”, que incluía “os silvícolas”, na mesma condição jurídica que então se conferia aos menores de 16 anos, aos que por “enfermidade ou retardamento mental” não tivessem o “necessário discernimento” para a prática dos atos da vida civil, e os que por causa transitória “não pudessem exprimir a sua vontade”. Dizia ainda o PL que a condição de incapacidade absoluta

³³³ cf. AC, 19.10.1983:1

³³⁴ cf. AC, 19.10.1983.

³³⁵ O PL 2465/83 foi arquivado em 22 de junho de 1984, conforme o art. 200 do Reg. Interno da Câmara.

dos “silvícolas”, deveria ser prevista e regulada “nos termos da legislação especial”. Considerando-se o teor do PL 2.465/1983 do Dep. João Batista Fagundes, antes mencionado, temiam os indigenistas, naquele momento, o vislumbre de uma nova previsão normativa, que conjugasse as duas proposições legislativas: reservando-se aos povos indígenas de pouco ou nenhum contato, localizadas na Amazônia em terras cobiçadas pelos projetos de expansão pastoril e de mineração, a condição de “absolutamente incapazes”, e, por outro lado, declarando-se “emancipados” e isentos de proteção especial, indígenas como o Xavante Mário Juruna, as lideranças articuladas em torno da UNI e outras que lutavam pela defesa de seus territórios³³⁶.

A votação do PL 634-A na Câmara, no entanto, só veio a ocorrer em 9 de maio do ano seguinte (1984), dando tempo hábil ao movimento indígena e entidades indigenistas para uma reação contrária à aprovação do inc. IV do art. 3.º. Neste sentido obteve-se acordo de lideranças partidárias, que encampou a proposta de extinção daquele dispositivo com a apresentação de emenda visando manter a condição de “relativa capacidade” dos índios para os atos da vida civil, a ser “regulada por legislação especial”³³⁷.

A quarta ocasião onde se suscitou a discussão no âmbito do Congresso Nacional, foi proporcionada novamente pelo Deputado Fagundes, através do **PL n.º 5.448, de 1985**, que dispunha “sobre a incorporação de índios à comunhão nacional”, mas tratava, na verdade, da sua *integração*. Nesta categoria, o PL elencava os indígenas “afastados ou não, do convívio dos familiares”, ou seja, que vivessem ou não em comunidades indígenas (art. 1.º) e preenchessem ao menos um de uma série de requisitos que previamente estabelecia. No caso dos índios ocupantes de cargos ou serviços públicos, caberia à Administração pública, direta, indireta, autárquica ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, Estados e Municípios, adotar as providências necessárias à regularização de sua situação, tendo em vista o

³³⁶ cf. PORANTIM, dez. 1983, p.4.

³³⁷ cf. PORANTIM, jun. 1984, p.11.

preenchimento de algum daqueles requisitos (cf. art. 2.º). Argumentava o parlamentar que, não investidos em sua capacidade civil plena, os índios nomeados e admitidos nos quadros da Funai, viriam a gerir recursos públicos, sem que possuíssem responsabilidade pelos atos praticados no exercício de suas atividades.³³⁸

Na Comissão do Índio, o PL teve parecer contrário do Relator, Deputado MÁRIO JURUNA, que observou:

Não é a primeira vez que se tenta emancipar, por decreto, a comunidade indígena. O argumento é sempre o mesmo: se o índio está exercendo funções que lhe exigem plena capacidade civil, deve perder a tutela ou a assistência estatal prevista em lei.³³⁹

Para o Relator, problemas de ilegalidade de certos atos deveriam ser resolvidos administrativa ou judicialmente, conforme cada caso, e não de modo genérico, como o pretendido no PL. Concluía então no sentido de que se deveria buscar um meio de “conciliar a desejada capacidade civil dos índios com a preservação de seus valores”, não sendo aceitável integrá-los coercitivamente.³⁴⁰

A quinta ocasião veio com a apresentação do **PL n.º 7.052, de 1985**, do Deputado Oswaldo Melo (PDS/PA), estabelecendo “normas para integração do índio à comunhão nacional”, tarefa que caberia ao Executivo, no prazo de vinte anos. Dispunha ainda que controvérsias e omissões seriam resolvidas pelo próprio órgão do Executivo responsável pela integração (art. 2.º), e que as terras indígenas “desocupadas”, poderiam “ser alienadas pela União Federal, revertendo-se os recursos para manutenção do programa de incorporação” (art. 3.º). Argumentava o parlamentar que seria “mais justo, humano e patriótico trazermos o índio – nosso irmão – para o nosso meio, do que permitir que viva embrutecido no seu estado de primitivismo sob o falso argumento de manter-se vivo (sic) seus hábitos e sua cultura.” Previa

³³⁸ **PL n.º 5.448, de 1985**. DCN – Seção I, 08.05.1985 : 4016.

³³⁹ MÁRIO JURUNA, Deputado. Comissão do Índio, Relat. PL 5.448/85, ago/85, fls.2.

³⁴⁰ cf. Comissão do Índio, Relatório PL 5.448/85, ago/85, p.3-4. Após o voto do Relator, pediram vista os Deputados Mozarildo Cavalcanti (PDS/RR), Israel Dias Novaes (PMDB/SP) e Manoel Costa Júnior (PMDB / MG) (DCN – Seção I, 5.04.1986:1685). No banco de dados eletrônico da Câmara Federal (< www2.camara.gov.br/proposicoes>), não consta que tenha retornado à Comissão para votação definitiva. Em 1.º de fevereiro de 1987 foi arquivado nos termos do art. 116 do Regimento Interno (cf. DCN – Seção I, 07.04.1987 : 976).

que o “progresso natural” absorveria as terras indígenas e que eles seriam “aculturados, como ocorreu em outros países”³⁴¹. Como os projetos anteriores, este acabaria arquivado pela Mesa Diretora da Câmara (1.º de fevereiro de 1987).

Dali em diante, as propostas e os debates em torno do *status* jurídico dos índios passariam a ser travadas no palco da Constituinte.

³⁴¹ PL n.º 7.052, de 1985. Brasília, DCN – Seção I, 4.12.1985 : 15322.

Capítulo 3 – A SUBIDA DA RAMPA DO CONGRESSO NACIONAL: O PROTAGONISMO DOS POVOS INDÍGENAS NO PROCESSO CONSTITUINTE 1985/ 1988.

Sem pretender fazer aqui uma reconstituição minuciosa ou detalhada dos passos dados no processo constituinte, buscamos delinear os acontecimentos e aspectos mais importantes relativos à tramitação da matéria na ANC, enfocando prioritariamente a questão do reconhecimento da alteridade indígena e de sua capacidade. Antes porém, procuramos situar no contexto pré-constituinte, a trajetória de articulação e mobilização dos povos e comunidades indígenas em torno de projetos comuns, que vieram posteriormente a desaguar na sua participação no cenário da ANC.

3.1. Antecedentes: O movimento indígena e as propostas indigenistas nas décadas de 1970 e 1980.

Para uma compreensão minimamente razoável do avanço das propostas em torno da questão indígena na Assembléia Nacional Constituinte – ANC, bem como da importância do protagonismo indígena naquele processo, é preciso antes que situemos no contexto imediatamente anterior, (a) a ruptura de importantes segmentos das ciências **sociais** como também da Igreja Católica com o modelos históricos de relacionamento com os povos indígenas (b) a emergência do movimento indígena enquanto um novo e importante ator político, e (c) o salto qualitativo das discussões sobre a problemática indígena no Brasil, a partir dos anos 1970, no rastro dos movimentos de independência das colônias européias na África, Ásia e Oceania.

Um marco fundamental na transformação do pensamento e da *práxis* indigenista, foi a Declaração dos antropólogos e sociólogos participantes do “Simpósio sobre a Fricção

Interétnica na América do Sul”, mais conhecida como “**Declaração de Barbados I**”³⁴², de 30 de janeiro de 1971. Denunciando a continuidade da sujeição dos indígenas do continente “a uma relação colonial de domínio” originada com a conquista, a Declaração expressa um *mea culpa* das ciências sociais – sobretudo da Antropologia – como instrumento da dominação colonial, enfatizando também para a responsabilidade, neste processo, das missões religiosas e do próprio Estado. Quanto a este, apontava a necessidade de “ruptura radical” com as práticas colonialistas, através da “criação de um estado verdadeiramente multi-étnico” no qual cada etnia tivesse “direito à autogestão e à livre escolha de alternativas sociais e culturais”.

Para a Declaração de Barbados I, o Estado deveria garantir às populações indígenas “o direito de serem e permanecerem elas mesmas, vivendo segundo seus costumes” de “se organizarem e de se governarem segundo sua própria especificidade cultural”, sem contudo impedir aos seus membros “o exercício de todos os direitos do cidadão”. Propugnava, então, como direito inalienável dos indígenas, o de serem protagonistas de suas próprias lutas de emancipação e seu próprio destino³⁴³. Barbados I, embora elaborada sem a participação indígena, gerou profundo impacto, colocando para os cientistas sociais, missões religiosas e o próprio Estado a necessidade premente de estabelecimento de uma relação com os povos indígenas, fundada numa perspectiva totalmente nova, tendo por eixo o respeito ao ponto de vista e ao protagonismo indígenas.

Rapidamente a participação do movimento indígena em fóruns regionais e internacionais logrou avançar. A Segunda Reunião de Barbados, em 1977, já não contou apenas com cientistas sociais: “la mitad de sus participantes” foram “miembros activos de

³⁴² Participaram da elaboração da **Declaração de Barbados I** os cientistas sociais Miguel Alberto Bartolomé, Guillermo Bonfil BATALLA, Victor Daniel BONILLA, Gonzalo Castillo CÁRDENAS, Miguel CHASE-SARDI, Georg GRÜNBERG, Nelly Arvelo de JIMÉNEZ, Esteban Emilio MOSONYI, Scott S. ROBINSON, Stefano VARESE e o brasileiro Darcy RIBEIRO. (*Vide* Anexo B – DOC. 4.)

³⁴³ **Declaração de Barbados I**, cf. SUESS, Paulo. **Em Defesa dos Povos Indígenas. Documentos e legislação**. São Paulo : Edições Loyola, 1980; pp.19-26.

movimientos etnopolíticos indios”³⁴⁴. A **Declaração de Barbados II** foi então assumida pelos próprios indígenas participantes do evento. O impulso dado pela Declaração e a participação crescente de delegações indígenas no sistema das Nações Unidas, acabou por fazer emergir naquele espaço a temática do reconhecimento da alteridade dos povos indígenas, levando, por sua vez ao processo de revisão, a partir de 1986, da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, e a supressão de sua perspectiva integracionista.

Dois anos depois, em 25 de dezembro de 1973, o documento “**Y-Juca-Pirama – O índio: aquele que deve morrer**”, elaborado por um grupo de doze bispos e missionários católicos comprometidos com a causa indígena³⁴⁵, após um longo diagnóstico da realidade de massacres e esmagamento cultural vivenciado à época pelos povos indígenas no Brasil, reclamava por profundas transformações no trato da questão indígena e anunciava:

Não trabalhamos por uma causa perdida, porque se trata de uma causa profundamente humana, pela qual vale a pena até morrer, se preciso for. Seria trair a nossa missão, se nos resignássemos a ser ministros de um batismo *in articulo mortis*.³⁴⁶ (...) Nada faremos em colaboração com aqueles que visam ‘atrair’, ‘pacificar’ e ‘acalmar’ os índios para favorecer o avanço dos latifundiários e dos exploradores de minérios ou outras riquezas. Ao contrário, tal procedimento será objeto de nossa denúncia corajosa ao lado dos próprios índios. Com eles, não aceitaremos um tipo de ‘integração’ que venha apenas transformá-los em mão-de-obra barata, (...) Menos ainda, por ser mais humilhante e criminoso, colaboraremos com um trabalho que vise transformar o índio em um ser humano necessitado de tutelas, pois ele não é um menor nem um inválido, e sua maioria de indivíduo ou de povo, (...) não pode ficar condicionada a critérios de uma suposta ‘integração’. (...) o objetivo do nosso trabalho não será civilizar os índios. Estamos convencidos, como o grande precursor Bartolomeu de Las Casas, de que ‘muitas lições eles nos podem dar, não só para a vida monástica, mas também para a vida

³⁴⁴ **Declaração de Barbados II**, In: CEESTEM & CADAL, *Op. Cit*, p.6. (Vide Anexo B – DOC. 5)

³⁴⁵ O documento, elaborado à revelia do então recém-criado Conselho Indigenista Missionário – Cimi, cujo presidente, à época, optara pela continuidade da histórica política de colaboração entre Igreja e Estado, foi assinado, pelos bispos Dom Máximo BIENNÈS (Cáceres-MT), Dom Hélio CAMPOS (Viana-MA), Dom Estevão Cardoso de AVELLAR (Marabá-PA), Dom Pedro CASALDÁLIGA (São Félix do Araguaia-MT), Dom Tomás BALDUÍNO (Goiás-GO), Dom Agostinho José SARTORI (Palmas-PR) e pelos missionários Frei Gil Gomes LEITÃO (Marabá-PA), Padre Antônio IASI (Diamantino-MT), Frei Domingos Maia LEITE (Conceição do Araguaia-PA), Padre Antônio CANUTO (São Félix do Araguaia-MT), Padre Leonildo BRUSTOLIN (Palmas-PA), e Padre Tomás LISBOA (Diamantino-MT). Ao assumirem o documento, vários destes religiosos passaram a ser alvo de atos de repressão por parte dos militares, então no poder. [cf. PREZIA, Benedito (Org.). **Caminhando na Luta e na Esperança. Retrospectiva dos últimos 60 anos da Pastoral Indigenista e dos 30 anos do Cimi**. São Paulo : Edições Loyola : Cimi : Cáritas Brasileira. 2003; p.145].

³⁴⁶ Batismo *in articulo mortis*, expressão que designa o sacramento ministrado na hora da morte.

econômica ou política e poderiam até ensinar-nos os bons costumes'.³⁴⁷
(grifamos)

Assim como a Declaração de Barbados I, o documento Y-Juca-Pirama causou tamanho impacto que, segundo PREZIA, ofuscou a notícia da aprovação do Estatuto do Índio, fato pelo qual o governo “apresentava o Brasil como um dos primeiros países do mundo a ter uma legislação específica para os povos indígenas”³⁴⁸.

Logo a proposta profética do Y-Juca-Pirama assumida pelo Cimi como base de sua ação missionária junto aos povos indígenas, passaria a impulsionar o ressurgimento e crescimento, a passos largos, do protagonismo dos povos indígenas na conquista de direitos, na reafirmação de suas identidades próprias e na definição de seus projetos de futuro.

Quanto ao papel protagônico dos povos indígenas é oportuno considerar antes de tudo o equívoco até hoje disseminado, de supostas posturas derrotistas e passivas com as quais teriam se posicionado diante dos processos de conquista e colonização européias em seus territórios. Tal imagem, que impregna diversas representações sobre as populações latino-americanas, desconsidera as várias formas de resistência desenvolvidas por aqueles povos desde o início do séc. XVI. A primeira delas a ser experimentada – a resistência armada – , se fez sentir de modo geral nos anos iniciais da chegada dos europeus e dos sucessivos avanços das frentes de expansão econômica sobre as terras indígenas³⁴⁹.

³⁴⁷ PREZIA, Benedito. *Op. Cit.*, p.139.

³⁴⁸ *Idem, Ibidem*, p. 62.

³⁴⁹ No Brasil, entre os diversos episódios de resistência armada dos povos indígenas podemos destacar: A **Guerra dos Tamoio** (1562-1567) ou Tupinambá, que sob a liderança dos chefes guerreiros Cunhambebe, Aimberê, Caokira e Pindobuçú, aliam-se aos franceses na luta contra os portugueses (cf. PREZIA & HOONAERT, *Op. Cit.*, p. 118). A **Guerra dos Potiguara** (1586 - 1599) que, sob a liderança dos caciques Tijukupapo e Penakama, também aliam-se aos franceses a fim de expulsarem os portugueses do litoral de Pernambuco ao Rio Grande do Norte (*Idem, Ibidem*, p.120). A **Confederação Kariri** (1687-1692), formada pelos povos Janduí, Gueguê, Galache, Anaió, Ikó, Piankó, Kariri, Amoipira e Pimenteira, levando à “Guerra do Açú” nos sertões do Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí e Bahia, que culminou quando, “a 10 de abril de 1692, na presença de dois caciques, setenta líderes indígenas e outras autoridades portuguesas, foi assinado um tratado de paz ‘entre o muy poderoso Senhor Dom Pedro I, por mercê de Deus, rei de Portugal e Algarves, e Canindé, rei dos Janduí’” (*Idem, Ibidem*, pp.150-153). A **Revolta de Mandu Ladino** (1712-1719) nos sertões do Piauí, Maranhão e Ceará, só vencida pelos portugueses graças à tropa de guerreiros Tobajara cristianizados na missão jesuítica da Serra da Ibiapaba (*Idem, Ibidem*, p.154). A **Rebelião dos Manau** (1723) liderada pelo líder Ajuricaba, no Rio Negro (AM). A **rebelião dos Mura**, entre os rios Negro e Madeira, que durante todo o séc. XVIII resistiram às tentativas de aldeamento pelos religiosos portugueses (*Idem, Ibidem*, pp.168-169). A

Geralmente deturpadas ou ignoradas pela historiografia oficial, tais experiências marcaram momentos importantes na história dessas populações, mas o seu insucesso final – causado pela situação desvantajosa dos índios diante das epidemias e armas de fogo –, não significou a aceitação passiva de sua perda de liberdade e destruição de seus modos de vida.

Analisando o caso das conquistas hispânicas no Século XVI, Héctor BRUIT³⁵⁰ vê emergir após as derrotas militares sofridas pelos índios uma resistência “sub-reptícia” ou “silenciosa”, expressa através de diferentes tipos de “simulação”. Estaria escondida “por trás da aparente passividade e servilismo dos indígenas, (...) uma outra atitude, outro processo que ocultava sujeitos que agiam e diziam por outras vias”.

Os métodos desta resistência silenciosa, detectados nos registros dos cronistas da época – que os viam como marcas de sua inferioridade –, manifestavam-se de diversas formas, sobretudo através do **silêncio**, da **teimosia**, do uso da **mentira** e da **embriaguês**. Para o autor o silêncio dos índios, sua “marca inconfundível”, funcionou como uma forma de proteção contra a sua manipulação ideológica “na medida em que o discurso do conquistador só podia ser feito e sentido quando referido ao discurso do índio”³⁵¹.

Por sua vez, os sucessivos relatos sobre “a tenacidade que mostraram para conseguir alguma coisa que lhes interessava, a curto prazo ou por toda a vida” revelam “uma atitude que pouco tinha a ver com a imagem de conformismo e aceitação da situação colonial”³⁵². No caso da mentira, o autor observa que o seu uso já era interpretado por LAS CASAS como uma arma de defesa. Simulando obediência, ingenuidade e passividade, os índios confundiam e despistavam os conquistadores³⁵³. Assim, enquanto “todos, ou quase todos, enxergavam a

participação indígena também foi registrada na **Cabanagem** (1834 - 1839), através dos Mura e Mawé (*Idem, Ibidem*, p.179) e, mais recentemente, na **Guerra de Canudos** (1896- 1897), com índios Kaimbé, Kiriri e Tuxá lutando de arco e *flecha* ao lado das tropas de Antônio Conselheiro, comandadas por Pajeú (*Idem, Ibidem*, pp.194-195).

³⁵⁰ BRUIT, Héctor Hernan, *Op. Cit.*, p. 151.

³⁵¹ *Idem, Ibidem*, pp. 156-157.

³⁵² *Idem, Ibidem*, pp. 158-159.

³⁵³ *Idem, Ibidem*, pp. 166-167.

maioria vencida, obediente e servil, esta, com atos que não se entendiam, corroia, em silêncio, os alicerces da nova sociedade”³⁵⁴. Por fim, a embriaguês sempre referida pelos cronistas espanhóis, é apontada por BRUIT tanto em sua dimensão mística, como forma de ligação à ancestralidade espiritual³⁵⁵, quanto como manifestação “de inconformismo perante a nova sociedade que os explorava”³⁵⁶.

No caso do Brasil não é difícil observar, até hoje, a presença de diversas destas formas de resistência silenciosa, a exemplo da maior parte dos povos indígenas nordestinos, dados como extintos no Século XIX e cujas identidades – após anos de ocultamento –, passaram a ser publicamente afirmadas em fins do Século XX; ou dos Guarani M’byá em seu constante e silencioso peregrinar em busca da *Ywi Mara-ey* (“Terra Sem Males”), ou dos Guarani-Kaiowá que após décadas de confinamento em reservas artificialmente criadas pelo SPI no Mato Grosso do Sul, retornam teimosamente para os seus *Teko’hás* de origem.

Retornando à emergência do protagonismo dos povos indígenas na década de 1970, sua importância histórica é melhor compreendida quando se considera que até os anos 1960, tais povos, em suas lutas concretas por direitos, estavam em situação de fragmentação e isolamento (embora não de passividade). Caracterizavam-se pelo desconhecimento mútuo das realidades e problemas comuns ou específicos, e a conseqüente ausência de articulação, entre si e com setores politicamente estratégicos da “sociedade envolvente”, tanto em torno destas mesmas lutas concretas, quanto de possíveis ou eventuais propostas e reivindicações mais amplas ou comuns frente ao Estado. Neste sentido, observava Eunice DURHAM em relação ao quadro já no início da década de 1980:

“a relação entre a Funai e os índios se fragmenta nas relações que cada grupo mantém individualmente com o órgão tutelar, de tal modo que ‘os índios em geral’ constituem uma categoria global apenas para o Estado, mas não para os grupos dependentes (cada um por si) do auxílio e da proteção oficial. A política oficial atua, assim, no sentido de impedir, ou pelo menos dificultar,

³⁵⁴ BRUIT, Héctor Hernan, *Op. Cit*, p. 169.

³⁵⁵ *Idem, Ibidem*, p. 162.

³⁵⁶ *Idem, Ibidem*, p. 165.

o processo de superação da fragilidade ante o poder por parte das comunidades pela sua organização para uma ação coletiva.”³⁵⁷

A ruptura com esta situação de isolamento e o primeiro passo para a emergência do protagonismo dos povos indígenas, ocorre com as chamadas **Assembléias de Chefes Indígenas**. Inicialmente organizadas sob o patrocínio do Cimi através de seus Regionais³⁵⁸, as Assembléias levaram os líderes indígenas pela primeira vez às “descobertas mútuas e trocas de informações sobre os contextos interétnicos enfrentados por cada povo”³⁵⁹. Sobre a primeira de tais Assembléias realizada em 19 de abril de 1974 na sede da Missão Anchieta em Diamantino (MT), quando foram reunidos nove povos indígenas localizados no estado do Mato Grosso, relatou o Pe. Antônio IASI:

Os índios vieram para o encontro sem saber muito claramente o objetivo do mesmo. (...) O resultado foi surpreendente: os índios redescobriram que eles devem ser os sujeitos de seus destinos; não é a Funai nem as Missões os que resolverão os problemas deles. Mas “nós mesmos”, como afirmaram insistentemente.³⁶⁰ (Grifamos)

Levantamento efetuado por ORTOLAN MATOS em sua dissertação de Mestrado em Antropologia, intitulada “O Processo de Criação e Consolidação do Movimento Pan-indígena no Brasil (1970-1980)”, informa que foram realizadas em todo o país, de 1974 a 1984, cinquenta e sete (57) Assembléias Indígenas.³⁶¹ A importância histórica destas Assembléias é destacada por PREZIA ao afirmar: “Foi a volta não apenas da *fala* do índio, mas também de sua *organização*. Desde o final do Século XVIII os povos indígenas pouco falavam no Brasil, sendo raramente sujeitos de sua própria história”.³⁶²

³⁵⁷ DURHAM, Eunice. **O lugar do índio**. In: VIDAL, Lux, *Op. Cit.*; p.17.

³⁵⁸ Unidades autônomas, cujas circunscrições, em alguns casos, coincidem com as Unidades da Federação e, em outros, definem-se a partir de determinadas “áreas culturais” indígenas: Norte I (AM e RR), Norte II (PA e AP), Amazônia Ocidental (AC e sul do AM), Maranhão, Nordeste (PI, CE, RN, PB, PE, AL, SE e norte da BA), Leste (sul da BA, MG, e ES), Sul (SP, RS, PR, SC), Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, e Goiás/Tocantins.

³⁵⁹ OLIVEIRA NEVES, Lino João de. **Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003; p.115.

³⁶⁰ Boletim do Cimi. Brasília – DF – Ano 3, n.º 10, 02 de maio de 1974; p. 2.

³⁶¹ O referido levantamento, aqui reproduzido (Anexo B – DOC. 6), registra a realização de uma assembléia em 1974, três em 1975, duas em 1976, quatro em 1977, duas em 1978, dez em 1979, treze em 1980, sete em 1981, quatro em 1982, cinco em 1983, e seis assembléias em 1984.

³⁶² PREZIA, Benedito. *Op. Cit.*, p.64.

Analisando a trajetória desta experiência então emergente, ORTOLAN MATOS³⁶³ aponta que, se numa fase inicial havia grande dependência do Cimi, que assumia a coordenação e orientação das discussões, paulatinamente “a responsabilidade de convocar e organizar as assembléias indígenas foi sendo assumida pelos próprios índios”.

Entre os discursos mais recorrentes nas assembléias, destacavam-se aqueles que enfatizavam a identificação dos índios como “gente”, em contraposição ao tratamento recebido pelos representantes da sociedade envolvente, que seria marcado pelo contrário. A afirmação da natureza humana operava então no sentido de se obter, junto à população não-indígena, “o respeito pela sua vida física e cultural”.

No âmbito dos próprios grupos que vivenciavam esta nova experiência, a antropóloga destaca, como principais efeitos, (a) o aprofundamento do sentimento de pertença a grupos étnicos específicos e do direito de continuar a sê-lo; (b) o compartilhamento das histórias orais, tendo como marco temporal o antes e o depois do contato com a sociedade envolvente; (c) a socialização dos problemas enfrentados, sobretudo no tocante às invasões de suas terras por não-índios, sua demarcação, doenças provocadas por situações de contato, falta de assistência médico-sanitária, e ausência de uma educação escolar voltada para o respeito às suas especificidades sócio-culturais; e (d) o estabelecimento de vínculos de solidariedade, potencializando sua capacidade política de enfrentamento de problemas concretos.

No plano das relações políticas com o Estado e a sociedade envolvente, as assembléias teriam resultado inicialmente, ainda segundo ORTOLAN MATOS³⁶⁴, na utilização da imprensa dos centros urbanos mais distantes, e na produção de documentos finais das assembléias, como eficazes canais de reivindicação e denúncia. Com o tempo, ao adquirirem “um maior conhecimento sobre os seus direitos no Estado nacional”, diz a antropóloga, “eles

³⁶³ ORTOLAN MATOS, Maria Helena. **O Processo de Criação e Consolidação do Movimento Pan-Indígena no Brasil (1970-1980)**. Dissertação de Mestrado em Antropologia. Orientador: Prof. Júlio Cezar Melatti. Brasília : UnB, 1997; p.222.

³⁶⁴ *Idem, ibidem*, pp.252-257.

passaram a lidar com a hierarquia estatal e a querer estabelecer um contato mais próximo com as autoridades do alto escalão do governo”. Ou seja, passaram a tentar o estabelecimento de interlocuções diretas com junto àqueles identificados como os responsáveis pela condução da política indigenista. Para ORTOLAN MATOS,

Ao circular pelos altos escalões do governo, os índios aprenderam a se impor como autoridades políticas que deveriam ser recebidas e ouvidas pelos representantes do Estado brasileiro, fosse ele presidente da Funai ou presidente da República. Mesmo que, na maioria das vezes, o governo brasileiro não tenha tratado os líderes indígenas com o reconhecimento desejado, estes não perderam, até hoje, sua postura de autoridade frente à sociedade nacional e ao Estado. Para os líderes indígenas não há argumento que justifique a recusa de um representante do Estado em recebê-los para uma audiência. Afinal, consideram-se do mesmo nível de autoridade que aquele com o qual querem falar.³⁶⁵ (Grifamos)

Embora as Assembléias estivessem cumprindo importante papel na conscientização e preparação dos líderes indígenas para as lutas, conjuntas e mais eficazes com relação aos direitos de seus povos, a experiência foi revelando limites, como a alta rotatividade dos participantes e a falta de continuidade nas discussões. Visando garantir esta continuidade e uma articulação mais estável, o Cimi passou a investir na articulação dos povos a partir de suas afinidades, por regiões – reunindo povos diversos mas coincidentes em termos de realidade vivenciada num dado espaço geográfico e por áreas culturais – onde o elemento motivador seria a afinidade sócio-cultural e lingüística entre povos diferentes ou diversas comunidades de um mesmo povo. Na seqüência veio a criação da União das Nações Indígenas – Unind em junho de 1980, cuja sigla no ano seguinte fora rebatizada como UNI.³⁶⁶

A partir das assembléias, desencadeou-se uma série de ações concretas protagonizadas pelos povos e comunidades indígenas no sentido de garantirem o respeito e o reconhecimento estatal de direitos reivindicados³⁶⁷. Ações como retomadas de terra e ocupações de sedes de

³⁶⁵ ORTOLAN MATOS, Maria Helena. **O Processo de Criação...** *Op. Cit.*, p. 257.

³⁶⁶ cf. PREZIA, Benedito. *Op. Cit.*; p.66.

³⁶⁷ É importante destacar, contudo, que nem todos os casos de resistência decorreram deste processo de conscientização possibilitado pelas Assembléias Indígenas. Embora que de forma isolada, há que se mencionar os casos de povos de pouco ou nenhum contato, na região amazônica, que nas décadas de 1960-1970 defendiam seus territórios contra o avanço do projeto desenvolvimentista do regime militar. Exemplo célebre foi a resistência dos Waimiri-Atroari (AM), comandados pelos chefes guerreiros Maiká, Comprido e Maroaga, à

administrações da Funai, passaram a ser adotadas com frequência crescente ante a falta de providências do órgão indigenista em garantir a satisfação das necessidades específicas dos povos indígenas. Importante observar, aqui, que a prática das *retomadas* de terra pelos povos indígenas, ou seja, o retorno por sua conta e risco, de comunidades inteiras para o interior das terras que antes ocupavam, e das quais haviam sido expulsas (geralmente por proprietários rurais ligados à pecuária e à monocultura da cana-de-açúcar, ou por projetos de colonização e reforma agrária que deliberadamente ignoravam a presença indígena), antecede as famosas ocupações de terra que pouco tempo depois são desenvolvidas pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST.

Neste momento, uma emergente agenda posta pelo movimento indígena, intelectuais indígenas e indigenistas em vários países latino-americanos, envolvendo temáticas como a *autodeterminação*, *autonomia*, respeito às *instituições jurídicas próprias* dos povos indígenas, e reconhecimento do *caráter pluriétnico e multicultural* dos Estados, passavam também a ser objeto de discussão no Brasil. Isso em meio à intensa campanha contra os planos do governo de emancipação compulsória, definição de critérios de identidade étnica, etc. (*vide* seção 2.3.). Em 1979, por exemplo, a Subcomissão de Antropologia da Universidade do Amazonas, na Comissão Interministerial destinada a definir a política florestal do governo Figueiredo, sugeria o reconhecimento dos grupos indígenas como *nações*, como uma das condições para a exploração econômica da floresta amazônica³⁶⁸. Também a CNBB, através do seu Secretário-Geral, D. Luciano Mendes de ALMEIDA, diante dos conflitos entre os Txukarramãe (MT) e invasores de suas terras, apontava para a importância do “reconhecimento da existência de *nações* indígenas, com suas *características próprias* e seu direito à sobrevivência,” e suas terras demarcadas e protegidas.³⁶⁹ Ao mesmo tempo, antropólogos e indigenistas reunidos em

invasão das suas terras pela rodovia BR-174 – a Perimetral Norte (cf. SABATINI, Silvano. **Massacre**. São Paulo: Cimi, 1998; pp.120-121).

³⁶⁸ cf. PORANTIM, ago.1979, p.15.

³⁶⁹ cf. PORANTIM, set.1980, p.5.

Brasília (23-25 de agosto), avaliando os resultados da política indigenista oficial, anunciavam a necessidade da “construção de um *Brasil pluralista*, isento de discriminação racial”.³⁷⁰

Os debates, até então restritos ao tradicional interesse do restrito universo de antropólogos e missionários indigenistas, passava agora ao âmbito interdisciplinar, envolvendo também a participação de sociólogos, cientistas políticos e juristas.

Sem dúvida foi marcante nestes debates a participação de profissionais do Direito envolvidos na defesa dos Direitos Humanos e nas lutas pela democratização do país. As contribuições mais significativas de tais atores jurídicos em torno de formulações interpretativas mais sintonizadas com as reivindicações indígenas por autonomia, iniciaram-se em outubro de 1980, com reunião de antropólogos e advogados intitulada “O Índio Perante o Direito”, patrocinada pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFSC, e Cultural Survival Inc.³⁷¹ A esta seguiram-se inúmeras outras envolvendo a participação de juristas, como a Mesa-Redonda realizada durante a 33.^a Reunião Anual da SBPC, em julho de 1981; a reunião “O Índio e os Direitos Históricos”, patrocinada no mesmo ano pela CPI/SP e ABA; o Painel “O Índio e o Direito” promovido pela OAB - RJ em novembro de 1981³⁷²; e a Mesa-Redonda organizada pela CPI/SP em abril de 1982, durante a 13.^a Reunião da ABA, sobre o tema “O Índio e a Cidadania”, quando pela primeira vez se incluiu no debate as contribuições de Sociólogos e Cientistas Políticos.³⁷³

Extraíram-se daí ao menos três questões de relevo para a situação jurídica e política indígena frente ao Estado: a sua *autodeterminação* como coletividades de identidades étnicas específicas e territórios próprios, a sua posição no âmbito da *cidadania*, e a superação da perspectiva de sua integração à sociedade nacional envolvente.

³⁷⁰ cf. PORANTIM, set. 1980, p.18.

³⁷¹ cf. SANTOS, Sílvio Coelho dos (Org.). **O Índio Perante o Direito. Ensaios**. Prefácio de David Maybury-Lewis. Florianópolis : Editora da UFSC, 1982.

³⁷² cf. OAB-RJ. **O Índio e o Direito**. Série “OAB/RJ Debate” vol.I.,1981.

³⁷³ cf. VIDAL, Lux (Coord.). **O Índio e a Cidadania**. Comissão Pró – Índio de São Paulo. São Paulo: Brasiliense, 1983.

Vistos em suas identidades específicas, os povos indígenas passaram a ser apontados em tais debates, como possuidores de opiniões e vontades próprias acerca da condução de seus destinos. Ao Estado cobrava-se reconhecimento ao exercício daquele poder decisório, o que incluía proteger a integridade dos seus territórios como *locus* indispensável à expressão de suas formas próprias de organização social. No início dos anos 1980 a idéia da *autodeterminação* dos povos indígenas passava então a permear os discursos de parte expressiva dos antropólogos e indigenistas no país.

Uma percepção em linhas gerais quanto aos posicionamentos em torno da questão da autodeterminação dos povos indígenas, pode ser vista a partir das entrevistas concedidas ao Jornal PORANTIM, durante a 13.^a reunião da ABA: Ali, para Anthony SEEGER (MN/RJ), a situação jurídica dos grupos indígenas deveria ser repensada para “sem deixar de juridicamente garantir sua proteção, parar de controlar as suas atividades e impedir que eles de fato realizem essa autodeterminação.” Berta RIBEIRO (MN/RJ), afirmava como expressão da autodeterminação dos grupos indígenas, o próprio esforço que fizeram para manter sua identidade: “temos que respeitar que conservem aquilo que eles achem que devem conservar”, dizia. Pedro AGOSTINHO (MN/RJ) defendia a autodeterminação como um objetivo a ser atingido, e a necessidade de criação de mecanismos institucionais garantidores, aos povos indígenas, de “sua autogestão interna e participação efetiva no processo de decisão política no país, ao mesmo título que os membros da etnia dominante.” E completava: “A gente tem que pensar num *estado multi-étnico* em que participem da soberania do país e das suas decisões políticas todos os elementos etnicamente diferenciados que o compõem.” Edgard de ASSIS CARVALHO (PUC-SP), defendia a autodeterminação, assumida consciente e consensualmente pela comunidade, como “a única saída para as populações indígenas no Brasil”. Carmem JUNQUEIRA (PUC-SP), enfatizando a identidade dos grupos indígenas como povos e não como minorias, a entendia como “a condição básica” para se assegurar a sobrevivência dos grupos indígenas, significando “o direito de reorganizarem sua vida

cultural, sua vida social, sua vida política, no espaço que desejarem e da forma como lhes aprouver”, sem contudo perderem o direito à assistência do Estado. No mesmo sentido, Sílvio Coelho dos SANTOS (UFSC), via a autodeterminação como “uma necessidade fundamental” relacionada à órbita dos Direitos Humanos.³⁷⁴

Contudo, dúvidas quanto à precisão conceitual do termo acompanhavam também os debates, anunciando a polêmica teórica e política que logo viria a ter assento no âmbito da ONU e da OEA, nos respectivos Projetos de Declaração de Direitos dos Povos Indígenas. Na mesma entrevista concedida durante a 13.^a Reunião da ABA, por exemplo, o antropólogo Antônio Carlos MAGALHÃES (Museu Goeldi – PA), chamava a atenção para a necessidade de melhor precisão no conceito de autodeterminação, defendendo-o como relação simétrica entre o Estado brasileiro e os povos indígenas, e não de criação de enclaves. Expedito ARNAUD, da mesma instituição, defendia a compreensão da autodeterminação como uma relação com o Estado de natureza “relativa”, e não “absoluta”.³⁷⁵

A respeito da polêmica conceitual em torno da questão da *autodeterminação* e de sua aplicação aos povos indígenas, Marco Antônio BARBOSA em tese de doutorado pela Faculdade de Direito da USP³⁷⁶, informa que o princípio vem consistindo desde o início da década de 1980 na “principal reivindicação” dos povos indígenas no plano internacional. Afirma outrossim que o pleito encontra atualmente o seu principal obstáculo na tese hegemônica no âmbito da ONU, que restringe sua aplicabilidade aos casos de “descolonização de *ultramar*”, o que excluiria os povos indígenas em razão de fazerem parte da mesma unidade populacional e territorial geradora dos estados modernos onde se situam. Além disso uma forte rejeição à aplicabilidade do princípio aos povos indígenas estaria também na concepção bastante arraigada de que implicaria necessariamente em situações de secessão. BARBOSA observa de modo contrário, que “o direito a autodeterminação é muito

³⁷⁴ PORANTIM, mai.1982, pp.8-9.

³⁷⁵ *Idem, Ibidem*, pp.8-9.

³⁷⁶ BARBOSA Marco Antônio **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo : Plêiade : Fapesp, 2001.

largo, porém, o povo que o exerce pode escolher limitar seu alcance”³⁷⁷. E aponta em sentido contra-hegemônico as contribuições de Maivân Clech LÂM, Norbert ROULAND, e Marianne Betty WILHELM.

Clech LÂM no artigo “*La portée juridique de l’autodétermination*”, publicado em 1996, defende a aplicabilidade do princípio aos povos indígenas em situação de colonialismo interno, e que podem reivindicá-lo “desde que sua ação não venha a inquietar a ONU em razão de ameaças que possam provocar à paz mundial e aos direitos da pessoa”³⁷⁸. Para Norbert ROULAND (“*Droit des Minorités et des Peuples Autochtones*”) o direito à autodeterminação seria mais “um direito à coexistência pacífica no interior do Estado com o resto da população, com o poder de decisão com as autoridades estatais concernentes ao seu destino através dos seus próprios representantes”³⁷⁹. E Betty WILHELM, na sua tese de Doutorado pela Universidade de Genebra, (“*Autodétermination et Culture*”, de 1992) ao apontar as dimensões jurídica e política do princípio da autodeterminação, observa que a discussão em seu campo jurídico tem avançado menos do que em sua dimensão sócio-política: “enquanto o princípio jurídico é congelado na reafirmação de princípios formais preexistentes, o político continua a se inserir na realidade sócio-política, pelo canal das reivindicações dos povos em luta.”³⁸⁰

Quanto à questão do ponto de vista da *cidadania*, a intensidade dos debates foi impulsionada no contexto político da época, de abertura política, lutas pela democratização do país, e emergência dos movimentos sociais organizados como novos e importantes atores, na construção de um novo modelo de cidadania, efetivamente participativa, e designativa de identidades específicas. O movimento indígena e suas lutas por direitos territoriais e reconhecimento e respeito às suas especificidades étnico-culturais, passou a ser visto,

³⁷⁷ cf. BARBOSA, M. A. **Autodeterminação: direito à diferença**. *Op. Cit.*, p.325.

³⁷⁸ cf. *Idem, Ibidem*, p.321.

³⁷⁹ cf. *Idem, Ibidem*, p.326.

³⁸⁰ cf. *Idem, Ibidem*, p.322.

também, como participante ativo neste processo de construção de um conceito de cidadania imbuído de um sentido emancipatório mais profundo. Mas questionamentos não faltaram à compatibilidade entre o respeito às especificidades étnico-culturais indígenas e a visão do índio como cidadão brasileiro, portador de igualdade de direitos e deveres em relação aos demais, não-indígenas.

O tema foi assim alvo divergências no início da década de 1980, oscilando entre a constatação da cidadania dos índios posta no plano formal e o potencial de utilização dos instrumentos normativos então vigentes para a proteção de seus direitos e interesses, e a total negação no plano político de sua cidadania brasileira, sob pena de perda de uma identidade específica. Vale destacar que o tema foi objeto de vários eventos, a exemplo do painel “A Cidadania e a Questão Étnica”, promovido pelo Departamento de Sociologia da UnB.³⁸¹

Um bom panorama das divergências em torno da compatibilidade entre a proteção à identidade étnico-cultural indígena e a cidadania brasileira ocorreu por ocasião de Mesa-Redonda promovida pela Comissão Pró-Índio de São Paulo, em 1982³⁸². Na ocasião, Eunice DURHAM colocava a necessidade de definição do campo político de inserção da questão da cidadania para os índios, tecendo críticas ao fato de a Sociologia e a Ciência Política terem sempre relegado “o problema das minorias étnicas a uma posição secundária” ou de epifenômeno. Para a Socióloga, a “inserção da população indígena no Estado brasileiro”, na condição de súdito sob a “ficção da proteção tutelar”, já era um dado, contraditório mas inevitável. Defendia o “contato dos índios com setores politizados da sociedade civil” como condição para a emergência de formas coletivas de concretização de direitos³⁸³.

Maria Célia PAOLI, por sua vez, partindo da crítica à idéia do “desamparo” cultural gerador de “impotência e paralisia políticas” como “característica principal dos povos

³⁸¹ cf. TEIXEIRA, João Gabriel Lima Cruz (Coord.). **A construção da cidadania**. Brasília : Editora Universidade de Brasília : Programa Nacional de Desburocratização, 1986.

³⁸² cf. VIDAL, Lux. *Op. Cit.*

³⁸³ DURHAM, Eunice R. **O lugar do Índio**, *Op. Cit.*, pp.11-19

índigenas”, e que levaria à “idéia da inevitabilidade de seu desaparecimento como experiência coletiva”, observa que, pelo contrário, os povos indígenas inseriam-se no âmbito dos movimentos sociais emergentes à época, que não reivindicavam “o direito a uma igualdade abstrata” perante a ordem jurídica, mas “o direito de se exprimir social e politicamente”, bem como “o direito à própria diversidade”. PAOLI via então o movimento indígena como já colocando “questões cruciais para os outros movimentos”, sendo portanto, neste sentido, “parte da sociedade brasileira, entendida como movimento em direção à supressão das diversas formas de opressão”.³⁸⁴

De modo totalmente oposto, Maria Tereza Sadek de SOUZA rechaçava a visão dos índios como cidadãos brasileiros. “A emancipação dos índios”, dizia, “não pode ser tratada do mesmo modo como se luta pela emancipação das chamadas ‘minorias’”. Para a autora, a questão indígena, vista em sua especificidade, implicava em que a cidadania, tornando o índio “igual em direitos e deveres ao cidadão brasileiro” resultava inevitavelmente em fazê-lo “deixar de ser índio para ser cidadão”, e, como “súdito do Estado”, obedecer às regras por este impostas”, transformando-se em marginal. Defendia então o tratamento da questão indígena “como uma questão de ‘direitos humanos’ muito mais do que sob o ângulo da cidadania”.³⁸⁵

Para Marés de SOUZA FILHO, a cidadania brasileira constitucionalmente atribuída aos índios pelo critério do *jus solis*, consistiria em mera ficção jurídica. Trata-se, dizia, não de um gesto altruísta do Estado, mas “de não reconhecer as nações indígenas e seus territórios”, ou seja, os povos indígenas como sujeitos de autodeterminação. Além disso, dizia, “não pode ser considerado cidadão “aquele que não estabeleceu as regras fundamentais do convívio social”. E, como os índios não haviam estabelecido “o convívio social brasileiro, mas sim as regras do convívio social de seu grupo”, ao assumirem a cidadania brasileira, estariam “obrigados a perder a sua identidade, deixar de ser índio”. Assim, defendia uma nova

³⁸⁴ PAOLI, M. Célia. **O sentido histórico da noção de cidadania no Brasil: onde ficam os índios ?** In: VIDAL, Lux. *Op. Cit.*, pp.20-34.

³⁸⁵ SOUZA, M. T. Sadek. **Os índios e os “custos” da cidadania.** In: VIDAL, Lux (Coord.). *Op.Cit.*, pp.35-43

Constituição que determinasse o respeito às “concepções indígenas, seus usos, costumes e tradições”, dentro de seus territórios próprios.³⁸⁶

Por fim Dalmo DALLARI, ao constatar que “o índio brasileiro é cidadão, como qualquer outro brasileiro, e tem todos os direitos inerentes à cidadania”, anunciava uma visão mais otimista da questão. A *tutela*, dizia, “entendida e exercida de modo adequado”, contribuiria para com a superação da “concepção do índio como cidadão inferior”, passando a ser, “como deve ser, mais um elemento assegurador dos direitos da cidadania, que a própria Constituição confere ao índio e que todos estão obrigados a respeitar.”³⁸⁷

No bojo de tais questionamentos cuidava-se também de analisar a sustentação da própria *integração*, objetivo central da ação indigenista do Estado através do “Estatuto do Índio” de 1973. O paradigma integracionista, nesse ambiente de apoio à proteção das especificidades indígenas e seu direito de expressão e participação, passava então a ser objeto de duras críticas.

Em 1985, já no espírito da elaboração de uma nova Constituição para o país, Paulo SUESS observava que a integração, “numa sociedade que considera os índios improdutivos e que trata a sua alteridade como se fosse um retardamento mental, é exatamente trabalhar na desintegração destes povos e criar marginais isolados”. Nesta sociedade, dizia,

a tutela do Estado não é a *proteção* da diferença, mas a assistência à ignorância que se pressupõe passageira. A rigor, é a tutela dos interesses dominantes da sociedade nacional. Por isso, a palavra ‘incorporação’ – ‘madrinha’ da figura jurídica da tutela – deve ser banida da nova Constituição.³⁸⁸ (Grifamos)

Naquele mesmo ano, discursando na Assembléia-Geral da CNBB em Itaici (SP) o presidente do Cimi, D. Erwin KRAUTLER, afirmava:

O projeto de vida das comunidades indígenas – em termos gerais – não caminha para esta integração prevista nos parâmetros institucionais. (...) As comunidades indígenas são sociedades etnicamente diferenciadas na sociedade nacional, com sistemas de

³⁸⁶ SOUZA FILHO, C. F. Marés de. **A cidadania e os índios**. *Op. Cit.*, pp.44-51.

³⁸⁷ DALLARI, Dalmo. **Índios, cidadania e direitos**. *Op. Cit.*, pp.52-58.

³⁸⁸ SUESS, **Tempo pré-Constituinte**. PORANTIM, Brasília, ano VII, n.º 74, abril de 1985; Opinião; p.2.

organização sócio-política e econômica próprios, forjados por uma cosmovisão distinta, inclusive entre si. Esta diferença étnica (...) deve ser defendida como um direito histórico. (...) Discutir em torno da Assembleia Nacional Constituinte a possibilidade de um dispositivo legal, que reconheça a plurinacionalidade do nosso país, sem fraccionar o território nacional. Somente através do reconhecimento da realidade pluriétnica da Nação, cessará a ameaça de uma integração compulsória que pesa sobre os povos indígenas, sobre suas culturas, seus territórios e seu subsolo.³⁸⁹

É preciso considerar, neste ponto, o aparente paradoxo dos setores comprometidos com a causa indígena no início dos anos 1980 que, de um lado, combatiam o projeto dos governos autoritários da época, de emancipação compulsória dos índios quanto ao regime tutelar, e, do outro, defendiam teses avançadas, como o reconhecimento dos povos indígenas como *nações*, a sua *autodeterminação*, e o *status* político e jurídico de seus membros como cidadãos brasileiros. O combate ao projeto de emancipação, anteriormente abordado (*vide* seção 2.3.1.) se deu não apenas como reação à própria proposta, tal como formulada, onde a perda da condição de tutelado caminhava *pari passu* à perda da proteção à sua identidade étnica e direitos territoriais específicos. A oposição, por estes setores, ao projeto de emancipação, teve como perspectiva, também, a armadilha posta pelo paradigma incorporativista, na medida em que o reconhecimento da capacidade civil aos índios tinha como significado não apenas simbólico mas também jurídico e político, a consagração do anúncio da derrota de seus modos de vida e projetos próprios de futuro, e sua dissolução no projeto hegemônico de uma comunhão nacional de feição singular, monolítica. Ou seja, tratava-se de uma capacidade vista como representativa do sucesso de uma trajetória evolutiva dos índios para a “civilização”, e a inexorável perda de sua identidade e valores próprios, tidos como inferiores, extemporâneos. Os debates apontavam, então, para a necessidade de ruptura com o modelo etnocêntrico até então vigente, o que só poderia advir com a instauração de novas bases constitucionais de relações de poder. Além disso, com o advento

³⁸⁹ KRAUTLER, Erwin. **Testemunha de Resistência e Esperança: discursos de Itaiçi em defesa dos Povos Indígenas**. Brasília : Cimi, 1991; pp. 23-25.

da chamada “Nova República”³⁹⁰, propostas em torno de uma nova política indigenista passaram a dominar os debates e as expectativas dos setores indigenistas.

Quando, enfim, o governo anunciou a intenção de vir a convocar a ANC, a aglutinação passou a ocorrer em torno da participação concreta dos setores historicamente excluídos, na feitura da nova Carta Política do país. Por parte de tais segmentos a perspectiva que se anunciava era a de que, de fato, este novo momento constituinte viesse, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a contar com a participação ativa, com o protagonismo das camadas populares e excluídas da sociedade.

Intensas articulações passaram então a ser efetuadas entre os diversos segmentos sociais e instituições, com vistas ao fortalecimento de posições conjuntas perante a ANC. Ao mesmo tempo, tais setores passaram a incluir em suas agendas toda uma preparação para uma participação efetiva, com a formulação de propostas e organização de esquemas de mobilização no futuro cenário constituinte.

Uma das forças políticas mais atuantes à época a CNBB, no documento intitulado “Por uma Nova Ordem Pastoral” aprovado em sua 24.^a Assembléia Geral em abril de 1986, dizia:

... a Constituição deverá inverter a posição tradicional, que dá ao Estado a primazia de iniciativa social. A sociedade deverá ganhar a condição de sujeito coletivo da transformação social, conquistando instrumentos de exercícios de uma democracia que lhe permita organizar e controlar a ação do estado, colocando-o a seu serviço.³⁹¹ (grifamos)

Como apostava Maria Célia PAOLI, seria no espaço Constituinte, por paradoxal que pudesse parecer pela sua “origem tão desmoralizante”, que os movimentos sociais poderiam “sonhar com uma ordenação jurídica geradora da democracia prometida”. O espaço

³⁹⁰ Período marcado pela primeira eleição de um presidente civil após o Regime Militar de 1964.

³⁹¹ CNBB. **Declaração Pastoral : Por uma Nova Ordem Constitucional**. São Paulo : Edições Loyola, abril de 1986; p.4

Constituinte, dizia a autora, seria a instância capaz de organizar “a compatibilidade da divergência, do confronto, do debate que se desenha como história aberta”.³⁹²

Para as principais entidades comprometidas com a defesa dos direitos indígenas, chegara a hora de priorizar o acompanhamento direto à luta que se anunciava, em torno dos direitos indígenas na ANC.³⁹³

Antes porém, uma primeira experiência de articulação e formulação de propostas foi possibilitada quando da criação (**Dec. n.º 91.450, de 18 de julho de 1985**) da **Comissão Provisória de Estudos Constitucionais**, também denominada “Comissão Afonso Arinos”, ou “Comissão de Notáveis”, encarregada de elaborar um anteprojeto de Constituição.³⁹⁴

Em novembro de 1985, **proposta do jurista José Affonso da Silva**, submetida à Comissão Afonso Arinos, trazia artigo específico relativo a “Terras indígenas”, composto de seis itens, entre os quais o que previa que “as ações propostas por índios ou grupos de índios” deveriam ser “conhecidas e processadas, cabendo ao Juiz da causa abrir vista ao Ministério Público que se incumbirá de dar seqüência ao feito no interesse da comunidade indígena”.³⁹⁵

Em dezembro daquele ano a UNI, juntamente com especialistas e entidades governamentais e não-governamentais³⁹⁶, oferecia contra-proposta, na qual além dos direitos territoriais, propunha o reconhecimento da legitimidade processual ativa das comunidades e organizações indígenas, e da organização social e direitos culturais como prevaletentes sobre

³⁹² PAOLI, Maria Célia. **Constituinte e Direito: um modelo avançado de legítima organização da liberdade ?**. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). *O Direito Achado na Rua*. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1987; p.144.

³⁹³ O Cimi, por exemplo, em sua VI Assembléia Geral (Goiânia, 28 de junho a 3 de julho de 1985), estabelecia entre as suas prioridades, o acompanhamento ao processo constituinte: “Uma assembléia Nacional Constituinte livre, soberana e democrática”, dizia o documento final da assembléia, “é, sem dúvida, um instrumento privilegiado para estabelecer uma nova ordem institucional no país”. Considerava então como tarefas imediatas, (a) o incentivo e apoio ao movimento indígena para que, “em aliança com os movimentos populares, entidades e partidos”, viesse a pressionar o Congresso no sentido de convocar “todos os segmentos da sociedade a participarem na elaboração da nova Constituição”; (b) o estímulo à organização de debates de âmbito regional e nacional, onde os índios, juntamente com representantes de organizações populares pudessem discutir o tema de seus direitos na Constituinte.

³⁹⁴ **Dec. n.º 91.450, de 18 de julho de 1985**. Diário Oficial de 22.07.1985, p.10393.

³⁹⁵ cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos do Índio...** *Op. Cit.*, p.175.

³⁹⁶ Especificamente CPI-SP, ABA, UNI - Sul, Anai-RS, CTI, Coordenação de Terras Indígenas do Mirad, Grupo de Trabalho Indígena da OAB/RJ, Programa de Etnias e Sociedade Nacional da Fundação Nacional Pró-Memória, Grupo de Terra da Sudelpa, e os advogados Dalmo DALLARI e SOUZA FILHO.

“as determinações legais comuns nos atos e negócios que envolverem membros das comunidades”.³⁹⁷

Em maio de 1986 as discussões até então efetuadas no campo indigenista foram aprofundadas numa nova reunião da UNI com juristas e entidades comprometidas com a causa dos direitos indígenas.³⁹⁸

Discorrendo sobre o tema “Tutela – Proteção ? Apoio?”, o jurista Dalmo DALLARI apontou as implicações da contradição entre Direito Privado e Direito Público para a questão da tutela, e a necessidade de tratamento específico no novo texto constitucional com vistas à *proteção* das populações indígenas. Ao mesmo tempo, o jurista SOUZA FILHO, da Comissão Pró-Índio/SP, tratou de questões relativas à cidadania, nacionalidade e terras indígenas. Por sugestão de Paulo Guimarães, assessor jurídico do Cimi, as conclusões extraídas dos grupos de trabalho durante a reunião foram sistematizadas em forma de capítulo, denominado “**Das Populações Indígenas**”, posteriormente encaminhado à Comissão de Estudos Constitucionais. Relativamente à proposta, avaliava à época o Jornal PORANTIM:

“a proposta de inclusão desse capítulo na Constituição, em si, já implica substancial mudança: a extinção da previsão de incorporação dos índios à sociedade nacional e a inevitável extinção da tutela. Esta é então substituída pelo reconhecimento do direito a uma proteção especial ao índio, sem prejuízo da sua capacidade civil e política e respeitando sua especificidade étnica e cultural.”³⁹⁹

Ao discorrer sobre o conteúdo do capítulo proposto, dizia o mesmo jornal:

“O parágrafo único do Art. 1.º do documento encaminhado tenta resolver o problema cidadania e nacionalidade empreendendo medidas tendentes a ‘permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação brasileira assegura aos demais elementos da população, sem prejuízo dos seus usos e costumes específicos.’ (...) A separação da proteção administrativa da jurídica é uma

³⁹⁷ A contra-proposta previa: “(...) Art. 2.º - As comunidades indígenas, suas organizações, a União, o órgão oficial de proteção aos índios, o Congresso Nacional e o Ministério Público são partes legítimas para ingressarem em juízo em defesa dos interesses dos índios. (...) § 2.º - Nas ações propostas por comunidades ou suas organizações, ou contra elas, o juiz dará vistas ao Ministério Público que participará no feito em defesa do interesse indígena. Art. 3.º - Fica reconhecido o direito dos povos indígenas a se organizarem segundo sua estrutura social, cujos usos, costumes, línguas e tradições prevalecerão sempre às determinações legais comuns nos atos e negócios que envolverem membros das comunidades.”

³⁹⁸ Foram discutidos temas como “Terra: posse e domínio”; “Tutela: uma perspectiva de avanço e conquista da cidadania plena”; e “Representação: a relação Estado e Nações Indígenas” (cf. PORANTIM, jun.1986, p.4).

³⁹⁹ cf. PORANTIM, jun.1986, p.4.

alternativa que se formula para substituir a previsão de incorporação dos índios à comunhão nacional e conseqüentemente a tutela dos mesmos. (...). Isto foi efetivado no art. 1.º e no art. 5.º, respectivamente: ‘Promover o apoio social e econômico às referidas populações (indígenas) garantindo a devida proteção às terras, às instituições, às pessoas, aos bens e ao trabalho dos índios; tal apoio ficará a cargo de um órgão da administração federal.’ (...) ‘A União, o Congresso Nacional, o Ministério Público, as comunidades indígenas, suas organizações e o órgão oficial de proteção aos índios são partes legítimas para ingressarem em defesa dos interesses dos índios’.⁴⁰⁰

Além disso, o texto do capítulo serviu de base ao “**Programa Mínimo**” para os direitos fundamentais dos povos indígenas na constituinte subscrito por um grupo de 29 entidades indigenistas, centrais sindicais e associações profissionais e científicas⁴⁰¹, encabeçadas pela UNI. Constituído de cinco pontos⁴⁰² o documento defendia, com base na diversidade étnico-cultural dos povos indígenas, que a nova Constituição Brasileira deveria:

Incluir o reconhecimento das organizações sociais e culturais indígenas, assegurando-lhes a legitimidade para defenderem seus direitos e interesses e garantindo-lhes a plena participação na vida do país.⁴⁰³

Da reunião da UNI realizada em maio de 1986, resultava ainda a criação de uma coordenação nacional – formada pela UNI, Cimi, Inesc e Cedi – , para monitorar a evolução da discussão sobre os direitos indígenas na Constituinte.

Em 1.º de julho de 1986, a **Comissão Afonso Arinos** aprovava a sua proposta de Capítulo Constitucional “**Das Populações Indígenas**” (Apêndice D, quadro I), onde previa o reconhecimento das populações indígenas como “parte integrante da comunidade nacional” (art. 380), a extensividade dos direitos em geral a tais populações “sem prejuízo dos seus usos e costumes específicos” (§ único, “a”) e a prestação de assistência sócio-econômica e proteção às suas terras, instituições, pessoas, bens e trabalho, “bem como à *preservação* de sua identidade” (§ único, “b”). Propunha também conferir legitimidade processual ativa às

⁴⁰⁰ cf. PORANTIM, jun.1986, p.4.

⁴⁰¹ Entidades Subscritoras: MST, Contag, CUT, CGT, Conage, ABA, Cimi, Conic, CPT, Abra, SBPC, Andes, MNDH, Anaí-RS, CPI-SP, CPI-AC, CPI-SE, CTI, Copy, CEI, Opan, Cedi, Inesc, Cepis, Ibase, Pase e GTME.

⁴⁰² (1) O reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas como primeiros habitantes do Brasil; (2) a demarcação e garantia das terras indígenas; (3) o usufruto exclusivo das riquezas naturais das terras indígenas; (4) o reassentamento, em condições dignas e justas, dos posseiros pobres que encontravam nas terras indígenas, e (5) o reconhecimento e respeito às organizações sociais e culturais dos povos indígenas com seus projetos de futuro, além das garantias da plena cidadania.

⁴⁰³ cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos do Índio...** *Op. Cit.*, pp.160-170.

comunidades indígenas e suas organizações para a “defesa dos interesses dos índios” (art. 383, *caput*). Entretanto, ao que parece o Anteprojeto previa também a manutenção da restrição da capacidade civil dos indígenas, uma vez que condicionava a validade jurídica dos contratos de interesse das comunidades indígenas à “participação obrigatória de suas organizações federais protetoras” (art. 382, § 3.º).

Analisando o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, o advogado e assessor jurídico do Cimi, Paulo GUIMARÃES, observava entre os seus aspectos mais importantes, a eliminação da perspectiva incorporativista, presente até então nos textos constitucionais brasileiros, e a previsão de legislação com o propósito único de proteção aos índios e seus direitos originários, conforme o *caput* do art. 380 do Anteprojeto. Contudo, contrariamente ao seu propósito, o Anteprojeto da Comissão não logrou ser adotado como referencial básico para a ANC, avaliado que foi como interferência indevida do Executivo na sua soberania.⁴⁰⁴

Em 29 de junho de 1986 o **Plenário Nacional Pró-Participação Popular na Constituinte**, ao aprovar a Plataforma mínima de propostas populares para a nova Constituição Brasileira, fazia constar, “quanto a determinados conteúdos” (item IV), a proposta de que o Estado brasileiro viesse a “reconhecer os direitos das nações indígenas no que se refere à demarcação e garantia de seu território, ao usufruto do solo e do subsolo, à preservação de sua identidade cultural e garantias de plena cidadania”⁴⁰⁵ (grifamos). Mais tarde, em setembro, diversos candidatos a parlamentares constituintes, reunidos no Plenário Pró-Participação Popular, votaram a **Plataforma Mínima** de Propostas Populares para a nova Constituição Brasileira, onde se incluía o reconhecimento aos “direitos das nações indígenas”.

Naquele contexto, dizia a antropóloga CARNEIRO DA CUNHA:

Está portanto na hora de se abandonar na Constituição o jargão anacrônico que fala na ‘incorporação dos silvícolas’, para substituí-lo pela ‘defesa dos direitos das sociedades indígenas e dos índios. (...) A nova Constituição do Brasil deveria, portanto, incluir de forma explícita o reconhecimento das comunidades indígenas e de suas culturas próprias, não mais como

⁴⁰⁴ PORANTIM, out. 1986, p.7.

⁴⁰⁵ cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos do Índio...** *Op. Cit.*, p.179.

‘selvagens’ a serem ‘civilizados’, mas como grupos portadores de uma cultura própria que deve ser respeitada, e com direito à livre organização.⁴⁰⁶

3.2. A Constituinte e as diferentes concepções em disputa no tema da identidade e capacidade indígenas.

Instalada a Assembléia Nacional Constituinte – ANC (1.º de março de 1987)⁴⁰⁷, a questão relativa aos direitos indígenas ficou a cargo da **Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**⁴⁰⁸, uma das três que compunham a Comissão da Ordem Social⁴⁰⁹, tendo à frente os Deputados Ivo Lech (PMDB-RS, Presidente) e Alcení Guerra (PFL-PR, Relator).

Enquanto os trabalhos da ANC direcionavam-se ainda à confecção do seu Regimento Interno, representantes do Cimi, ABA, Cedi, UNI e CTI/Mirad procuravam compor uma **Proposta Unitária** sobre os direitos indígenas a ser encaminhada à Subcomissão específica, proposta que foi concluída em 2 de abril de 1987, em reunião na sede do Inesc, em Brasília.⁴¹⁰ Por motivos estratégicos, a maioria das entidades optava naquele momento por dar um tratamento mais limitado à proposta de reconhecimento do caráter pluriétnico do país. Na Proposta Unitária “evitou-se o uso das expressões ‘povo’ ou ‘nação’, para não atrair a oposição aberta dos setores militares”. Enquanto isso, uma proposta mais ousada, contemplando o reconhecimento dos povos indígenas enquanto “nações” e o caráter “multinacional” do Estado brasileiro, era encampada em separado pelo Cimi e CNBB,

⁴⁰⁶ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos do Índio...** *Op. Cit.*, pp.15-16.

⁴⁰⁷ **Emenda n.º 26, de 27 de novembro de 1985**, proposta pelo Executivo, convoca uma Assembléia Nacional Constituinte de caráter congressual.

⁴⁰⁸ Aqui denominada simplesmente de “Subcomissão das Populações Indígenas”.

⁴⁰⁹ Os trabalhos da ANC foram divididos em oito Comissões Constitucionais: Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; Organização do Estado; Organização dos Poderes e Sistema de Governo; Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições; Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; Ordem Econômica; Ordem Social; Família, Educação, Cultura, Esporte, Comunicação, Ciência e Tecnologia; e Comissão de Sistematização. Foram repartidas em 24 Subcomissões temáticas específicas. O produto final do trabalho das Comissões desaguava na Comissão de Sistematização, que teve como presidente o senador Afonso Arinos de Melo Franco (PFL – RJ) e relator o deputado Bernardo Cabral (PMDB-AM).

⁴¹⁰ Segundo GAIGER (**Informe Constituinte n.º 5**. Brasília : Cimi, 03.abr.1987;mimeo) a discussão contou “a presença, em determinados momentos, de representantes da Procuradoria-Geral da República, da Coordenação Nacional dos Geólogos, índios residentes em Brasília e CCPY”.

abordando “aspectos faltantes na proposta unitária”, e a ser encaminhada à Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais (da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher).⁴¹¹

Submetida aos juristas DALLARI e SOUZA FILHO (que redigiu a sua justificativa), a **Proposta Unitária elaborada pela UNI e entidades indigenistas** (Apêndice D, quadro II) foi apresentada à Subcomissão específica em 22 de abril de 1987, pelo antropólogo e deputado constituinte José Carlos Sabóia (PMDB-MA). A proposta substituiu a perspectiva incorporativista pela do reconhecimento, às comunidades indígenas, de direitos originários sobre as terras ocupadas, bem como sua organização social, usos, costumes, línguas e tradições (art. 1.º, *caput*), cabendo à União a proteção “às terras, às instituições, às pessoas, aos bens, à saúde e à educação dos índios” (par. Único). Previa também a legitimidade processual ativa aos índios, suas comunidades e organizações (art. 3.º), a responsabilidade do Ministério Público na defesa judicial e extrajudicial de sua pessoa e patrimônio material e imaterial (§§ 2.º e 3.º), e a intervenção obrigatória do órgão para a validade dos contratos que pudessem resultar prejuízo aos direitos indígenas (§ 4.º).⁴¹²

Dias depois (29 de abril), a Subcomissão ouvia em audiência pública, representantes de cinco entidades ligadas à causa indígena⁴¹³, todos afirmando a necessidade de substituição da perspectiva incorporativista dos índios à comunhão nacional, pelo reconhecimento das suas identidades étnicas próprias e respeito e proteção à sua alteridade.

Em 7 de maio (1987) era apresentada à **Subcomissão da Nacionalidade**, a **proposta redigida pelo Cimi** (Apêndice D, quadro III), enfocando o caráter pluriétnico e multinacional

⁴¹¹ GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 5**, *Op. Cit.*; e **Informe Constituinte n.º 8**. Brasília : Cimi, 23. abr.1987; mimeo.

⁴¹² cf. PORANTIM, mai.1987; p.3.

⁴¹³ O bispo Dom Erwin KRAUTLER (Cimi), o jurista Carlos F. Marés de SOUZA FILHO (CCPY e CPI-SP), e os antropólogos Manuela CARNEIRO DA CUNHA (ABA), e Mércio Pereira GOMES (Instituto de Estudos Antropológicos do Rio de Janeiro), além do presidente da Conage, Wandelino CARVALHO. (cf. GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 9**. Brasília : Cimi, 30. abr.1987; mimeo; p.2).

do País.⁴¹⁴ Tal qual o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos e a Proposta Unitária da UNI, a proposta do Cimi também afastava a perspectiva incorporativista dos índios. Nela, o Brasil era declarado “República Federativa e pluriétnica”. À União competiria, por um lado, proporcionar “assistência social, econômica, educacional e médico-sanitária” às nações indígenas, de modo a respeitar os seus usos, costumes e tradições, e, por outro, proteger as suas terras, instituições, pessoas, bens, saúde e educação. Às nações indígenas seriam reconhecidos também os seus direitos territoriais originários, bem como suas formas próprias de organização, usos, costumes, línguas, tradições, “e autonomia na gestão dos bens e negócios que lhes dizem respeito”. Ainda segundo a proposta redigida pelo Cimi, as *Nações Indígenas* e suas organizações teriam legitimidade processual ativa para a defesa dos direitos e interesses indígenas. O Ministério Público Federal seria responsável pela proteção judicial e extrajudicial dos interesses indígenas, sendo objetos desta proteção a pessoa, e o seu patrimônio material e imaterial⁴¹⁵. Defendendo a proposta perante a Subcomissão, o advogado e assessor jurídico do Cimi, Paulo GUIMARÃES afirmava: “O Brasil não é constituído por uma única nação, é constituído de várias nações pequenas que se articulam num único Estado”, esclarecendo que tal reconhecimento não implicaria na ruptura da unidade territorial do país. Mostrando sua insatisfação com a proposta do Cimi, o Sen. Francisco Rollemberg (PMDB-SE) expressava, de modo contrário, a necessidade de os índios serem convidados “a participar da vida nacional, construir uma grande Nação, dando-nos as mãos, falando a mesma língua, invocando o mesmo Deus e a mesma religião”, ou seja, mantendo a perspectiva assimilacionista dos povos indígenas à sociedade nacional envolvente.⁴¹⁶

Importante observar que tanto na Proposta Unitária quanto na proposta do Cimi, buscou-se distinguir entre a assistência sócio-econômica, de saúde e educacional, a ser

⁴¹⁴ A proposta do Cimi fora subscrita pelos deputados constituintes Maria de Lourdes Abadia (PFL-DF), Edmilson Valentin (PC do B-RJ) e Augusto Carvalho (PCB-DF).

⁴¹⁵ cf. GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 10**. Brasília : Cimi, 08.05.1987, mimeo; pp.4-5.

⁴¹⁶ cf. PORANTIM, jun.1987; p.10.

prestada às comunidades indígenas, e a assistência jurídica, a defesa judicial e extra-judicial aos seus direitos e interesses, esferas de atuação que, historicamente, se concentravam nos mesmos órgãos que se sucederam como executores da política indigenista e responsáveis pelo exercício da tutela indígena (SPI e Funai).⁴¹⁷

Ainda naquele mês de maio de 1987, o **Relatório da Subcomissão das Populações Indígenas**, considerando o fato de as populações indígenas, apesar da tutela do Estado, terem sido “de um lado exterminadas, e de outro, incorporadas de forma marginal à sociedade envolvente”, via “a formulação e aplicação imediata de princípios constitucionais” tendentes a *preservar* seus costumes e defender suas terras, mantendo, enfim, sua identidade cultural, como “a única garantia” de sua sobrevivência “como Povos Indígenas”⁴¹⁸.

A primeira versão **do Anteprojeto da Subcomissão** (Apêndice D, quadro IV), revelava-se assim sintonizada com a proposta Unitária elaborada pela UNI e entidades indigenistas. Previa uma proteção especial às “sociedades indígenas”, no campo social e econômico, bem como a proteção aos seus “bens materiais e imateriais, inclusive a *preservação* de sua identidade étnica e cultural”, sem prejuízo de outros direitos instituídos em lei (art. 10).

Em 19 de maio tal dispositivo foi objeto da Emenda Substitutiva n.º 42 (Apêndice D, quadro V) de autoria do Deputado Nilson Gibson (PMDB/PE), que propunha que a proteção especial a ser assegurada pela União tivesse por objetivo “o desenvolvimento das comunidades indígenas, bem como a sua harmoniosa integração à sociedade nacional, respeitando suas culturas e tradições”. A Emenda, contudo, foi rejeitada, tendo em vista que “o propósito do anteprojeto” não seria “promover a integração dos índios à comunhão nacional e sim preservá-los física e culturalmente”(grifamos).

⁴¹⁷ cf. GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 8**. Brasília : Cimi, 23. abr.1987; mimeo; p.2.

⁴¹⁸ GUERRA, Deputado Alceni. **Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Anteprojeto. Relatório**. Brasília : Assembléia Nacional Constituinte: Comissão da Ordem Social:Centro Gráfico do Senado Federal. Avulso,1987; pp. 3-4.

A redação final do **Anteprojeto da Subcomissão das Populações Indígenas** (Apêndice D, quadro VI) acabou contemplando em relação aos direitos indígenas o gozo de direitos especiais (art. 10), a competência da União Federal no sentido de proteger as terras, instituições, pessoas, bens e saúde dos índios, e de garantir a sua educação (§ 1.º); que esta seria ministrada sem propósitos integracionistas, fazendo-se uso, no nível básico, das línguas materna e portuguesa, de modo a assegurar “a *preservação* da identidade étnica e cultural” indígena (§ 2.º).

O Anteprojeto determinava também o reconhecimento das formas próprias de organização social, usos, costumes, línguas, e tradições indígenas, bem como de seus direitos originários sobre as terras que ocupam (§ 3.º) e que o órgão da administração federal encarregado da execução da política indigenista fosse subordinado a um Conselho de representantes indígenas (art. 11).⁴¹⁹

Prevvia também a legitimidade processual ativa aos “índios, suas comunidades e organizações” (art. 15); a *proteção* judicial e extrajudicial pelo Ministério Público à pessoa, patrimônio material e imaterial, e interesse dos índios (art. 16 e § 1.º), e a possibilidade de virem a praticar atos contratuais, cuja validade, daqueles de que lhes pudessem resultar prejuízo, era condicionada à interveniência obrigatória do Ministério Público (§ 2.º)⁴²⁰. Assim o Anteprojeto da Subcomissão “das Populações indígenas” acabava por encampar as propostas do movimento indígena e das entidades indigenistas e setores aliados, de eliminar a histórica perspectiva incorporativista, presente ao longo de toda a história da legislação indigenista do país, reconhecer a alteridade indígena através da proteção e respeito às suas especificidades étnico-culturais, e eliminar, conseqüentemente, a antiga concepção tutelar de proteção.

⁴¹⁹ Proposta semelhante à formulada em 1983 pelo Dep. Federal Mário Juruna (*vide* seção 2.2.3.3).

⁴²⁰ cf. PORANTIM, jun. 1987; pp.8-9.

Enviado à Comissão da Ordem Social, o Anteprojeto foi objeto, inicialmente, de Substitutivo do Relator, constituinte Almir Gabriel (PMDB/PA), que praticamente manteve os termos antes aprovados pela Subcomissão (Apêndice D, quadro VII). Entre os dias 1.º e 09 de junho de 1987, o Substitutivo foi alvo de diversas emendas de cunho integracionista (Apêndice D, quadro VIII). A previsão de que se deveria buscar “o desenvolvimento das comunidades indígenas, bem como a sua harmoniosa integração à sociedade nacional”, constou de emendas apresentadas pelos Constituintes José Lourenço (PFL/BA – Em. n.º 157/87) e Bosco França (PMDB/SE – Em. n.º 1129/87). Também os Deputados Oswaldo Almeida (PL/RJ) e Lourival Batista (PFL/SE) apresentaram emendas (ns.º 426/87 e 1442/87) prevendo a integração dos índios. Todas, porém, foram rejeitadas, em razão de que o objetivo do Anteprojeto seria garantir a *preservação* da identidade étnica e cultural dos índios, e não a sua integração compulsória à sociedade envolvente. Também no mesmo espírito integracionista os constituintes Oswaldo Almeida e Lourival Batista apresentaram emendas (ns.º 419/87; 426/87 e 1446/87) distintivas entre “índios” e “silvícolas”, igualmente rejeitadas sob o argumento de que o direito assegurado a um deles deveria ser extensivo ao outro, devendo ambos serem protegidos indistintamente. Apresentaram também emendas (ns.º 425/87 e 1441/87) visando a exclusão da aplicabilidade da *proteção* constitucional aos índios com elevado “estágio de aculturação”, ambas rejeitadas por entender a Comissão que não se deveria estabelecer conceitos ou situações que fizessem com que os índios se afastassem dos seus valores materiais e espirituais. O Constituinte Oswaldo Almeida apresentou também emenda (n.º 421/87) retirando dos índios, suas comunidades e organizações, a legitimidade processual ativa, devendo ser “representados pelo Órgão da Administração ou por ele assistidos” na defesa judicial de seus direitos e interesses, ou seja, civilmente tutelados. Rejeitando a Emenda, o Relator da Comissão de Ordem Social argumentou que

deixar a cargo do Órgão da Administração Federal a faculdade para ingressar em juízo em defesa dos interesses indígenas, como representante dessas pessoas, de suas comunidades e organizações, será praticamente a

manutenção da situação atual, e as populações indígenas do País, inquestionavelmente, permaneceriam sem os direitos que a nova Constituição pretende assegurar-lhes. (Grifamos)

A **redação final do Anteprojeto da Comissão da Ordem Social** (Apêndice D, quadro IX) foi enfim apresentada à Comissão de Sistematização, em 15 de junho de 1987, contendo, entre outras propostas, o reconhecimento do *caráter pluriétnico* da sociedade brasileira e das formas próprias de organização das “nações indígenas” (art. 1.º); um capítulo específico dedicado aos Negros, Minorias e Populações Indígenas, onde a educação, ao invés de se destinar à homogeneização étnico-cultural, afirmasse “as características multiculturais e pluriétnicas do povo brasileiro” (art. 88); o reconhecimento, aos índios, dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, bem como a sua “organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições” (art. 100); a *proteção*, pela União Federal, de suas terras, instituições, pessoas, bens e saúde, bem como oferta de ensino educacional (§ 1.º), que deveria ser ministrado, “no nível básico, na língua materna e na portuguesa, assegurada a *preservação* da identidade étnica e cultural das populações indígenas” (§ 2.º); a garantia da participação indígena na formulação das diretrizes da política indigenista, através do assento em um Conselho Deliberativo, composto paritariamente por representantes das populações indígenas, da União e da sociedade, que vincularia as ações do órgão da administração federal executor de tal política (§ 3.º). Mantinha também a proposta de legitimidade processual ativa dos índios, suas comunidades e organizações (art. 104)⁴²¹. A Comissão da Ordem Social mantinha, então, as propostas aprovadas na etapa anterior, de novos parâmetros de relacionamento com os povos indígenas, fundados não mais na perspectiva de sua transitoriedade, incorporação, e proteção tutelar, mas na ótica da proteção e respeito às suas especificidades étnicas, culturais e políticas.

No início de julho (1987), o Relator da Comissão de Sistematização, Dep. Bernardo Cabral (PMDB-AM) concluía o **primeiro Anteprojeto da Comissão de Sistematização**

⁴²¹ cf. GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 15**. Brasília : Cimi, 18.jun.1987, mimeo; pp.4-5.

(Apêndice D, quadro X), mantendo as formulações enviadas pelas Comissões temáticas, e abrindo prazo para a apresentação de emendas. O Anteprojeto propunha às “nações indígenas” o emprego de suas línguas maternas e processos de aprendizagem em qualquer nível de ensino (art. 380); um capítulo específico denominado “Do Índio”, no qual reconhecia “aos índios seus direitos originários sobre as terras que ocupam, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições” (art. 431); o ensino bilíngüe na educação básica, e a “*preservação* da identidade étnica e cultural das populações indígenas” (§ 2.º); a participação indígena no Conselho Deliberativo vinculante das ações da política indigenista a cargo de órgão da administração federal (§ 3.º), e a legitimidade processual ativa dos índios, suas comunidades e organizações (art. 435). Além disso, reconhecia a formação multicultural e pluriétnica do povo brasileiro, a ser respeitada no ensino da história do Brasil (art. 496)⁴²². Também aqui, o Anteprojeto logo seria objeto de emendas visando manter o paradigma incorporativista (Apêndice D, quadro XI).⁴²³

Concluídas as votações ficava pronto, por volta de 12 de julho, o **Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização** (Apêndice D, quadro XII), a ser enviado ao primeiro turno de votações no Plenário. Relativamente à questão indígena, o Projeto manteve praticamente sem alterações, os termos anteriormente do Primeiro Anteprojeto: bilingüismo e processos próprios de aprendizagem no ensino em qualquer nível (art. 375); um capítulo específico intitulado “Dos Índios” reconhecendo os direitos territoriais originários, a organização social própria, usos, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas (art. 424, *caput*), competência da União na *proteção* das suas terras, instituições, pessoas, bens, saúde e educação (§1.º), garantia da *preservação* da identidade étnica e cultural no sistema

⁴²² cf. GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 16**. Brasília : Cimi, 03.jul.1987, mimeo; p.3.

⁴²³ Como aquelas visando a “integração dos índios à comunhão nacional”, apresentadas pelos Constituintes Mozarildo Cavalcanti (PFL/RR – Ems. n.º 417/87 e 457/87) e Oswaldo Almeida (Ems. n.º 2547/87 e 2693/87). Mas também sem sucesso, pois, dizia a Comissão, “o objetivo a ser atingido é aquele de *preservar* as populações indígenas étnica e culturalmente, e não o de integração”. Proposta distintiva entre “índios” e “silvícolas” também foi novamente apresentada, pelo Constituinte Oswaldo Almeida (Em. n.º 2551/87), e igualmente rejeitada.

educacional (§2.º), direito de participação indígena na formulação da política indigenista (§ 3.º), e legitimidade processual ativa dos índios, suas comunidades e organizações (art. 428)⁴²⁴. Aí, novas emendas integracionistas foram apresentadas, com o mesmo insucesso anterior.⁴²⁵

Contudo, emenda (n.º19298/87) do Dep. Carlos Cardinal (PDT/RS), prevendo o reconhecimento dos “direitos culturais próprios dos povos indígenas e o acesso pleno à participação na vida do País” foi também rejeitada, sob o argumento de que o direito dos índios “à plena cidadania” seria “assunto ainda prematuro”, devido ao seu “estágio de aculturação”. Num futuro próximo, dizia a Comissão, ocorreria o desejado “acesso à plena integração do índio na vida sócio-econômica do País”. Apesar do ranço integracionista presente nos pareceres do Relator Bernardo Cabral às emendas mencionadas, o Projeto da Comissão de Sistematização mantinha as propostas relativas aos direitos indígenas, aprovados nas etapas anteriores de discussão na ANC. Até então as propostas, avançadas e inovadoras encontravam um clima político suficientemente favorável à sua aprovação.

A situação, contudo, mudaria sensivelmente a partir da deflagração, em 09 de agosto, da campanha veiculada pelo jornal **O Estado de São Paulo**, contra o Conselho Indigenista Missionário – Cimi, que se sucedeu a partir da matéria intitulada “Os Índios na nova Constituição – a conspiração contra o Brasil”.⁴²⁶ Através da campanha do “Estadão”, logo

⁴²⁴ cf. GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 18**. Brasília : Cimi, 13-14.jul.1987; mimeo; p.3.

⁴²⁵ Foram as emendas (ns.º 11519/87 e 14312/87) dos Constituintes Oswaldo Almeida e Olavo Pires (PMDB/RO), de “integração dos índios à comunhão nacional”, dos constituintes Rubem Branquinho (PMDB/AC), José Fernandes (PDT/AM), Joaquim Francisco (PFL/PE), e Oswaldo Almeida (Ems. ns.º 8339/87, 9855/87, 14052/87 e 11517/87, respectivamente) visando excluir da *proteção* constitucional os indígenas em elevado “estágio de aculturação” (parcialmente aprovadas, sob o argumento de que, embora se tratasse de tema complexo, a medida poderia desestimular a saída dos índios “do âmbito da vida de sua tribo” para “integrar-se na alienada vida urbana de nossos dias”. Proposta de distinção entre “índios” e “silvícolas” foi novamente apresentada (Em.n.º 11518/87) pelo Dep. Oswaldo Almeida, e igualmente rejeitada, assim como a emenda do Dep. Siqueira Campos (PDC/GO, n.º 19394/87) pela manutenção da tutela (Apêndice D, quadro XIII).

⁴²⁶ A série de matérias de página inteira, acompanhadas sempre de editoriais, sucederam-se por 15 dias ininterruptos. “Em síntese, o jornal acusava o Cimi de atuar subordinado a um Conselho Mundial de Igrejas Cristãs, coordenador de uma conspiração internacional que objetivaria ‘impor’ ao Brasil um tal ‘conceito de soberania restrita’ sobre as terras indígenas para, assim, lançar as bases para a internacionalização da Amazônia e restringir a participação brasileira no mercado internacional de minérios” (KRAUTLER, Erwin. “Introdução”. In: CNBB - CIMI. **A Verdadeira Conspiração contra os Povos Indígenas, a Igreja e o Brasil**. Brasília : CNBB : CIMI, 1987, 2.º edição; p.7). Por trás da campanha do Estadão, o Cimi identificava as mineradoras privadas que, contrariadas com a proposta de vedação da exploração mineral em terras indígenas, procurava

reproduzida pelos demais veículos de imprensa em todo o país, o clima político no interior da ANC, antes favorável à sustentação de uma perspectiva avançada em torno dos direitos indígenas, logo tendeu ao retrocesso. Em meio ao clima hostil alimentado pelas manchetes do “Estadão”, eram apresentadas, à Comissão de Sistematização, as Emendas Populares relativas à questão indígena. Protocolada em 11 de agosto, e subscrita por 44.171 eleitores, a Proposta de Emenda Popular (n.º 39) ao Projeto de Constituição patrocinada pelo Cimi, Anai/RS, MJDH-RS, e a Opan (MT), dispunha, seguindo a linha antes apresentada à Subcomissão de Nacionalidade, sobre as “Nações Indígenas”⁴²⁷ (Apêndice D, quadro XIV). Ali o Brasil era definido como uma “República Federativa e plurinacional” (art. 1.º), sendo os índios reconhecidos como possuidores de “nacionalidades próprias, distintas entre si e da nacionalidade brasileira, sem prejuízo de sua cidadania” (art. 2.º, § único). A proposta também declarava as Nações Indígenas como pessoas jurídicas de direito público interno (art. 3.º); reconhecia seus direitos territoriais como originários, e a existência de suas próprias formas de organização social, usos, costumes, tradições, línguas, “e autonomia na gestão dos bens e negócios que lhes dizem respeito” (art. 4.º); incumbia à União Federal a *proteção* a estas terras, instituições, pessoas, bens, saúde e educação (parágrafo único); garantia às Nações Indígenas e seus membros o uso oficial de suas línguas nos municípios limítrofes, no órgão indigenista federal, perante o Poder Judiciário e o Congresso Nacional (art. 5.º), bem como a escolarização de seus membros em língua portuguesa e em suas línguas maternas (art. 6.º); conferia a tais Nações e suas organizações a legitimidade processual ativa (art. 10); incumbia ao Ministério Público Federal a *proteção* judicial e extrajudicial à pessoa dos indígenas, bem como ao patrimônio material e imaterial de suas Nações (art. 10, § 3.º), e

desmoralizar politicamente o trabalho indigenista da Igreja Católica a fim de desqualificar as propostas relativas aos direitos indígenas na Constituinte, e, assim, obter o apoio da ANC à possibilidade de exploração mineral em terras indígenas.

⁴²⁷ Vide Anexo B – DOC. 7.

subordinava a um “conselho de representações indígenas” o órgão da administração federal encarregado da coordenação da execução da política indigenista (art. 11).

Em sua justificativa, as entidades proponentes da Emenda informavam que a proposta espelhava anseios que vinham sendo externados pelos indígenas, não só no Brasil mas nos demais países da América Latina, de que as lentes etnocêntricas através das quais eram historicamente vistos pelo Estado, fossem enfim superadas, expurgando-se de seus objetivos o paradigma incorporativista, e substituindo-o pelo respeito à alteridade indígena. Os autores da Emenda viam então como “a melhor fórmula jurídica” para garantir tal objetivo, o reconhecimento constitucional das Nações indígenas, cujos membros possuiriam “nacionalidade própria, sendo todos, porém, cidadãos brasileiros”. Enfatizavam, porém, que as garantias territoriais daí decorrentes, inclusive ao subsolo, “e o pleno exercício de sua cidadania” não importariam em ameaças à integridade física ou à soberania política do Estado Brasileiro, “ao qual nacionais não-indígenas e indígenas igualmente se submetem”. Concluía então que deveriam ser incluídos no Texto Constitucional, “mecanismos eficientes de defesa destes direitos”, e de “participação das Nações Indígenas em todas as instituições e instâncias onde se tomem decisões que as afetem”. (Apêndice D, quadro XIV).

Dois dias depois (13/08), era apresentada a Proposta de Emenda Popular (n.º40) encabeçada pela UNI⁴²⁸, que dispunha sobre as “Populações Indígenas” (Apêndice D, quadro XV). Com 43.057 subscrições, a Emenda seguia em linhas gerais a proposta apresentada à Subcomissão de Populações Indígenas pelo Dep. José Carlos Sabóia (PMDB-MA). Diferentemente da proposta de Emenda Popular encabeçada pelo Cimi, a proposta da UNI reconhecia a *sociedade brasileira*, e não o Estado, como pluriétnica (art. 1.º). No mais,

⁴²⁸ A Emenda contava com o apoio das seguintes instituições: Associação Brasileira de Antropologia – ABA, Confederação Nacional dos Geólogos – Conage; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, Associação Nacional de Apoio ao Índio – Bahia – ANAI-BA, Comissão pela Criação do Parque Yanomami – CCPY, Centro de Documentação e Pesquisa do Alto Solimões, Centro Ecumênico de Documentação e Informação – Cedi, Confederação Israelita do Brasil, Comissão Pró-Índio do Acre – CPI-AC, Comissão Pró-Índio de São Paulo – CPI-SP, Centro de Trabalho Indigenista – CTI, Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil – IECLB, Igreja Metodista, Instituto de Estudos Sócio-Econômicos, Igreja Presbiteriana Unida, Projeto Kaiowá-Ñandeva – PKN, e Sindicato dos Engenheiros no Estado de São Paulo (Anexo B – DOC. 8)

garantia aos índios o gozo de direitos especiais sem prejuízo de outros (art. 2.º); reconhecia-lhes sua organização social, usos, costumes, línguas, tradições e direitos originários sobre as terras que ocupavam (§ 1.º); incumbia à União a *proteção* às suas terras, instituições, pessoas, bens, saúde e educação (§ 2.º); garantia a suas comunidades e organizações a legitimidade processual ativa (art. 6.º); atribuía ao M. Público a defesa judicial e extra-judicial (art. 7.º) de sua pessoa, patrimônio material e imaterial e interesses (§ 1.º); e condicionava a validade das relações contratuais potencialmente causadoras de prejuízo aos direitos indígenas, à interveniência obrigatória do Ministério Público (§ 2.º). (Apêndice D, quadro XV).

Em 26 de agosto os primeiros efeitos concretos da campanha do “Estadão” se faziam sentir, na apresentação do **1.º Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização** (Apêndice D, quadro XVI), Dep. Bernardo Cabral (PMDB/AM). O Substitutivo reconhecia a “formação multicultural e pluriétnica do povo brasileiro” (art. 37 das Disposições Transitórias, grifamos), determinando a reformulação dos conteúdos do ensino da história do Brasil, a fim “de contemplar com igualdade a contribuição das diferentes etnias”, e no Capítulo VIII (“Dos Índios”) do Título IX (“Da Ordem Social”), reconhecia a organização social, usos, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas como bens a serem protegidos pelo Estado através da União Federal (art. 302). Entretanto, limitava o reconhecimento dos direitos originários às terras indígenas apenas aos casos de “posse imemorial”, e onde os índios se achassem “permanentemente localizados” – proposta denunciada como excludente de grande parte dos povos indígenas, já deslocados de suas terras “imemorais” devido às expedições de “descimento” (*vide* seção 2.1.2) e à constante fuga de caçadores de escravos, expedições punitivas, doenças contagiosas, ou do simples contato com o “homem branco”, em seu avanço sobre as terras indígenas.

Além disso, embora conferisse legitimidade processual ativa aos índios, suas comunidades e organizações (art. 304), o Substitutivo condicionava a validade dos atos relativos aos interesses das comunidades indígenas à “participação obrigatória” do órgão

indigenista federal (art. 302, § 1.º). Restaurava assim a proposta de manutenção do regime tutelar rejeitada tanto na Subcomissão das Populações Indígenas, quanto na Comissão da Ordem Social, e já superada nas propostas de Emenda Popular encabeçadas pela UNI e pelo Cimi. Como não bastasse, propunha também manter o velho evolucionismo incorporativista ao excluir explicitamente da proteção constitucional especial os índios tidos como portadores de “elevado estágio de aculturação”, que mantivessem “uma convivência constante com a sociedade nacional” e que não habitassem terras indígenas (art. 305)⁴²⁹.

Com tais propostas, o Substitutivo causava impacto negativo no movimento indígena e setores aliados. Como descrevia à época o então Presidente do Cimi, e bispo do Xingu, “a questão indígena, que até então caminhava muito bem, mostrando avanços concretos em relação à atual legislação, passou a retroceder”⁴³⁰. Dois dias após a divulgação do Substitutivo, D. Erwin KRAUTLER anunciava em coletiva de imprensa na sede da CNBB, a avaliação da entidade de que o Substitutivo

ignorou e subverteu os debates e princípios que orientaram a redação dos dispositivos sobre os direitos indígenas na Subcomissão (...), e na Comissão de Ordem Social. Fez-se tábula rasa das decisões aprovadas pelo voto da imensa maioria dos membros da Subcomissão e Comissão. (...) No Substitutivo, o índio é aprioristicamente tratado como uma espécie em extinção.⁴³¹

Os desgastes sofridos pelos defensores dos direitos indígenas no cenário constituinte potencializaram-se ainda mais com a instalação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI, destinada a apurar as acusações do Estadão contra o Cimi (Resol. n.º 3/87-CN).⁴³²

⁴²⁹ cf. GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 21**. Brasília : Cimi, 31. ago.1987; mimeo; p.2.

⁴³⁰ KRAUTLER, Erwin. **A Verdadeira Conspiração ... Op. Cit.**; p.9.

⁴³¹ cf. GAIGER, Júlio M.G. **Informe Constituinte n.º 21**. *Op. Cit.*, p.1.

⁴³² Denominada “Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar denúncias que vêm sendo formuladas pelo Jornal ‘O Estado de São Paulo’ referentes a uma conspiração internacional envolvendo restrições à soberania nacional sobre a região amazônica”, a CPMI – aqui designada “CPI do Cimi/Estadão” –, teve como presidente o Dep. Roberto Cardoso Alves (PMDB-SP), e relator o Sen. Ronan Tito (PMDB-MG). Comprovada pericialmente a falsidade dos documentos apresentados pelo Estadão contra o Cimi, o Senador concluiu “não terem fundamento as denúncias que objetivaram a criação da CPMI”. Tentou por duas vezes (7 e 22 de outubro) submeter o relatório conclusivo à votação, porém manobras protelatórias do deputado Ricardo Fiúza (PFL-PE) e do Presidente da Comissão impediram que tal ocorresse antes da votação do capítulo sobre os índios na Comissão de Sistematização da Constituinte (cf. CNBB - Cimi, **A Verdadeira Conspiração... Op. Cit.**, e TITO, Senador Ronan. **Relatório da “Comissão Parlamentar Mista de Inquérito”**, destinada a apurar

Bastante exemplificativa da concepção integracionista marcada por um discurso xenófobo, que transformou em caso de segurança nacional a discussão relativa ao tema do reconhecimento das nacionalidades indígenas foi a fala do Senador OLAVO PIRES (PMDB-RO) numa das Seções da CPMI, conforme consta na gravação da fita de áudio da mesma seção, que obtivemos no Setor de Documentação do Cimi. Dizia o Senador:

...os índios que eu conheço andam todos vestidos de calça Lee, gostam de TV a cores, usam relógio digital da zona franca. Então os índios gostam do que é bom. Eles querem se desenvolver e tanto é que a proposta do Cimi para a constituinte partiu do pressuposto básico de que os índios pertencem a uma outra nacionalidade. (...) Todos nós sabemos quais são os interesses que estão por trás de tudo isto. E esse pessoal do Cimi e esses grupos estrangeiros não estão querendo defender os índios, não, muito pelo contrário. (...) O art. 1.º diz o seguinte: ‘O Brasil é uma república federativa e plurinacional.’ Todos nós sabemos que essa tese fere os interesses brasileiros. (...) No Brasil nenhum direito deve sobrepor-se ao direito do povo brasileiro: ele é composto da miscigenação das 3 raças.⁴³³ (Grifamos)

Ao mesmo tempo, nos primeiros dias de setembro, eram apresentadas ao Substitutivo, emendas que pretendiam aprofundar mais ainda a manutenção do paradigma incorporativista e a restrição da capacidade civil indígena (Apêndice D, quadro XVII). O Dep. Max Rosemann (PMDB/RR, Em. n.º 27270/87), defendia que a organização social, usos, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas só fossem reconhecidos no que não conflitassem com o ordenamento jurídico nacional. Em seu parecer à emenda o relator considerou que o dispositivo emendado (art. 302) não mereceria reparos dado que o reconhecimento às especificidades sócio-culturais indígenas não conflitaria com o ordenamento jurídico nacional, nem teria o poder de atribuir às populações indígenas “tratamento de agrupamento social diverso da nação” brasileira. Para o relator, “ao índio é deferido, sim, tratamento de não emancipado exceto para aquele com elevado estágio de aculturação que não habite terras indígenas”, havendo então necessidade de proteção especial por parte do legislador a estas

denúncias que vêm sendo formuladas pelo Jornal “O Estado de São Paulo”, referentes a uma conspiração internacional envolvendo restrições à soberania nacional sobre a região amazônica”. Brasília : Senado Federal, 1987; p.6).

⁴³³ BRASIL – CPMI. Senado Federal, Subsecretaria de Taquigrafia. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito** destinada a apurar denúncias que vêm sendo formuladas pelo Jornal “O Estado de São Paulo”, referentes a uma conspiração internacional envolvendo restrições à soberania nacional sobre a região amazônica; p.43. [Cimi – Biblioteca do Centro de Formação Vicente Cañas (n.º de chamada “622 C733c”)]

“populações não-emancipadas”, especialmente “na defesa e proteção das riquezas minerais porventura existentes em suas terras, contra a voraz cobiça de grupos nacionais e internacionais”. (Grifamos)

Ao mesmo tempo, o Dep. Farabulini Jr. (PTB/SP, Em. n.º 28376/87), propunha simplesmente a supressão da *proteção* da União aos bens indígenas. Ao rejeitar a proposta, argumentou o relator:

O estágio de aculturação do índio brasileiro ainda não permite sua emancipação. É tema que, reconhecemos, deve merecer intenso debate no futuro. No art. 305 já estamos sugerindo tratamento diferenciado aos índios com elevado estágio de aculturação e que não habitem em terras indígenas. Por outro lado, as terras indígenas são bens inalienáveis e imprescritíveis da União, razão pela qual deve caber a ela a proteção desses bens. (Grifamos)

O Dep. Áureo Mello (PMDB/AM, Em. n.º 28637/87), pretendia que o “órgão competente” estabelecesse os critérios definidores dos índios como “aculturados” para fins de autorização de exploração mineral e energética em suas terras.⁴³⁴ Emendas dos Constituintes Evaldo Gonçalves (PFL-PB – n.º 21761-5/87), Francisco Dornelles (PFL, n.º 26089-8/87) e Christovam Chiaradia (PFL-MG, n.º 26273-4/87) ao § 1.º do art. 302 do Substitutivo, defendiam que os atos que envolvessem interesses das comunidades indígenas tivessem “participação obrigatória de órgão federal próprio e do Ministério Público, sob pena de nulidade”. A interveniência obrigatória do órgão federal indigenista, segundo os parlamentares, visaria impedir lesões aos interesses de tais comunidades, atendendo “aos pressupostos de tutela integral dos direitos dos índios”, resolvendo “de forma mais eficiente e concreta possível, a difícil questão da tutela dos direitos dos índios e da inevitável exploração das riquezas minerais nas terras que ocupam, conforme o interesse nacional”. Outros constituintes, como o Dep. José Egreja (PTB), Nilson Gibson e José Lins (PFL), apontavam uma suposta redundância na interveniência do Ministério Público, defendendo então a tutela como atribuição exclusiva do órgão indigenista. Em sua justificativa, indagava o Dep. José Egreja (Emenda n.º 31391-6/87): “porque a interferência do Ministério Público, se já se provê

⁴³⁴ A emenda foi igualmente rejeitada por estar “em grande parte atendida” no Substitutivo.

a participação do órgão competente?”. Para o Dep. Gibson (Em. n.º 22463-8/87),

no relacionamento dos índios com a sociedade, intervêm os órgãos próprios da Administração Federal. E, nos conflitos postos sub-júdice, são eles representados obrigatoriamente pelo Ministério Público, uma vez que, como menores, os índios não possuem capacidade civil. (Grifamos)

No mesmo sentido, o Dep. José Lins (Emenda n.º 34502-8/87) argumentava:

Nas questões judiciais de interesse dos índios, é automática e obrigatória a intervenção do Ministério Público, desde que, civilmente incapazes e criminalmente inimputáveis, não têm eles capacidade postulatória. Não há pois necessidade alguma de agregar o que já está automaticamente agregado às garantias dos direitos indígenas, salvo em prejuízo da clareza que deve existir no texto constitucional. (Grifamos)

Interessante observar que embora se tratasse de elaboração de um novo Texto Constitucional, os argumentos lançados pelos parlamentares prendiam-se a normas positivadas infra-constitucionalmente. Usava-se então a norma infra-constitucional como justificativa para o não avanço das discussões no plano do constituinte originário.

Enquanto isso, para os constituintes Mário Assad (PFL) e Prisco Viana (PMDB) (Em.s ns.º 24666-6/87 e 24348-9/87), se admitiria capacidade civil às comunidades indígenas, mas desde que assistidas pelo órgão indigenista, sob pena de nulidade, ou seja, praticamente o mesmo que o já disposto na lei indigenista vigente. O Dep. Prisco Viana perguntava, “para que dois órgãos federais a tutelar o índio ?” e concluía pela “necessidade de incluir a intervenção do índio nos atos que lhe dizem respeito, ao invés do Ministério Público”. Mais extremado, o Dep. Farabulini Júnior (Em. n.º 24189-3/87), que já propunha eliminar a *proteção* da União Federal às especificidades étnico-culturais indígenas, visava desta vez nada menos que a supressão de qualquer tutela aos atos da vida civil, dizendo pretender “dar aos índios liberdade”. Para o constituinte, seria preciso “ver o índio como se vê qualquer brasileiro nato e aí sim estabelecer seus direitos e obrigações. Já é tempo de se dar ao índio o direito de ir e vir e mais plena capacidade jurídica”. (Grifamos)

Quanto à legitimidade processual ativa dos índios e suas comunidades, sua previsão no Substitutivo recebeu emendas supressivas dos constituintes José Egreja (Em. n.º 31393-2/87)

e Arnaldo Prieto (PTB, Em. n.º 24351-9/87). Para o Dep. Igreja, não haveria “como reconhecer aos índios, que não têm responsabilidade social definida, pleitear, em juízo, direitos sociais próprios” (grifamos). Já o Dep. Prieto argumentava que os índios

Ou são populações que necessitam de garantias sociais especiais, a requerer inclusive assistência jurídica de órgão federal específico e do Ministério Público, como o faz o Substitutivo, ou são populações capazes de se defender a si próprias, em igualdade de condições com os demais segmentos étnicos da nacionalidade brasileira, dispensada qualquer tutela, inclusive a jurídica. (Grifamos)

Entendendo que o Substitutivo havia adotado a primeira opção, concluía o autor da emenda supressiva que seria contraditória a admissão, aos índios, de legitimidade processual ativa. Ademais, dizia, tal legitimidade seria desnecessária, pois:

as populações indígenas, à medida que ganharem uma situação social de autonomia e de plena maturidade, e dispensarem as garantias especiais que hoje lhe são atribuídas, passarão, independentemente de norma explícita da Constituição, a ser partes legítimas para ingressar em juízo na defesa de seus interesses e direitos. (Grifamos)

Ainda a respeito de tal discussão, os constituintes Nilson Gibson (Em. n.º 224646-6/87) e Marcondes Gadelha (PFL-PB, Em. n.º 22246/87), propunham não suprimir, mas modificar a redação do art. 304 do 1.º Substitutivo, para determinar que a legitimidade processual ativa das comunidades indígenas dependesse de “representação de órgãos federais próprios”, ou “responsáveis pela execução de sua tutela” (Apêndice D, quadros XVII e XVIII). Em sua justificativa, argumentava o Dep. Gibson que assim se evitaria que o texto constitucional viesse a consagrar “verdadeira aberração jurídica”, pois “sendo os índios civilmente incapazes”, não poderiam “gozar dos direitos de postulação judicial, salvo por representação”. (Apêndice D, quadro XVIII, grifamos)

Propostas que comungavam da concepção da alteridade étnica e da capacidade indígena, contudo, foram também apresentadas ao 1.º Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização (Apêndice D, quadro XVIII). Assim, por exemplo, as emendas ns.º 33992-3/87 e 31888-8/87 apresentadas respectivamente pelos constituintes José Carlos Sabóia e outros (PMDB) e Plínio de Arruda Sampaio (PT), visavam modificar o § 1.º do art. 277 do

Substitutivo para garantir às comunidades indígenas, nos sistemas de ensino, “o emprego de suas línguas em processos próprios de aprendizagem” a serem desenvolvidos “de acordo com os usos, costumes e tradições da cultura da respectiva comunidade”. Em sua justificativa, o Dep. Sabóia expressava o entendimento de que não haveria, no Brasil, “apenas uma única língua nacional”, devendo ser considerados “os idiomas praticados pelas mais de 170 nações indígenas, de cuja brasilidade a ninguém é lícito duvidar” (grifamos).

Ao mesmo tempo, as Emendas ns.º 33020-9/87 e 33985/87, dos constituintes José Carlos Sabóia e outros e Severo Gomes e outros (PMDB), procuravam modificar o § 1.º do art. 302 do Substitutivo para substituir a antiga concepção de *proteção* tutelar aos atos da vida civil ali prevista, para atribuição à União Federal da competência quanto à “*proteção* das terras, instituições, pessoas, bens e saúde dos índios”, e promoção de sua educação, compreendidos como tais bens protegíveis os “direitos originários sobre as terras que ocupam, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições”. Em ambas as emendas, justificavam os constituintes a necessidade de se evitar que os índios fossem “considerados absolutamente incapazes”, o que estaria previsto no Substitutivo na medida em que condicionava “a validade dos atos por eles praticados à participação da agência indigenista federal e do Ministério Público, sob pena de NULIDADE”. Os autores das emendas consideravam ser da maior gravidade tal proposta, sobretudo diante do seu art. 14, inc.II, que previa “a perda dos direitos políticos pelos absolutamente incapazes”, o que poderia implicar “que a cidadania dos índios” fosse “retirada pela carta política brasileira”.

Também o polêmico dispositivo do 1.º Substitutivo, que excluía da *proteção* indigenista especial os índios portadores de um suposto “grau de aculturação” elevado, foi objeto de emendas, tanto supressivas quanto modificativas (Apêndice D, quadro XVIII). As emendas supressivas ao dispositivo foram apresentadas pelos constituintes José Carlos Sabóia (Em. n.º 33987-7/87), Plínio de Arruda Sampaio e outros (Em. n.º 31890-0/87), Haroldo Lima e outros (PcdoB, Em. n.º 27672-7/87), M. de Lourdes Abadia (PFL-DF, Em. n.º 30716-

9/87), e Sigmaringa Seixas (PMDB-DF, Em. n.º 33530-8/87). O Dep. Sabóia apontava o critério da “aculturação” como “de índole colonialista e ultrapassada”. O Dep. Haroldo Lima defendia que “mesmo os índios com elevado índice de aculturação” deveriam ter “preservados os seus direitos, na condição de etnias distintas e com identidade cultural própria”. Para a Dep. Abadia, o dispositivo deveria ser suprimido por ser “de extrema complexidade para julgamento da questão”. Já o Dep. Sigmaringa Seixas via no dispositivo a ser suprimido uma “orientação que fixa a perspectiva assimilacionista dos índios à sociedade brasileira”, o que seria uma “base de relacionamento” já “superada, bem como condenada pela ciência antropológica”.

Emendas modificativas ao texto do Substitutivo foram apresentadas pelos constituintes Tadeu França (PMDB-PR, n.º 28795-8/87), e Rose de Freitas (PMDB, n.º 33734-3/87). Para o primeiro, o “grau de aculturação”, como critério condicionante da *proteção* especial, deveria ser substituído pelo critério da “autodeterminação”, ou seja, a aplicabilidade da *proteção* especial dependeria do definido “pelas próprias comunidades indígenas”. Ao justificar sua emenda, explicou o constituinte que “as comunidades indígenas da atualidade são lúcidas”, não havendo “ninguém melhor que os próprios índios para definir a destinação dos direitos que lhes são reconhecidos constitucionalmente”.

Já a Dep. Rose de Freitas eliminava o critério da aculturação para condicionar a *proteção* indigenista constitucional à manutenção dos “vínculos culturais” dos índios “com sua comunidade de origem”. A parlamentar justificava sua emenda sob o argumento da inviabilidade da integração forçada do índios à comunidade nacional brasileira. A integração, dizia, “não pode ser imposta, e só deve ocorrer de um modo que RESPEITE A CULTURA DE CADA NAÇÃO INDÍGENA” (Grifos no original).

Apesar dos protestos do movimento indígena e das entidades indigenistas, o Relator manteve em seu **2.º Substitutivo** (Apêndice D, quadro XIX), apresentado em 18 de setembro, as mesmas propostas relativas aos índios no Substitutivo anterior⁴³⁵.

Posteriormente, o **Projeto de Constituição “A” da Comissão de Sistematização** (Apêndice D, quadro XX), também conhecido como Terceiro Substitutivo do Relator, manteve no Capítulo “Dos Índios” o mesmo texto produzido desde o 1.º Substitutivo, como a exigência de participação obrigatória de órgão indigenista federal como condição de validade dos atos relativos aos direitos indígenas (art. 268, §1.º), e a inaplicabilidade daqueles direitos aos índios “com elevado estágio de aculturação”(art. 271) (Brasil – ANC,1988:111)⁴³⁶. O art. 271 foi objeto de emenda supressiva apresentada pelo Constituinte Fabio Feldmann (PMDB/SP), aprovada sob o argumento de que

a aplicação do artigo 271 defronta-se com o obstáculo de definir com precisão suficiente o significado da expressão ‘índios com elevado estágio de aculturação.’ Além disso, concordamos igualmente que os direitos especiais garantidos aos índios são imanentes à sua condição de portadores de identidade cultural própria. Evidentemente, cessarão aqueles direitos no momento em que deixe de existir tal peculiaridade. (...) o artigo 271 poderia terminar dando abrigo constitucional a políticas assimilacionistas. Estudos na área das relações interétnicas têm demonstrado que políticas de assimilação forçada terminam por assumir a configuração de ameaça à existência dos grupos minoritários, os quais, diante disso, reforçam os laços que mantêm à sua identidade étnica, impondo dificuldades às relações entre as diferentes etnias. Finalmente, julgamos oportuna a referência às práticas de incorporação coercitiva de índios à sociedade envolvente, às quais o artigo 271, em que pese não ser esse o seu propósito, implicitamente viria coonestar. (Apêndice D, quadro XXI, grifamos)

Contudo, a alteração dos termos do Capítulo “Dos Índios” só foi possível com o acordo de líderes selado em 31 de maio, após intensas articulações de assessores e, como veremos no próximo seção (3.3.) a forte e persistente pressão das delegações indígenas, que resultou na Emenda-fusão substitutiva do Capítulo VIII (Dos Índios), que, submetida ao Plenário (1.º de junho de 1988), teve como resultado o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas, e do direito originário às terras

⁴³⁵ GAIGER, Júlio M.G. **Informe Constituinte n.º 24**. Brasília : Cimi, 21. set.1987, mimeo; p.3.

⁴³⁶ cf. GAIGER, Júlio M. G. 1987.

tradicionalmente (e não *imemorialmente*) ocupadas, bem como na responsabilidade da União em demarcar tais terras, proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas (art. 268); no reconhecimento da legitimidade processual ativa aos índios, suas comunidades e organizações (art. 270), e na eliminação da proposta de exclusão da *proteção* constitucional aos índios supostamente “aculturados”.⁴³⁷

Resultante do 1.º Turno de Votações em Plenário, o **Projeto de Constituição “B”** (Apêndice D, quadro XXII), entregue em 05 de julho de 1988 ao Presidente da ANC, Dep. Ulysses Guimarães, previa a consideração, no ensino da História do Brasil, da “contribuição das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro” (art. 217, parágrafo único) e, no Capítulo VIII (“Dos Índios”), o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las e proteger e fazer respeitar todos (sic) seus bens. (art. 234, *caput*). 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. (art. 235).⁴³⁸

3.3. “Vocês têm que respeitar meu povo” – A participação dos Povos e Organizações Indígenas no cenário Constituinte (1985/1988).

O anúncio da convocação da ANC pôs os povos indígenas diante da oportunidade, inédita na história do país, de levar ao debate propostas que contemplassem, na Carta em elaboração, o seu ponto de vista e anseios próprios em relação aos fundamentos do seu relacionamento com o Estado Brasileiro. Mas não só isso. Tal oportunidade gerou por sua vez, também de forma inédita, a reivindicação de se fazerem representar de modo não convencional no cenário constituinte. A questão foi discutida pela primeira vez em julho (9 a

⁴³⁷ cf. GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 36**. Brasília : Cimi, 2. jun. 1988; mimeo; pp.1-2; e **Informe Constituinte n.º 39**. Brasília : Cimi, 7. jul.1988, mimeo; pp.2-3.

⁴³⁸ **Projeto de Constituição “B”**. Brasil – ANC, 1988b:146-147.

13) de 1985, pelas lideranças indígenas reunidas pela UNI em Goiânia – GO, com apoio do Cimi.⁴³⁹ Para a maioria dos líderes, a participação na Constituinte deveria ocorrer “de forma direta, com candidatos escolhidos pelas comunidades, sem vinculação partidária”.⁴⁴⁰

A proposta de representação especial por parte dos índios na ANC foi imediatamente defendida por setores comprometidos com a causa indígena. Assim, por exemplo, o Departamento de Pesquisa e Documentação da OAB-RJ, num estudo intitulado “As Populações Indígenas e a Constituinte” (1985), defendia a adoção de meios que garantissem “a representatividade indígena em caráter especial” na ANC, com representantes eleitos “por sufrágio direto pelos próprios índios, segundo seus próprios processos políticos”, levando-se em conta a magnitude numérica da população indígena e a sua composição pluriétnica⁴⁴¹. Por sua vez o Cimi, na sua VI Assembléia Geral (28 de junho a 3 de julho de 1985) em Goiânia (GO), aprovava como tarefa imediata da entidade, o incentivo e apoio ao movimento indígena “em aliança com os movimentos populares, entidades e partidos”, a fim de pressionar o Congresso a aprovar em lei a convocação de “todos os segmentos da sociedade a participarem na elaboração da nova Constituição”.⁴⁴²

No debate em torno da questão, travado nos meios indigenistas, posições distintas podiam ser vistas. Por exemplo, em entrevista ao jornal PORANTIM, enquanto o advogado J. GAIGER, assessor jurídico do Cimi entendia ser necessário discutir a “representatividade das minorias – não só os índios” em razão de os partidos políticos não proporcionarem “um canal de representação legítimo”, o antropólogo MOREIRA NETO defendia que deveriam “participar como os outros segmentos da sociedade nacional, “mas diretamente”. Ailton

⁴³⁹ O encontro teve a participação de líderes, dos povos Sateré Mawé (AM), Yawanawá (AM), Jaminawa, Apurinã (AC), Kaxarari, Makuxi (RR), Tukano, Suruí (RO), Tikuna, Manchineri, Karipuna (RO), Guajajara (MA), Tembé (PA), Munduruku (PA), Xokó (SE), Kiriri (BA), Fulni-ô (PE), Guarani-Kaiowá (MS), Kaingang (PR, SC, RS), Terena (MS), Krenak (MG), Bororo (MT), Xavante (MT), Pareci (MT), Umutina (MT), Irantxe (MT), Bakairi (MT), Tapirapé (MT), Rikbaktsa (MT), e Apiaká (MT), além de Miguel Tankamash, líder Shuar (Equador), do Conselho Nacional de Coordenação das Nacionalidades Indígenas do Equador – Conaie.

⁴⁴⁰ cf. PORANTIM, jul./ago. 1985; pp.5-6.

⁴⁴¹ PORANTIM, jun. 1985; p.12.

⁴⁴² cf. PREZIA, Benedito. *Op. Cit.*, p.266.

Krenak da Coordenação de Publicações da UNI, defendia assentos específicos na ANC, em determinados grupos temáticos, evitando-se a via partidária que geraria “um processo de desgaste violento”. Por fim o jurista Dalmo DALLARI, entendia não ser muito importante a forma, vendo a possibilidade de participação através da própria UNI e das entidades destacadas “como verdadeiras defensoras dos índios”.⁴⁴³

Mas mesmo não existindo uma proposta única, as opiniões comungavam no sentido da inadequação do acesso à ANC pela via partidária. Assim, por exemplo, em 1982, em mesa-redonda organizada pelo PORANTIM, com o antropólogo Roberto Cardoso de OLIVEIRA e o advogado José Geraldo de SOUSA JR., o então Secretário Executivo do Cimi, Paulo SUESS, observava:

o discurso democrático é poluído por uma prática autoritária. Existe uma contradição fundamental, que é o fato desta democracia só funcionar na base de uma sólida massa eleitoral. Aqui entra o problema da marginalidade. Como os marginais, as minorias, se fazem representar nesta democracia (...) ? Outra questão está na diferença de níveis culturais. Alguém tem que se deslocar da sua aldeia para entrar nessa luta democrática em busca de votos (de uma outra classe), mas esta luta se dá em outro nível cultural. Esse alguém, o índio, tem que aprender todo o instrumental desta sociedade para se fazer ouvir de uma tribuna onde se escuta pouco. É um processo violento de integração: na verdade, de desintegração de sua cultura.⁴⁴⁴

Em nova reunião da UNI em Goiânia – GO (10 e 11 de outubro), as lideranças indígenas decidiram pela tentativa de obtenção do direito à representação direta junto à ANC. Pela proposta, a representação se faria através de 10 indígenas, dois por cada região do país, escolhidos pelas comunidades de cada região, sem serem submetidos “ao sufrágio universal e secreto e nem à forma de representação partidária”. A proposta, exposta pelo coordenador da UNI, Álvaro Tukano, no II Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, promovido em Brasília pela OAB (16 a 19 de outubro), foi acolhida pelos participantes do evento, em seu documento final⁴⁴⁵. Porém, ao ser encaminhada à Comissão de Estudos Constitucionais, a proposta indígena de representação especial na ANC foi rejeitada pelo presidente Afonso

⁴⁴³ PORANTIM, out. 1985; p. 6.

⁴⁴⁴ cf. PORANTIM, dez. 1986; p.8.

⁴⁴⁵ cf. PORANTIM, nov. 1985; p.3.

Arinos, para quem os índios deveriam ser representados na Constituinte pela Funai, “seu órgão tutor”.⁴⁴⁶

Observe-se entretanto que embora rejeitada a proposta de representação especial por parte dos índios perante a ANC teve profundo significado político. Partindo da consciência de suas identidades étnico-culturais próprias, distintas entre si e em relação aos demais elementos da “comunhão nacional”, os índios reivindicaram desde este momento uma nova forma de relacionamento com o Estado brasileiro, posto sobre novas bases jurídico-políticas, fundadas numa concepção pluriétnica e multicultural de Estado.

Diante da impossibilidade de representação direta na ANC, o movimento voltou-se para a tentativa de acesso à Câmara Federal através das candidaturas indígenas nas eleições proporcionais de 1986.

A propósito, apenas quatro anos antes havia se realizado a experiência eleitoral bem sucedida por parte do Xavante Mário Juruna, eleito Deputado Federal com 31.905 votos, pelo PDT-RJ. Eleito com a bandeira dos direitos indígenas, Juruna logo se transformaria em figura folclórica, objeto de chacota por parte da imprensa, um tipo constante em programas humorísticos. Contava também com a hostilidade da direção da Funai, a exemplo do Coronel Ivan Zanoni, chefe da Assessoria Geral de Estudos e Pesquisas do órgão, que em palestra na Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra (ADESG), teria dito ver o deputado xavante como “um macaco na loja em loja de louça. É isso: um iletrado, mal sabe escrever, fala de improviso e diz muitas barbaridades”⁴⁴⁷. Mais tarde, lembrando dos seus tempos como parlamentar, o Xavante diria:

Achei aquilo muito errado, muito injusto. (...) Achei muito violento. (...) Branco não entende que tradição de índio é uma riqueza. A câmara não reconheceu isto. Eu tive que usar terno contra minha vontade. Mas eu protestei. Chamei a atenção da Câmara pra permitir o direito do índio de falar com a sua língua. Se estrangeiro vem pro Brasil, ele vai falar sua língua. Por quê não proibir estrangeiro de falar

⁴⁴⁶ cf. PORANTIM, jul. 1986; p.6.

⁴⁴⁷ cf. PORANTIM, Ago. 1983; p.15.

a língua dele? E por quê Câmara brasileira não permitiu que eu falasse minha língua? Eu sou daqui.⁴⁴⁸

Naquele ano de 1986, sete indígenas participaram do pleito ao Congresso Constituinte. De modo independente, Mário Juruna (PDT/RJ) – concorrendo à reeleição; Idjahuri Karajá (PMDB/GO) e Marcos Terena (PDT/DF). Destoando dos candidatos articulados pela UNI, o Terena considerava “correr o risco de perdas” reivindicar mais do que a manutenção do art. 198 da EC/69, que dispunha sobre a inalienabilidade das terras indígenas. O artigo 198 seria “imelhorável”, e o “Programa Mínimo” formulado pela UNI em conjunto com as entidades pró-índio, uma temeridade por despertar a reação dos antiíndigenas no Congresso Nacional, além de não possuir legitimidade em razão da falta de representatividade das entidades junto às comunidades indígenas.⁴⁴⁹

Escolhidos pelas suas comunidades e articulados pela UNI junto ao Partido dos Trabalhadores, os candidatos Álvaro Tukano (AM); Biraci Brasil Yawanawá (AC); Davi Yanomami (PR) e Gilberto Pedroso Lima Macuxi (RR).⁴⁵⁰

Nenhum deles contudo, conseguiu se eleger. Avaliando a derrota dos candidatos indígenas à Constituinte Aílton Krenak – então coordenador da UNI – , levantava entre as possíveis causas: a) o choque direto das propostas das candidaturas indígenas com poderosos interesses fundiários locais e regionais, o que não ocorreria em grandes centros urbanos, cujo eleitorado ainda teria uma candidatura indígena na “mística do bom selvagem, da proteção do meio-ambiente, etc.”; e b) a extrema desigualdade da disputa pelo Partido dos Trabalhadores, frente à estrutura de partidos já consolidados como o PMDB e PFL, “que lançaram candidatos a todos os níveis com recursos imensos atingindo inclusive as comunidades indígenas com

⁴⁴⁸ cf. PORANTIM, dez.1986; p.8.

⁴⁴⁹ cf. PORANTIM, mar.1987; p.9. Sobre a posição de M. Terena, veja-se também o seu artigo “A nova Constituição e as Sociedades Indígenas Brasileiras” in ABREU, Maria Rosa, ed. **Constituinte e Constituição**. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1987; p.43.

⁴⁵⁰ PORANTIM, out.1986; p.8. O Guarani Karai Mirim cuja candidatura à Câmara Federal pelo PT de São Paulo havia sido definida pelo Conselho Tribal Guarani, teve sua candidatura impugnada pelo TSE por descumprimento à lei do domicílio eleitoral, requisito ao qual havia requerido isenção.

uma campanha agressiva”⁴⁵¹. Observe-se que ainda antes do pleito os candidatos indígenas apontavam como dificuldades a falta de recursos e de experiência em disputas eleitorais.⁴⁵²

Não alcançando a participação na ANC pela via da representação partidária, o movimento indígena passou a investir através da UNI, juntamente com entidades de apoio – especialmente Cimi, INESC, Cedi e CPI-SP –, na articulação do apoio parlamentar em torno do Programa Mínimo para os direitos indígenas na Constituinte, o que não era visto com perspectivas muito favoráveis. Estimativa do Dep. Florestan Fernandes (PT/SP) às vésperas da instalação da ANC, era de que devido à dificuldade de apoio à questão indígena o movimento só deveria contar com o apoio de 25% dos constituintes, ou seja, parlamentares do PT, PDT, PCB, PCdoB e os “progressistas” do PMDB.⁴⁵³

O trabalho de sensibilização dos constituintes exigia então a constante presença física dos índios no Congresso Nacional. Até aquele momento pouquíssimos possuíam algum conhecimento sobre as estruturas jurídicas, políticas e administrativas do Estado Brasileiro. Muitos não tinham vaga idéia do que seria um Legislativo Municipal, muito menos uma Constituição ou uma Assembléia Nacional Constituinte. A maioria, entretanto, passava a afirmar uma certeza: a grande lei dos “brancos” estava para ser escrita pelos políticos “lá em Brasília”, e, se os índios não poderiam participar de sua elaboração com as próprias mãos, lutariam para que pela primeira vez, em 500 anos, a lei dos “brancos” fosse escrita considerando a opinião e a vontade dos povos indígenas.

Coube às entidades e à própria UNI a tarefa de manter os povos indígenas permanentemente informados e articulados em torno das demandas a serem levadas à ANC. Esforços extraordinários foram então desenvolvidos no sentido de se levar às aldeias as principais informações sobre o andamento dos trabalhos da Constituinte, garantir as condições para os deslocamentos das delegações de todos os pontos do país, à Capital Federal e nela

⁴⁵¹ cf. PORANTIM, dez. 1986; p.8.

⁴⁵² cf. PORANTIM, nov. 1986; p.9.

⁴⁵³ PORANTIM, mar. 1987; p.9.

garantir o apoio logístico necessário à sua permanência no local. Um constante assessoramento jurídico e político foi também mobilizado no sentido de manter as delegações indígenas em condições de acompanhar os debates, movimentar-se no Congresso Nacional e, enfim, serem ouvidos em suas reivindicações aos Constituintes. Em meio a todos estes esforços, a costura entre os diversos grupos étnicos, pertencentes a famílias lingüísticas diversas e com distintas relações de contato com a sociedade regional não-indígena era também uma tarefa indispensável.

Assim, a presença dos índios foi uma constante desde a instalação dos trabalhos da ANC.⁴⁵⁴ Em 22 de abril, por ocasião da apresentação à Subcomissão dos Índios, da proposta unitária subscrita pelo Deputado José Carlos Sabóia (PMDB/MA), cerca de 40 lideranças indígenas dos povos Krahô (GO), Krenak (MG), Kayapó (PA/MT), Xavante (MT), Terena (MS) e alguns Xinguanos (MT), marcaram o momento ao seu modo: primeiro, ocuparam a ante-sala do gabinete do Presidente da ANC, Dep. Ulisses Guimarães,

os Gorotire e Txukarramãe, em sua maioria pintados, começaram a cantar e ameaçar alguns passos de dança. Quando Ulysses abriu a porta e viu a manifestação, nada conseguiu falar. Parou e, boquiaberto, ficou olhando. Um cocar foi colocado em sua cabeça e a proposta em suas mãos⁴⁵⁵.

A delegação foi também ao líder do PMDB, Sen. Mário Covas, a quem entregou a Proposta Unitária. Subindo a rampa do Congresso Nacional, realizaram mais um gesto simbólico, cercando o presidente da Subcomissão, Dep. Ivo Lech, e submetendo-o a uma pajelança, para que o espírito bom viesse e entrasse em sua cabeça e seu coração.⁴⁵⁶

Aqui é interessante observar na utilização pelos índios de seus elementos culturais – tais como o canto, a dança e rituais – , em meio à sua mobilização política no cenário

⁴⁵⁴ Neste dia, em meio aos populares barrados às portas do Congresso, um índio Tapeba (CE) – povo até então considerado “extinto”, empunhava, invisível às lentes da imprensa sedenta pelo exótico, um cartaz que dizia “No Ceará existe índio que ainda tem cultura. Vim reclamar a reforma agrária justa porque agente precisa de terra para viver. A fome no Nordeste é culpa dos latifundiários” (PORANTIM, mar. 1987; p.9).

⁴⁵⁵ PORANTIM, mai. 1987; p.3.

⁴⁵⁶ cf. *Idem, Ibidem*; p.3.

Constituinte, a percepção de ORTOLAN MATOS⁴⁵⁷ de que a partir das experiências iniciadas com as assembléias indígenas na década de 1970 “as tradições mais antigas das culturas indígenas foram sendo articuladas com novas perspectivas de ação, estabelecendo uma fonte criativa de elementos culturais para a constituição de um modelo comum de resistência indígena”. Como relatava à época o advogado Julio Gaiger, assessor do Cimi para a Constituinte, “a presença indígena impactou o ambiente na ANC, e conquistou alguns constituintes de forma definitiva”.⁴⁵⁸

No mês seguinte, 05 de maio de 1987, várias lideranças indígenas foram ouvidas em audiência pública pela Subcomissão do Índio. Davi Kopenawa Yanomami (AM/RR) aproveitou a oportunidade para denunciar, sobre a propósito do Projeto Calha Norte: “tá fazendo campo de pouso dentro da área. Não queremos morar com branco: dá muito problema, dá muita doença”. Krumare Mentuktire (PA/MT), por sua vez, tratando do destino a ser dado às terras indígenas, perguntou: “onde índio vai caçar ? onde índio vai fazer festa ? Tenho muito neto. Onde vai ficar ?”.⁴⁵⁹

Em 07 de maio de 1987, na audiência pública perante a Subcomissão da Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais, o cacique Raoni Mentuktire, de botoque nos lábios e frente a frente com os parlamentares, proferiu aquele que pode ter sido o mais contundente discurso na Constituinte:

Eu vou falar uma coisa pra vocês ouvir. Minha preocupação é muito séria. (...) Hoje temos muito problema no meu povo. O povo dos senhores matava o meu povo, coitado ! Então, vou procurar explicar mais pra vocês, pra vocês ouvir a minha idéia. (...) Então, sempre tou vendo que o seu povo, polícia e soldados, tão mexendo na área do meu povo, tão querendo matar, atirar, acabar. Por quê ? Nós não é bicho.⁴⁶⁰ A polícia vai matar meu povo, vai assar, vai comer com farinha ? Nós não acha isso bom. (...) Tenho que avisar todo mundo: a polícia tem que respeitar meu povo. Eu respeito

⁴⁵⁷ MATOS, Ortolan. **O Processo de Criação** *Op. Cit.*, p.215

⁴⁵⁸ GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 8**. *Op. Cit.* p.1.

⁴⁵⁹ cf. PORANTIM, jun. 1987; p.10.

⁴⁶⁰ Darcy RIBEIRO (*Op. Cit.*, p.185), ao mencionar os métodos indígenas de tentativa de “pacificação” dos “brancos”, mencionava a frustração das tentativas realizadas pelos Kayapó, devido ao “acerbo ódio dos sertanejos que os consideravam como ‘bichos ferozes’, ‘perversos por instinto’, ou ‘bichos que só podem ser amansados à bala’.”

vocês.(...) Toda a terra do meu povo tá ocupada. Lá tem garimpo, tem madeira, tem fazendeiro, que tava mexendo na terra do meu povo, dentro da área. (...) Vocês tá pensando que avô seu nasceu primeiro aqui ? (...) Nós nasceu primeiro, aqui. Brasil inteiro. (...) Eu não quero que acaba a vida do nosso índio, eu não quero que acaba a cultura do índio. Eu quero que índio continua a vida do avô, o pai, a mãe: pintar, passar urucum, dançar... Isso que eu quero. Eu tenho explicado pra vocês, pra vocês ouvir e lembrar a minha palavra. Vocês tem que pensar, vocês tem que respeitar meu povo. Meu povo tava morrendo na mão do seu povo. Eu não aceito. Nosso índio não é bicho. Vocês também não é bicho. Nós tem cara, a mesma coisa; nós tem língua, nós tem orelha, nós tem olho, nós tem pé, a mesma coisa de vocês. Eu tenho usado o meu botoque, minha vida, meu documento. Minha orelha é documento também. Eu tava querendo entrar aqui e aquele presidente da Câmara não me deixou. Quase eu bato na cara do polícia. A polícia tem que respeitar eu, tem que respeitar nossa comunidade. Eu tou falando sério pra vocês: vocês tem que lembrar minha palavra, vocês tem que respeitar o meu povo, vocês tem que brigar pro seu povo e tem que respeitar o meu povo, coitado ! (...) Muito obrigado pra vocês.⁴⁶¹ (Grifamos)

Interessante observar que em diversas passagens de seu discurso, Raoni chama a atenção para a necessidade, ainda presente, da afirmação da natureza humana dos indígenas (“nós não é bicho”). Ao mesmo tempo, reitera para os seus ouvintes a importância de seu papel enquanto orador (“eu vou falar prá vocês, eu vou explicar prá vocês, vocês vão ter que ouvir a minha idéia”), o que, como se pode ver em Pierre CLASTRES, representa a essência do papel da chefia nas comunidades “primitivas”: ao chefe cabe o *dever* da palavra. Falar, diz CLASTRES, “é para o chefe uma obrigação imperativa”. À sua volta, as pessoas parecem não escutá-lo. Mas “um chefe silencioso, não é mais um chefe.”⁴⁶²

Na semana seguinte, 16 de maio (1987), os Kayapó eram ouvidos em audiência pública pela Comissão do Índio, na própria aldeia Gorotire (PA), para onde foram o presidente Ivo Lech e os constituintes Benedita da Silva (PT/RJ), Carlos Sabóia (PMDB/MA), Rui Nedel (PDT-RS) e Salatiel Carvalho (PFL-PE), que ouviram dos índios inúmeros relatos de problemas relativos à exploração ilegal de madeira e ouro em suas terras⁴⁶³.

⁴⁶¹ cf. PORANTIM, jun. 1987; p.14.

⁴⁶² CLASTRES, Pierre. **A Sociedade Contra o Estado. Pesquisas de Antropologia Política**. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 2.^a ed., 1982; pp.107-109.

⁴⁶³ PORANTIM, jun. 1987; p.10.

Mais tarde, em 12 de agosto, lideranças Makuxi, Yanomami, Kiriri, Pataxó Hã-Hã-Hãe, Xavante e Rikbaktsa se fizeram presentes novamente na ANC, participando da entrega das Emendas Populares relativas aos direitos indígenas. No mesmo dia, os índios participaram também de reunião, na sede da CNBB, com o Senador Severo Gomes (PMDB-SP). Para o Senador, o líder Xaranhum Xavante, da Reserva Indígena de São Marcos (MT), afirmou: “Direito nosso, precisa aprovar para demarcar a terra e cuidar tradição, cuidar costume, ritual. Isto que não podemos acabar até fim do mundo. Nossa vida continuar, nascimentos. Isso é o que deseja a comunidade”.⁴⁶⁴

No mês seguinte, 04 de setembro de 1987, uma cena de profundo apelo simbólico chamaria a atenção dos órgãos de imprensa em todo o país, e internacionalmente, para a presença indígena na ANC: de paletó branco, o coordenador da UNI, Ailton Krenak, ao discursar perante o plenário da Comissão de Sistematização, em defesa da Emenda Popular n.º 040, patrocinada pela entidade, pintava o rosto com uma tinta negra à base de genipapo e declarava, denunciando a campanha antiindígena deflagrada pelo “Estadão” e o retrocesso no Substitutivo do relator Bernardo Cabral: “querem atingir, na essência, a nossa fé, a nossa confiança, de que ainda existe dignidade, de que ainda é possível construir uma sociedade que sabe respeitar aos mais fracos, (...)”. E finalizou: “Os senhores são testemunhas.” Calou-se então, num silêncio eloqüente perante o plenário.⁴⁶⁵

Em outubro (dias 5 a 7), os índios voltam a pressionar os Constituintes. Desta vez uma delegação de 27 indígenas nordestinos, dos povos Fulni-ô (PE), Xukuru-Kariri (AL), Kariri-Xokó (AL) e Pankararu (PE), somava-se a 8 mil trabalhadores rurais de todo o país que viajaram a Brasília a fim de pressionar pela garantia da reforma agrária no texto constitucional. Empunhando a faixa com os dizeres “Terra dos Índios, Direito Sagrado”, o

⁴⁶⁴ cf. PORANTIM, set. 1987; p.8.

⁴⁶⁵ cf. PORANTIM, out. 1987; p.7.

grupo defendia a necessidade de reforma agrária, inclusive como forma de eliminar as pressões sobre os territórios indígenas.⁴⁶⁶

Em 19 de novembro, uma delegação composta por representantes de 21 povos e organizações indígenas da faixa de fronteira da região Norte, deslocou-se a Brasília, levando seus protestos e reivindicações aos Constituintes. O grupo, formado por indígenas Marubo (AM), Karipuna e Galibi (AP), Apurinã (AC), Kaxarari (RO), e membros do Conselho Indígena de Roraima, FOIRN (AM), Associação das Mulheres Indígenas do Alto Rio Negro (AM) e CGTT (AM), entregava aos constituintes a “Carta dos Povos Indígenas na Faixa de Fronteira”. Em seu discurso, reivindicou Clóvis Ambrósio Wapixana (RR): “Queremos que seja respeitado o direito do índio, como ele é, como ele vive, (...). Só porque o índio usa relógio não é mais índio, porque fala o português não é mais índio. Mas na casa dele é índio, vive como índio”⁴⁶⁷. Protestando contra o substitutivo Bernardo Cabral, Pedro Inácio

Tikuna (AM) denunciava:

dizem que Tikuna não é mais índios, porque usa sapato igual ao branco. E igual porque sabe falar português e lê um pouquinho não são mais índio. Não é verdade. São índio porque nós conhecemos a nossa história. Sabemos andar no mato, temos nossos remédio próprio. E nossa tradição, nosso costume, nossa língua. Nós escrevemos na nossa própria língua. É o próprio índio que são brasileiro.⁴⁶⁸

No ano seguinte (1988), os Kayapó voltavam a marcar presença na ANC. Em 18 de março, 50 anciãos das aldeias do sul do Pará, entrando nas dependências do Congresso, levaram o presidente da Constituinte, Dep. Ulisses Guimarães, a uma atitude inusitada: suspender os trabalhos de votação do plenário, para receber a delegação. Os índios protestavam contra o teor do art. 271 do substitutivo do relator da Comissão de Sistematização, Bernardo Cabral, que excluía da proteção constitucional os índios “em elevado estágio de aculturação”, e reivindicavam a aprovação de um texto que impedisse a

⁴⁶⁶ cf. PORANTIM, nov. 1987; p.6.

⁴⁶⁷ cf. PORANTIM, dez. 1987; p.9.

⁴⁶⁸ cf. *Idem, Ibidem*; p.9.

exploração mineral em terras indígenas. Deixando um cocar e seu recado na cabeça do presidente da ANC, o grupo deixou o Congresso em meio a cânticos e danças rituais, aplaudido pelos constituintes, e determinado a retornar posteriormente, na companhia de lideranças de vários outros povos de todo o país⁴⁶⁹. E retornaram.

No início de maio, os Kayapó, juntamente com delegações de outros povos, formando mais de 100 lideranças indígenas, acamparam em Brasília onde permaneceram por três semanas até a votação do capítulo “Dos Índios”⁴⁷⁰. Como parte de seu trabalho de sensibilização, percorreram quase todos os gabinetes dos parlamentares. Para o jornal PORANTIM, os índios souberam cativar as pessoas durante sua permanência no cenário da ANC: “no Congresso, podiam-se ver nos corredores diversos funcionários, repórteres e fotógrafos com o broche em favor da causa indígena pregado na lapela.” Até mesmo “a bandeira do Brasil que carregaram algumas vezes em manifestações na Assembléia Nacional Constituinte foi oferecida por uma escola de primeiro grau localizada próximo ao acampamento”.⁴⁷¹

Ao mesmo tempo, visitaram em busca de apoio a Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, a Procuradoria-Geral da República – PGR, o Conselho Federal da OAB, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e a Universidade de Brasília – UnB. No Ministério da Justiça os índios externaram sua insatisfação diante da postura da Funai, na adoção da Portaria 0520/88 (que estabelecia “critérios de aculturação”), na criação de “colônias indígenas”, na expedição de certidões negativas de presença indígena em benefício de projetos econômicos em suas terras, e na comercialização clandestina de madeira de terras indígenas. Na PGR ouviram do Procurador-Geral, Sepúlveda Pertence, ser inaceitável “a extirpação do índio aculturado da proteção do Estado”. No Conselho Federal da OAB

⁴⁶⁹ cf. PORANTIM, abr. 1988; p.3.

⁴⁷⁰ Todos alojados pelo Cimi na Escola Santa Maria, onde eram realizadas também as refeições, e as reuniões com os assessores jurídicos da entidade.

⁴⁷¹ PORANTIM, Jun. 1988; p.9.

receberam do presidente Márcio Thomaz Bastos, a promessa de uma “solidariedade ativa” na defesa dos direitos indígenas. Na CNBB os índios ouviram do presidente D. Luciano Mendes de Almeida ser necessário ao país o reconhecimento da “posse da terra” e da própria cultura indígena “como riqueza nacional”. E na UnB receberam do Reitor Cristóvam Buarque, a sugestão de presença permanente de representantes indígenas na Universidade, desenvolvendo palestras para alunos e professores.⁴⁷²

No auditório da CNBB, ao comentar o fato do discurso do líder Raoni Txukarramãe ser feito em sua própria língua e sempre traduzido para o português pelo seu sobrinho Paulo Payakã, a Guaraní Enayê Mairê indagava: “Então, se esses índios que falam o português perderem os direitos, o que vai ser dos outros que ainda não falam o português ?”⁴⁷³

Na manhã do dia previsto para a votação do seu capítulo específico (25 de maio), os índios acordaram cedo, auxiliaram-se mutuamente em suas pinturas corporais, e, depois de paramentados, realizaram uma pajelança para alcançar a vitória nas votações⁴⁷⁴. travando ao longo do dia discussões sobre os detalhes e as estratégias de sensibilização dos constituintes ainda indecisos⁴⁷⁵. No Congresso Nacional formaram mais uma vez um corredor polonês à entrada do plenário da Câmara, abordando os constituintes que chegavam com a distribuição de material em favor das emendas e destaques favoráveis a seus direitos no Capítulo “dos Índios”. A estratégia arrancou aplausos por parte dos representantes do movimento de servidores públicos, também em luta pelos seus interesses na ANC. Após cânticos e danças rituais, os índios dirigiram-se ao auditório anexo da Liderança do PMDB, onde o colégio de líderes iniciava as negociações em torno das emendas e destaques a serem votados ao Projeto. No auditório, as lideranças indígenas discursaram em suas línguas e iniciaram uma longa

⁴⁷² cf. PORANTIM, jun. 1988; p.8.

⁴⁷³ cf. *Idem, Ibidem*; p.10.

⁴⁷⁴ Segundo o PORANTIM, “talvez uma das raras oportunidades em que tantas lideranças estiveram juntas num ritual sagrado. (PORANTIM, Jun. 1988; p.9)

⁴⁷⁵ cf. PORANTIM, Jun. 1988; p.9.

vigília aguardando o resultado das negociações em torno do capítulo específico, que só teve início às 14:30 hs do dia seguinte, 26 de maio.

Durante toda aquela tarde, os índios permaneceram no auditório ao lado, aguardando o desenrolar das discussões, cujo prolongamento “gerou situações de impaciência e cansaço entre os índios, entremeados de cantos de guerra puxados pelos Kayapó e uma constante interpelação dos parlamentares que entravam e saíam da sala de negociações”.⁴⁷⁶ Neste ínterim, ao saírem da sala os deputados José Lins e Bonifácio Andrade, representantes do “Centrão”, e defensores de propostas restritivas aos direitos indígenas, eram abordados pelo Cacique Raoni Mentuktire, que perguntava ao dep. Lins: “a verdade, sem mentir, o que você está dizendo lá dentro?”. Percebendo que o parlamentar tentava desconversar, Raoni conseguiu que os parlamentares entrassem em detalhes, e se comprometessem com a defesa da causa indígena. “Em seguida, conduzindo-os pela mão, Raoni os fez cumprimentar todos os caciques Kayapó presentes, num exercício de pedagogia política invejável”.⁴⁷⁷ As discussões naquela tarde prolongaram-se até as 18:30 hs.

A conclusão das negociações só se daria na sessão da terça-feira da semana seguinte, 31 de maio. Naquele final de semana, outras lideranças indígenas chegaram ao acampamento em Brasília, somando mais de 200 índios, mobilizados na ANC. Na manhã de 31 de maio, a comitiva foi ao auditório da liderança do PMDB, oportunidade em que algumas lideranças indígenas, entre as quais Raoni Mentuktire e Prepori Kayabi⁴⁷⁸ entraram na sala de reuniões, onde realizaram uma pajelança, para que logo mais os bons espíritos influíssem no acordo dos líderes. Iniciada a reunião das lideranças partidárias às 14 hs, as lideranças indígenas novamente permaneceram em vigília no auditório anexo, com os Kayapó entoando cânticos

⁴⁷⁶ CEDI, Centro Ecumênico de Documentação e Informação. **Povos Indígenas no Brasil: 1987/1988/1989/1990**. Série Aconteceu Especial, n.º 18. São Paulo: CEDI; p.27. Enquanto isso, “assessores de várias organizações de apoio aos índios permaneceram na vigília acompanhando as negociações e fazendo traduções e avaliações do andamento dos trabalhos para os índios.” (CEDI, **Povos Indígenas no Brasil... Op. Cit.**, p.27).

⁴⁷⁷ GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 36**. *Op. Cit.* p.4.

⁴⁷⁸ Na década de 1950, diante dos primeiros contatos com os “brancos”, que causaram inúmeras mortes entre o seu povo, Prepori teria dito em sua língua: “os brancos estão chegando. Precisamos pacificá-los.”

rituais e alguns passos de dança. Apenas às 18:30 as discussões foram encerradas, selando-se o acordo, “um dos mais exaustivamente construídos na história atual do processo constituinte”. A notícia do resultado foi comunicada aos índios pelos constituintes⁴⁷⁹, que “enfatazaram a vitória da persistência indígena”.⁴⁸⁰

No dia seguinte, 1.º de junho, os índios retornaram à ANC para acompanhar a votação do Plenário ao texto acordado. No plenário, “o dep. Ruy Nedel encaminhou a emenda de acordo, pedindo que, em homenagem aos índios, não houvesse nenhum, voto contrário”. O texto foi então aprovado por 487 votos, contra cinco contrários, e dez abstenções. A partir daquele momento, para o texto aprovado, “os índios deixaram de ser uma espécie em extinção”⁴⁸¹. Entusiasmados, os índios festejaram nas galerias e novamente subiram a rampa do Congresso, onde dançaram mais uma vez. Como bem lembrou à época o então advogado indigenista, naquele local, em 22 de abril de 1987, os índios haviam dançado e feito pajelança invocando “o auxílio dos bons espíritos; desta vez, retornavam agradecendo a estes mesmos espíritos”⁴⁸². Se por um lado o resultado espelhava fidelidade ao acordo selado pelo colégio de líderes no dia anterior, por outro as negociações efetuadas pelas próprias lideranças não teria sido possível sem toda a pressão efetuada pelos índios. A principal batalha estava vencida, mas a guerra ainda não terminara.

Entre 9 e 12 de agosto, 28 líderes dos povos Xokó (SE), Xukuru (PE), Kapinawá (PE), Fulni-ô (PE), Geripankó (AL), Karapotó (AL), Xukuru-Kariri (AL) e Potiguara (PB), percorreram os gabinetes dos constituintes buscando apoio à supressão, do texto do Projeto de Constituição, do dispositivo que destinava aos Estados, as terras dos “extintos aldeamentos” (*vide* seção 1.3.). Temia-se que o texto acabasse por atingir especialmente os povos do NE,

⁴⁷⁹ Mário Covas (PMDB-SP), Jarbas Passarinho (PMDB-PA), Tadeu França (PDT-PR), Ruy Nedel (PMDB-RS), Artur da Távola (PMDB-SP), Rose de Freitas (PMDB-ES), Benedita da Silva (PT-SP), Amaury Muller (PDT-RS) e Plínio de Arruda Sampaio (PT-SP).

⁴⁸⁰ cf. GAIGER, Júlio M. G. **Informe Constituinte n.º 36**. *Op. Cit.*, pp.3-7.

⁴⁸¹ *Idem, Ibidem*, p.3

⁴⁸² *Idem, Ibidem*, p.8.

região mais atingida com a extinção de aldeamentos no séc. XIX, legitimando definitivamente o esbulho das terras sobre as quais estavam em franco processo de recuperação desde fins dos anos 1970, e que, em outras regiões, expedientes fraudulentos viessem a justificar a venda de terras indígenas pelos Estados.

Às pressões efetuadas pela delegação indígena do Nordeste, logo somaram-se os esforços de mais uma centena de índios oriundos das regiões Sul, Centro-Oeste e Norte, sobretudo guerreiros Kayapó das aldeias do sul do Pará. Novamente “percorreram os gabinetes, e dançaram nos corredores do Congresso”. No dia 17, mantiveram nova vigília “no auditório da liderança do PMDB na Constituinte, junto à sala de reuniões”, aguardando acordo de líderes favorável a emenda supressiva, o que não ocorrera naquele dia. Na manhã do dia seguinte retornaram à vigília no auditório, até receberem a notícia do acordo entre os líderes dos partidos políticos, em apoio à emenda supressiva do Dep. Domingos Leoneli (sem partido/BA). Os mais de 150 indígenas ocuparam então as galerias do Plenário, onde puderam assistir a mais uma vitória: o dispositivo indesejado foi suprimido por 367 votos, contra três pela sua manutenção, e três abstenções⁴⁸³.

Pela terceira vez os índios subiram a rampa do Congresso Nacional onde dançaram mais esta vitória. Comentava na ocasião o advogado Julio GAIGER: “Ao mesmo tempo em que aprendem novas formas de luta, os índios também ensinam aos parlamentares e ao Brasil que sua participação em todas as decisões que lhes dizem respeito, deverá ser uma constante daqui por diante.”⁴⁸⁴ (Grifamos.)

Enfim, no dia 30 de agosto, o capítulo sobre os índios era submetido ao 2.º Turno de votações, e aprovado, com 437 votos favoráveis, oito contrários e oito abstenções, consolidando assim a vitória indígena na Constituinte. Embora diversas lideranças indígenas tivessem viajado a Brasília para acompanhar a votação, apenas Aílton Krenak – que possuía

⁴⁸³ cf. PORANTIM, set. 1988, p. 4; e GAIGER, Júlio. M. G. “Mais uma Vitória Indígena na Constituinte! Suprimido o Inciso V do art. 26!”. **Informe Constituinte n.º 43**. Brasília : Cimi, 19. ago.1988; 2p. (mimeo).

⁴⁸⁴ GAIGER, Julio M. G. **Informe Constituinte n.º 43**. *Op. Cit.*, p.2.

autorização especial para ingressar nas galerias do Plenário, conseguiu assistir à votação. Quando as outras lideranças obtiveram a autorização de acesso, a votação já havia ocorrido⁴⁸⁵. O fato, contudo, não apagou o brilho da festa. Pela primeira vez na história do País e do processo constituinte brasileiro, a participação indígena numa elaboração normativa havia ocorrido, e de forma exitosa.

Importante observar que o protagonismo indígena na ANC contou com a oposição explícita da Funai, órgão executor da tutela indígena. Inúmeras vezes o então Presidente do Órgão Romero Jucá Filho, procurou desqualificar as pressões exercidas pelos índios sob o argumento de que estavam sendo manipulados pelo Cimi. Em ofício aos Constituintes, ao defender no Substitutivo do Relator, o uso do termo “onde se acham permanentemente localizados” para a delimitação dos direitos territoriais indígenas, acusava “certas entidades, que se autodenominam protetoras dos índios” de aplicar

costumeira e inescrupulosamente a pulverização das comunidades indígenas quebrando a união destas comunidades, descaracterizando suas lideranças, sobrecarregando e onerando a FUNAI, gerando conflitos com a sociedade envolvente, e o pior, utilizando o índio como massa de manobra para finalidades espúrias, completamente dissociadas do interesse nacional, aí englobando o interesse das comunidades indígenas.⁴⁸⁶

No mesmo documento externava ainda a sua “satisfação ao ver sepultadas” no Substitutivo, “idéias nocivas aos interesses nacionais, e à nossa própria soberania, como ‘plurinacional’, ‘nações indígenas’, a concessão do ‘subsolo’ aos índios, comunidades indígenas como ‘pessoas jurídicas de direito público interno’ e finalmente ‘terras ocupadas’”.

Ao Tupinikim Roberto Marques (ES), o Presidente da Funai teria dito que os índios “deviam estar nas suas áreas, trabalhando, e não lutando por uma coisa sem sentido”⁴⁸⁷. A uma das acusações de manipulação, respondeu certa ocasião Joventino Fulni-ô (PE): “Há 500 anos que nós vem sofrendo; não é possível que a gente não conseguisse se organizar”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ GAIGER, Julio M. G. **Informe Constituinte n.º 43**. *Op. Cit.*, p.1.

⁴⁸⁶ Minter/Funai, CT 001/PRESI/n.º 635/97- Brasília, 25.09.1987.

⁴⁸⁷ cf. PORANTIM, jun. 1988; p.2.

⁴⁸⁸ PORANTIM, nov. 1987; p.6.

Mas se organizaram, e o protagonismo indígena destacou não apenas a perseverança de seus líderes diante dos obstáculos, mas também a sua altivez (ao tratarem como iguais os líderes políticos dos “brancos”, e ao exibirem com orgulho seus adornos, indumentárias e apetrechos de guerra), disciplina (diante da manutenção do foco de atenção, e do cumprimento rigoroso dos horários e roteiros previamente combinados), e extrema capacidade de organização.

Sem dúvida o episódio da participação dos povos indígenas no cenário constituinte (85/88) bem se encaixa na descrição de Lúcio LEVI, professor de Ciência Política e Políticas Comparativas na Universidade de Torino, quando afirma:

A extraordinária vitalidade e força de resistência demonstradas pelas Etnias incluídas nos Estados nacionais revelam (...) quão arbitrário e artificial foi o processo político da fusão do Estado com a nação. As Etnias (...), não só não perderam seu sentido de identidade sob o impulso centralizador e nivelador do Estado nacional unitário, como renascem agora até nos Estados nacionais de mais antiga constituição, (...) consolidando-se graças à sua constante busca e reivindicação de autonomia e da participação política.⁴⁸⁹ (Grifamos)

O sentimento dos índios em relação aos resultados de seu protagonismo no cenário constituinte foi assim traduzido por Pedro Garcia Tariano, da Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro – FOIRN, e Manoel Moura Tukano, da UNI-AM:

Quinhentos anos depois (...) apesar da sociedade envolvente pensar que este já foi exterminado há muito tempo, houve uma surpresa na História do Brasil: ele se fez presente (...). Até o momento, ninguém tinha reconhecido o índio como primeiro habitante, dentro da Constituição brasileira, mas hoje ele manifesta sua sobrevivência e a existência de vários grupos étnicos, indo para Brasília acompanhar de perto, no Congresso Nacional, todo o processo da Constituinte, (...) e isso é a primeira vez na História. [o índio] sempre foi imaginado como um animal irracional, incapaz de desenvolver e progredir conforme a sua decisão (...) sem poder dar a opinião sobre o que ele próprio deseja. (...). A maior parte das lideranças ficou satisfeita com a nova Constituição, por motivo de que dialogaram diretamente com aqueles que eram responsáveis por toda a sociedade brasileira. Por motivo também de que tiveram direito de opinar, através do projeto de lei, sobre como deve funcionar ou como deve ser o futuro dos índios, e eles não são donos do seu destino. Não como antes, que o Conselho de Segurança Nacional, juntamente com o Ministério do Interior e a Funai, tinha que decidir quem é índio e quem não é índio, como ele deve viver, se é nu, com paletó, ou rico.

⁴⁸⁹ LEVI, Lúcio. **Etnia** (verbete). In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola, & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5.^a ed., 2004, Vol. I – Brasília: Editora da Universidade de Brasília : São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

Com a sua presença na Constituinte, mostraram que quem é o dono do seu destino é o próprio índio.⁴⁹⁰ (Grifamos)

A participação indígena no cenário constituinte e o texto constitucional aprovada marcaram, então, o fim de uma era e o início de um novo capítulo na trajetória histórica de cinco Séculos de contato da sociedade não-indígena com tais povos. E assim os índios, cuja humanidade havia sido questionada pelos conquistadores, que povoavam o imaginário europeu como ora como monstros físicos, ora como monstros morais, ora como seres intelectualmente incapazes e culturalmente inferiores, passaram pela experiência de desempenhar importante papel como protagonistas de um dos momentos políticos mais importantes da história do país – a elaboração da “Constituição Cidadã” –, e contribuindo para com o avanço do Estado no sentido de se reconhecer multicultural e pluriétnico.

Importante enfim, destacar, que nesta trajetória a ação dos povos e comunidades indígenas no Brasil é reconhecida por SANTOS & NUNES como presente entre as diversas experiências exemplares no âmbito das “teses sobre multiculturalismos emancipatórios e escalas de luta contra a dominação”.

Assim os autores apontam, por exemplo, que a luta dos povos indígenas contra o projeto assimilacionista e pela manutenção de suas identidades étnicas próprias e reconhecimento de direitos coletivos, leva à Tese (2) de que “diferentes formas de opressão ou de dominação geram forma de resistência, de mobilização, de subjetividade e de identidade coletivas também distintas, que invocam noções de justiça diferentes”⁴⁹¹.

Apontam também no sentido de que o paradigma integracionista, de inclusão dos índios “na cidadania liberal como indivíduos autônomos e ‘livres’ de vínculos coletivos”, acabava por negar tanto os direitos coletivos dos povos indígenas, quanto os seus direitos territoriais e aos seus modos próprios vida.

⁴⁹⁰ cf. PORANTIM, jul./ago. 1988; p.2.

⁴⁹¹ SANTOS & NUNES. **Para ampliar o cânone** ...*Op. Cit*; p.61.

Esses direitos coletivos, observam os autores, foram enfim, no caso do Brasil, “reconhecidos e afirmados, através das suas lutas”, na Constituição de 1988, “consagrando uma ordem constitucional multicultural”, levando à Tese (4) de que “*as políticas emancipatórias e a invenção de novas cidadanias jogam-se no terreno da tensão entre igualdade e diferença, entre a exigência de reconhecimento e o imperativo da redistribuição*”.⁴⁹²

Por fim, tendo em vista toda a experiência de articulação e alianças conquistadas pelos povos e comunidades indígenas nesse processo recente de lutas, os autores apontam ainda para que tais lutas “devem seus sucessos e sua persistência à capacidade de forjar alianças entre diferentes etnias e povos com outros movimentos sociais, com ONGs e com movimentos de solidariedade internacional”, o que leva à Tese (5) de que “*o sucesso das lutas emancipatórias depende das alianças que os seus protagonistas são capazes de forjar.*”⁴⁹³

⁴⁹² SANTOS & NUNES, *Op. Cit.*, p.63-64.

⁴⁹³ *Idem, Ibidem*, p.64-65.