



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**RODRIGO BASTOS DE FREITAS**

**DIREITOS DOS ÍNDIOS E CONSTITUIÇÃO:  
OS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA E DA TUTELA-PROTEÇÃO**

Salvador

2007

**RODRIGO BASTOS DE FREITAS**

**DIREITOS DOS ÍNDIOS E CONSTITUIÇÃO:  
OS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA E DA TUTELA-PROTEÇÃO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Saulo Casali Bahia

Salvador

2007

A Heitor, meu pai, pelo exemplo de conduta e por ter me ensinado o valor do estudo.

A Cristiana, por tudo.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Saulo Casali Bahia, orientador deste trabalho, pela cordialidade, franqueza e profissionalismo.

Aos professores Maria Hilda Paraíso e Jeferson Bacelar, pela generosidade e disponibilidade demonstradas durante o desenvolvimento da pesquisa.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA, em especial a Ana Beatriz Pereira, Fábio Periandro, Alessandro Couto, Renato Amoedo, Flávia Marimpietri, André Batista Neves e Elke Petersen, além dos revisores do projeto original, Ricardo Ávila e Denise Tron.

A Leila Sotto Maior, Estevão Fernandes e Roberto Denis Machado, pela significativa ajuda em diferentes momentos desta trajetória.

Por fim, a Luciana Neves e sua eficiente equipe na Secretaria da 6ª Câmara da Procuradoria Geral da República, pela inestimável contribuição durante a fase de levantamento bibliográfico.

*Knowledge and power meet in one*

Bacon

## RESUMO

A presente dissertação tem como principal objetivo a identificação dos contornos dos princípios da tutela-proteção e da autonomia dos povos indígenas, presentes de forma implícita na Constituição de 1988. Para tanto, parte de detalhada pesquisa histórica da legislação relativa aos direitos dos índios brasileiros, desde o período colonial até a promulgação do vigente texto constitucional, assim como da formação e atuação dos órgãos estatais encarregados da gestão da "questão indígena". O estudo histórico foi cotejado com aspectos do pensamento do filósofo Michel Foucault – em especial as idéias de "normalização" e de "biopoder" –, seguindo-se o estudo jurídico acerca da norma constitucional, da legislação infraconstitucional e da proposta de alteração dessa última, tendo como foco a polêmica quanto à recepção da figura da tutela estatal dos índios pela vigente Constituição.

**Palavras-chave:** Constituição de 1988; direitos dos índios; história da legislação indigenista; autonomia dos povos indígenas; tutela.

## ABSTRACT

The main goal of the current thesis is the identification of two principles which are implicit in the Brazilian 1988 Constitution: the autonomy of the Indian peoples and the tutelage-protection. It begins with a detailed historical research on the legislation concerning the rights of Brazilian Indians from the colonial era to the promulgation of the current Constitution, and also on the development and the work of the governmental instances in charge of dealing with the "Indian matter". The historical study was conceived according to some aspects of Michel's Foucault thoughts – particularly the concepts of "normalization" and "biopower" –, followed by a juridical research about the constitutional norms, the specific ordinary laws and the current project aimed to substitute the latter. The main focus of this enquiry is the debated question of whether the official tutelage of Brazilian Indians is or is not compatible with the current Constitution.

**Keywords:** 1988 Constitution; Indian's rights; history of indigenist laws; autonomy of Indian peoples; tutelage.

## SUMÁRIO

### **1. INTRODUÇÃO**

09

### **2. LEGISLAÇÃO E POLÍTICA INDIGENISTA NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS**

14

#### **2.1. Brasil colônia**

14

##### 2.1.1. Índios amigos e gentios bravios

18

##### 2.1.2. Os jesuítas e a política pombalina

27

#### **2.2. Brasil Império**

34

##### 2.2.1. Os primórdios da tutela

40

##### 2.2.2. A questão das terras

44

#### **2.3. República**

49

##### 2.3.1. Autonomia dos índios e indigenato

50

##### 2.3.2. O SPI – Serviço de Proteção ao Índio

54

##### 2.3.3. A tutela no Código Civil de 1916 e no Decreto n. 5.484/28

58

##### 2.3.4. A Funai – Fundação Nacional do Índio

68



### **3. O GOVERNO DOS ÍNDIOS**

76

#### **3.1. A questão do *outro***

76

#### **3.2. Tutela e normalização**

82

##### 3.2.1. Conquista, territorialização e poder constituinte

82

##### 3.2.2. Excerto: visões do direito em Foucault

88

###### 3.2.2.1. A arqueologia: saber e poder

90

###### 3.2.2.2. A genealogia: biopoder, governamentalidade e soberania

98

##### 3.2.3. A tutela como normalização: disciplinas e biopolítica

107

##### 3.2.4. O ser como potência: ética e resistência

119

## **4. A CONSTITUIÇÃO E OS ÍNDIOS**

125

### **4.1. O paradigma da Constituição de 1988**

125

#### 4.1.1. O conceito de programa normativo constitucional

125

#### 4.1.2. A Constituição de 1988 e o paradigma da interação

129

### 4.2. Os princípios constitucionais da tutela-proteção e da autonomia dos povos indígenas **135**

#### 4.2.1. O caráter principal do *caput* do art. 231 da Constituição de 1988

135

#### 4.2.2. O princípio da tutela-proteção

138

#### 4.2.3. Autonomia e autodeterminação

144

### **4.3. O Estatuto do Índio**

155

#### 4.3.1. O Estatuto do Índio e a integração

155

#### 4.3.2. O Estatuto do Índio e a interação

164

### **4.4. O projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas**

168

## **5. CONCLUSÕES**

178

## **REFERÊNCIAS**

XX

## 1. Introdução

A Constituição de 1988 representa um marco no tratamento dos direitos dos índios no Brasil. Além de ser o primeiro texto constitucional a ter reservado um capítulo específico para o tema, a atual Carta ampliou significativamente o grau de proteção ao reconhecer expressamente "*sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*" (art. 231, *caput*), rompendo definitivamente com o paradigma que até então norteava a atuação estatal<sup>1</sup>.

Desde os primeiros contatos entre a *civilização* e os índios brasileiros, as políticas oficiais sempre se pautaram pelo *paradigma da integração*, pelo qual a "condição" de índio era tida como transitória e a "integração" dos indivíduos indígenas à "comunhão nacional" como um processo natural e inexorável. Tal paradigma, positivado expressamente no Estatuto do Índio (Lei n. 6001/73), perdurou durante os períodos colonial, imperial e republicano e até a promulgação do atual texto constitucional. A Constituição de 1988, portanto, instituiu um novo patamar para a relação entre o Estado e a sociedade brasileiros e os índios que habitam o território, abandonando definitivamente o

---

<sup>1</sup> É inevitável constatar que, na esteira do impacto do pensamento de Kuhn, o termo *paradigma* passou a ser utilizado de forma generalizada e pouco refletida, vulgarizando-se ao ser aplicado indiscriminadamente a qualquer mudança ou evolução ocorrida em determinado campo do pensamento ou da prática científica. Dito isso, entendemos como paradigmas de direito as "*visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como os mesmos princípios constitucionais e sistema de direitos podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade. Um paradigma de direito delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos constitucionais e princípios devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas*" (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, p. 194. No original: "*By the latter [paradigms of law] I mean the exemplary views of a legal community regarding how the same system of rights and constitutional principles can be actualized in the perceived context of a given society. A paradigm of law draws on a model contemporary society to explain how constitutional rights and principles must be conceived and implemented if in the given context they are to fulfill the functions normatively ascribed to them.*").

fim de integração desses últimos e estabelecendo o que pode ser denominado *paradigma da interação*<sup>2</sup>.

A presente pesquisa tem como objetivo principal o estudo de dois princípios implícitos presentes na Constituição de 1988 e relativos aos direitos dos índios: o *princípio da autonomia dos povos indígenas* e o *princípio da tutela-proteção*, o segundo consubstanciado em um poder-dever de titularidade do Estado. Pretendemos, portanto, demonstrar a existência dos princípios e a posição central ocupada pelos mesmos no sistema de direitos dos índios estabelecido pelo texto constitucional.

Para tanto, o capítulo inicial da dissertação (item 2) traz minuciosa pesquisa histórica acerca da legislação desde os primórdios do período colonial até o advento da Constituição de 1988 e também de aspectos das políticas indigenistas adotadas oficialmente no período e da formação e desenvolvimento dos órgãos estatais encarregados da gestão da "questão indígena". O estudo histórico visa principalmente identificar as normas que regeram o tratamento legal e oficial dos direitos dos índios ao longo dos séculos, para assim delinear e situar adequadamente os princípios da autonomia e da tutela-proteção – inclusive com o fito de compreender em que medida a atual Constituição realmente inovou na matéria, já que contornos de ambos os princípios implícitos no texto constitucional podem ser identificados no direito positivo precedente.

A história demonstra que a legislação sempre reconheceu os direitos dos índios às próprias terras e à proteção de suas peculiaridades culturais – o que não impediu que tais direitos fossem reiteradamente desrespeitados. Tal

---

<sup>2</sup> BARRETO, Helder. *Direitos indígenas*, p. 42.

paradoxo deve ser compreendido sob a ótica do antigo paradigma da integração, considerando ainda que a gestão da "questão indígena" foi um dos aspectos cruciais para o processo de expansão e consolidação do poder estatal sobre o território – a *territorialização* do país. Nesse sentido, a trajetória histórica da legislação e a formação dos órgãos estatais encarregados do governo dos índios são fenômenos convergentes, revelando a forma como se deu a conciliação entre direitos dos índios e interesses estratégicos do Estado, relativos à ocupação do território, sua exploração econômica e defesa militar.

Nessa linha, o capítulo seguinte (item 3) busca explorar aspectos da relação entre poder estatal e povos indígenas subjacentes à trajetória da legislação pertinente, com o objetivo principal de situar filosoficamente as bases do paradigma da integração e da corrente da antropologia que o fundamentou, o chamado *evolucionismo unilinear*. O capítulo se inicia com uma reflexão sobre a questão do *outro* e sua importância para o desenvolvimento do pensamento humanista europeu. Em seguida abordamos a conquista territorial em sua dimensão de *poder constituinte*, ou seja, de poder de autoconstituição do Estado. A maior parte do capítulo é dedicada, porém, a uma síntese de determinados aspectos do pensamento de Michel Foucault, que adotamos como marco teórico da pesquisa.

A adoção de algumas idéias de Foucault – autor, diga-se, pouco estudado por juristas (em especial fora dos domínios do direito penal e da criminologia), a despeito da riqueza de possibilidades que sua obra oferece à pesquisa jurídica – foi inspirada inicialmente pela leitura da obra *Um grande cerco de paz*, que sintetiza a tese de doutorado do antropólogo Antônio Carlos Souza Lima acerca da trajetória do SPI – o Serviço de Proteção ao Índio. O

autor lança mão do pensamento do filósofo francês para analisar o governo dos índios em sua dimensão de *guerra de conquista*. Além desse aspecto, consideramos que a obra de Foucault oferece subsídios ao estudo de outros temas relacionados à presente pesquisa, especialmente da formação das ciências naturais e de seus critérios normativos inspiradores do evolucionismo antropológico; do desenvolvimento das ciências humanas e de suas técnicas de governo das populações; da conquista como fundamento da soberania; dos fundamentos éticos do direito à diversidade e à resistência; e principalmente das técnicas de normalização utilizadas pelos órgãos e prepostos estatais no governo dos índios, de modo subjacente ao desenvolvimento da legislação e visando à consecução de objetivos estratégicos freqüentemente estranhos aos princípios positivados.

No capítulo subsequente (item 4), o estudo se volta para a dogmática jurídica. Primeiramente é analisado o conceito de *programa normativo constitucional*, pertencente à *metódica constitucional* concebida pelo autor alemão Friedrich Müller e adotada pelo português Gomes Canotilho – conceito este que constitui o elemento inicial para a interpretação das normas constitucionais, especialmente daquelas de natureza "aberta", consagradoras de princípios ou de direitos fundamentais.

Tal abordagem revela-se adequada na medida em que na metódica constitucional a *concretização* da Constituição é compreendida como uma tarefa que cabe também ao governo, à administração pública e à legislação, não menos que à jurisprudência ou à ciência do direito. Essa via possibilita evitar a deturpada e propagada concepção de que a interpretação e a concretização da Constituição seriam tarefas precipuamente judiciais. O foco

da presente pesquisa, ao contrário, volta-se para a concretização constitucional realizada pelos órgãos administrativos do Estado.

Em seguida, analisamos os contornos do mencionado *paradigma da interação* e buscamos demonstrar que o *caput* do art. 231 da Constituição de 1988 – principal norma constitucional relativa aos direitos dos índios – estabelece norma de direito fundamental.

Passamos em seguida à análise dos princípios da tutela-proteção e da autonomia dos povos indígenas, implícitos no texto constitucional e fundamentais ao tratamento constitucionalmente adequado da "questão indígena" e à concretização dos direitos dos índios.

Ao final, procedemos à análise do ainda vigente Estatuto do Índio e do projeto de lei que visa substituí-lo, o chamado Estatuto das Sociedades Indígenas (PL 2.057), atendo aos aspectos relacionados com os princípios constitucionais estudados e tendo como norte a adequação de ambos os textos legais às normas constitucionais pertinentes.

## 2. Legislação e política indigenista no Brasil: aspectos históricos

### 2.1. Brasil colônia

No século XIX o maranhense João Francisco Lisboa, pioneiro no estudo da legislação e da política da Coroa portuguesa para os indígenas brasileiros, já apontava que a *liberdade dos índios* constituiu a "*questão abrasadora*" do período colonial<sup>3</sup>.

No período colonial, a ação indigenista de Portugal girou em torno de duas vertentes, a partir da distinção legal entre *índios aldeados* – que consentiam com a política colonial – e *gentios bravios*, dos quais a lei autorizava a submissão através da guerra justa.

A política de aldeamento, que se revelaria crucial para o sucesso da empreitada colonial, surgiu da pena do jesuíta Manuel da Nóbrega<sup>4</sup> e sua inovadora teoria do *consentimento pelo medo*<sup>5</sup>.

A questão central dos primeiros anos de contato com os portugueses a importância do trabalho indígena para o desenvolvimento econômico da colônia. Nesse sentido, o aldeamento representava a realização do projeto colonial, um mecanismo de ocupação e defesa, estimulando o contato entre

---

<sup>3</sup> É de se destacar que o debate jurídico colonial português foi muito menos rico que o espanhol. Apesar da profusão de textos legislativos, eles nunca foram adequadamente compilados; além disto, o estudo do indigenismo no Brasil colonial tradicionalmente privilegiou os aspectos políticos e econômicos, em detrimento do estudo jurídico (PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Índios livres e índios escravos*, p. 115).

<sup>4</sup> Nóbrega (1517-1570), chefe da primeira missão jesuíta à América, estudou direito canônico e filosofia nas Universidades de Salamanca e de Coimbra, antes de embarcar para o Brasil, aos 32 anos, no cortejo de Tomé de Sousa. Conselheiro do primeiro governador-geral da colônia e também do administrador Mem de Sá, Nóbrega participou da fundação das cidades de Salvador, do Rio de Janeiro e de São Paulo e se tornou o principal ideólogo do projeto colonial. Sua atuação foi fundamental para a pacificação dos Tamoios e a subsequente expulsão dos franceses da região da baía da Guanabara. Viajou com frequência pela costa brasileira, de São Vicente a Pernambuco, acompanhando de perto o desenvolvimento das aldeias e se tornando também patrono dos colégios jesuítas. Faleceu no Rio de Janeiro.

<sup>5</sup> Tanto a política de aldeamento como a doutrina da guerra justa se fundam nos escritos de Nóbrega, que partiu da negação da legitimidade da conversão pela força e, através de uma radical reformulação do tomismo, chegou à doutrina do *consentimento pelo medo* (EISENBERG, José. *As missões jesuítas e o pensamento político moderno*, p. 22). Nesse sentido, Nóbrega transmutou a liberdade natural dos índios em uma formulação de liberdade política e igualdade jurídica, formando uma base contratual para a relação entre índios e colonizadores (Op. cit., p. 153).



indígenas, colonos e religiosos, facilitando a catequização e a utilização da mão-de-obra nativa<sup>6</sup>.

A força de trabalho indígena somente decaiu de importância ao longo do século XVIII, nas últimas décadas do período colonial, em consequência da exploração em larga escala de ouro e diamantes.

Na realidade, a população autóctone já havia sido largamente eliminada ou escravizada pelos bandeirantes e criadores de gado, não sendo mais capaz de suprir as necessidades das novas atividades econômicas. Tratava-se do início do tráfico negreiro e do ciclo do ouro, o último atraindo levas de portugueses, a ponto da população da colônia se aproximar da de Portugal.

Durante certo tempo predominou nos estudos históricos a idéia de que a política indigenista colonial teria se caracterizado por oscilações de rumo, na disputa política entre projetos opostos, um supostamente virtuoso (a catequização jesuíta<sup>7</sup>), o outro etnocida (a colonização e exploração econômica). Contudo, estudos mais recentes demonstram que, embora conflitantes, ambas as visões atendiam aos interesses da metrópole:

Fonte primária dessa legislação incoerente, a Coroa oscilava, segundo essas análises, ao tentar conciliar projetos incompatíveis, embora igualmente importantes para os seus interesses. Os gentios cuja conversão justificava a própria presença européia na América eram a mão-de-obra sem a qual não se podia cultivar a terra, defendê-la de ataques de inimigos tanto europeus quanto

---

<sup>6</sup> Para isso, desenvolveu-se uma estrutura feudal: um dado estamento da sociedade, vinculado ao soberano por um contrato, assumia funções militares e administrativas, percebendo em troca uma renda. Politicamente, o convívio fraternal dependia de negociações e entendimentos (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*, p. 37).

<sup>7</sup> A Companhia de Jesus foi criada em 1534 pelo espanhol Ignácio de Loyola, no bojo da Contra-Reforma, com o fim principal de catequização dos povos habitantes das colônias européias nas Américas. Dezesesseis anos depois, os jesuítas chegaram ao Brasil juntamente com Tomé de Sousa e Nóbrega. Pela tradicional doutrina ostiana, o Vaticano deteria poderes espirituais e temporais quanto aos infiéis, inclusive aos nativos do Novo Mundo – tese rejeitada pelos reinos de Portugal e Espanha, com base na teologia de São Tomás e do papa Inocêncio IV, para defender que a chegada do Cristo não havia anulado a soberania dos gentios. Desse modo, a soberania pode ser legitimamente *conquistada* (CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos do índio*, p. 54).

indígenas, enfim, sem a qual o projeto colonial era inviável. Os missionários, principalmente jesuítas, defendiam a liberdade dos índios, mas eram acusados pelos colonos de quererem apenas garantir o seu controle absoluto sobre a mão-de-obra e impedi-los de utilizá-la para permitir o florescimento da colônia. Os jesuítas defendiam princípios religiosos e morais e, além disso, mantinham os índios aldeados e sob controle, garantindo a paz na colônia. Os colonos garantiam o rendimento econômico da colônia, absolutamente vital para Portugal, desde que a decadência do comércio com a Índia tornara o Brasil a principal fonte de renda da metrópole. Dividida e pressionada de ambos os lados, a Coroa teria produzido uma legislação indigenista contraditória, oscilante e hipócrita.<sup>8</sup>

Além das Ordenações portuguesas que tinham vigência também no território das colônias, neste período a legislação brasileira consistia em regimentos expedidos pelos governadores locais e também de cartas régias, leis, alvarás e provisões régias. Todos os atos eram assinados pelo rei, que contava para isto com a assessoria de conselhos consultivos.

Nos casos em que fosse necessário, formavam-se juntas para a análise *in loco* de questões controversas. Por isto, a legislação emanada diretamente da Coroa muitas vezes abordava questões bastante específicas e locais<sup>9</sup>.

A par do ordenamento jurídico, não se pode olvidar o modelo pelo qual o território brasileiro foi inicialmente ocupado. O regime de capitanias hereditárias, embora tenha oficialmente vigido por pouco tempo<sup>10</sup>, influenciou

---

<sup>8</sup> PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 116.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 117.

<sup>10</sup> Instituído em 1534 pelo rei D. João III, o regime de capitanias hereditárias deixou de existir, em tese, com a chegada à colônia do primeiro governador, o português Tomé de Sousa, em 1549. A esta altura apenas São Vicente e Pernambuco, dentre as doze capitanias originais, haviam prosperado economicamente. Contudo, é de se destacar que a instituição do Governo Geral *não importou na extinção do sistema de sesmarias* instituído juntamente com as capitanias hereditárias (MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *O feudo*, p. 75).

Freqüentemente lançaremos mãos das informações contidas no livro de Moniz Bandeira, resultado de alentada pesquisa acerca da história da sesmaria que originou a Casa da Torre de Garcia d'Ávila, demonstrando detalhadamente como o nascente país se *territorializou*. Da sede da sesmaria, situada em uma fortaleza ao norte do rio Jacuípe (a Torre de Tatuapara), os senhores do feudo e seus donatários

decisivamente a ocupação do território e deixou marcas, ainda presentes, na estrutura fundiária do país.

Com a instituição das capitânicas hereditárias passou a vigorar na colônia o sistema de sesmarias, pelo qual terras abandonadas ou não aproveitadas por proprietários negligentes podiam ser transferidas pela Coroa a particulares, por requerimento dos mesmos, para utilização na produção agrícola. Com a chegada ao Brasil de Tomé de Sousa, o poder de concessão das sesmarias passou a ser do governador-geral<sup>11</sup>.

Quanto às freqüentes oscilações e contradições da legislação colonial, sobejamente apontadas por historiadores, é possível depreender do estado da arte dos estudos históricos que as mesmas devem ser entendidas à luz da distinção entre índios amigos e inimigos, vale dizer, entre gentios *aldeados* e *bravios*. Desta forma, a aparente falta de coerência revela, na realidade, duas linhas paralelas de atuação, que convergiam no sentido de conferir direitos mais amplos aos indígenas que se submetessem à disciplina imposta pela Coroa<sup>12</sup>.

Em 1566 o administrador colonial Mem de Sá, à frente de uma junta legislativa com três membros, promulgou o primeiro conjunto sistemático de

---

partiram da região da Bahia de Todos os Santos e promoveram a colonização do leito do Rio São Francisco até os confins dos sertões do Nordeste, estendendo-se ao final por uma área com mais de dois mil e quatrocentos quilômetros de extensão, iniciando na Bahia e chegando à divisa do Piauí com o Maranhão.

Por ora, basta salientar que o sistema de sesmarias guardava relação com o feudalismo, por importar na atribuição de poderes típicos de Estado aos proprietários dessas imensas porções de terra. Com as capitânicas hereditárias e as sesmarias foi instituída uma forte estrutura de poder, fundada em relações de compadrio "nobiliárquico", subordinada e ao mesmo tempo paralela ao poder da Coroa portuguesa. Como sintetizou R. FAORO (Op. cit, p. 18), ao príncipe incumbia *regnare*, enquanto os senhores exerciam o *dominare*.

<sup>11</sup> BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*, p. 58.

<sup>12</sup> Estas duas linhas se sobrepuseram apenas a partir das "grandes leis da liberdade", como veremos.

legislação sobre os índios brasileiros<sup>13</sup>, disciplinando a possibilidade de sua escravização voluntária<sup>14</sup>.

### 2.1.1. Índios amigos e gentios bravios

Ao projeto colonial interessava, principalmente, garantir mão-de-obra nativa e estabelecer bases para a exploração econômica do novo território. Para consecução deste objetivo, foram fundamentais as políticas de *descimento* e de *aldeamento*.

O *descimento* consistia no deslocamento de povos inteiros dos chamados *sertões* até a proximidade de povoados portugueses. Essa era uma tarefa a cargo ora de moradores ora de religiosos, a depender da legislação ao longo do tempo, mas sempre com a presença de missionários<sup>15</sup>: uma vez *descidos*, os índios deviam ser catequizados e *civilizados*.

Na linha de Nóbrega, os meios de convencimento deveriam ser pacíficos (a coação passou a ser admitida apenas no séc. XVIII), podendo incluir a celebração de pactos com inviolabilidade legalmente assegurada<sup>16</sup>. Iniciados os descimentos, a colaboração dos próprios índios tornou-se essencial para a

---

<sup>13</sup> Lei de 30/7/1566.

As fontes manuscritas dos documentos referidos no presente capítulo encontram-se no Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e na Biblioteca Nacional de Lisboa. As referências se baseiam nos trabalhos de Beatriz Perrone-Moisés, Marco Antonio Barbosa, Moniz Bandeira e João Mendes Junior, além do artigo conjunto de Manuel Miranda e Alípio Bandeira.

Cabe apontar que as Cartas Régias, Leis, Alvarás em forma de lei e Provisões Régias eram assinadas pelo próprio rei, assim como os Regimentos elaborados pelos governadores gerais. Esses últimos, por sua vez, firmavam Decretos, Alvarás e Bandos, para regulamentação da legislação emanada da metrópole.

<sup>14</sup> "Essa lei determinava que os índios só poderiam vender a si mesmos em caso de extrema necessidade, sendo que todos os casos deveriam obrigatoriamente ser submetidos à autoridade central para exame" (EISENBERG. Op. cit., p. 139).

<sup>15</sup> Lei de 24/2/1587.

<sup>16</sup> Um exemplo é a Carta Régia de 3/2/1701, sobre o descimento de Aruans no Maranhão (sem olvidar que a colônia inicialmente se dividia em Estado do Maranhão e Estado do Brasil).

Por outro lado, deve-se salientar que há registros de quebra de pactos por parte dos portugueses ainda nos primeiros anos da colonização, como no caso que resultou no ataque de indígenas a Piratininga (atual cidade de São Paulo) em 1562, mencionado por João Mendes Junior (MENDES JUNIOR. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, p. 26 e seguintes).

seqüência desse processo, adentrando cada vez mais nos sertões<sup>17</sup>. Daí o aldeamento, como forma de sedentarizar e converter os índios amigos<sup>18</sup>.

As terras das aldeias, formadas a partir dos descimentos, eram garantidas aos índios desde o início<sup>19</sup>. Inicialmente a administração das aldeias foi confiada aos jesuítas<sup>20</sup>, mas mudanças legais posteriores introduziram a administração temporal<sup>21</sup>. O aldeamento visava principalmente à conversão e civilização dos índios e à sua utilização como mão-de-obra.

Aos índios aldeados e aliados, sempre se reconheceu a liberdade, desde os primórdios da colonização<sup>22</sup> – o que incluía a posse das terras das aldeias e o direito a salários e a bom tratamento. Em *troca* os colonos tinham o poder de exigir dos indígenas o trabalho compulsório.

---

<sup>17</sup> PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 118.

<sup>18</sup> Na doutrina jesuíta a estratégia de aldeamento surgiu da imaginação de Nóbrega, que aproveitou a estada no Rio Vermelho, nas proximidades da capital colonial, enquanto aguardava a chegada do governador-geral Mem de Sá, para refletir e escrever. Como resultado, escreveu uma carta a seu superior em Portugal defendendo sua criação, as aldeias. O surgimento dessa nova instituição missionária partia de uma crucial inovação, resultante de reinterpretação ousada do tomismo: aos índios continua a se reconhecer a liberdade, que passa a incluir o *direito de vender livremente a própria liberdade* (EISENBERG. Op. cit., p. 14) O autor destaca que Nóbrega nutria incerteza quanto à possível resposta da metrópole, até porque se encontrava proibido de escrever diretamente à Coroa. A política de aldeamento, porém, não apenas foi adotada, iniciando a expansão a partir da Bahia, como obteve êxito excepcional.

<sup>19</sup> O Alvará de 26/7/1596 consagrou o adágio "*senhores das terras da aldeia, como o são na serra*". Posteriormente, o Alvará de 1/4/1680 (reiterado pela Lei de 6/6/1755) viria explicitar e ampliar essa proteção. O direito originário dos índios às próprias terras será analisado de forma mais detida ao tratarmos da teoria do *indigenato*, formulada pioneiramente pelo jurista paulista João Mendes Junior no início do século XX.

<sup>20</sup> A Lei Régia de 3/7/1609 proibiu a escravização de índios, reconheceu seus direitos territoriais e entregou sua civilização e catequese à Companhia de Jesus. Ao longo do tempo houve idas e vindas, com a administração religiosa sendo reafirmada pela Lei de 9/4/1655, em seguida proibida pela Lei de 12/9/1663, depois restaurada pela Lei de 1/10/1680 e pelo Regimento das Missões de 21/12/1686, até ser expressa e definitivamente revogada pelo marquês de Pombal em 1755.

<sup>21</sup> A administração leiga foi introduzida, de fato, no Maranhão e no Pará. As denúncias de abusos levaram à sua proibição expressa pelo Alvará de 8/6/1625, contra o qual se insurgiram os colonos (cf. MIRANDA, Manuel; BANDEIRA, Alípio. *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena*, p. 32). Em seguida, a administração pelos colonos foi proibida pelo Alvará de 10/11/1647, para ser restaurada pela mencionada Lei de 12/9/1663.

É importante reiterar que a administração laica, a despeito das dificuldades ocorridas, era compatível com o pensamento de Nóbrega, norteador do projeto colonial.

<sup>22</sup> À guisa de exemplo, podem ser citadas as Leis de novembro de 1505, de 30/7/1609, de 10/9/1611, de 17/10/1653 e de 1/4/1680, os Alvarás de 10/11/1647 e 8/5/1758, a Provisão de 5/7/1605 e as Cartas Régias de 29/4/1667 e 5/7/1715.

Nomeava-se entre os mais velhos um *capitão*, com autoridade restrita à de transmitir a seus pares ordens dos administradores e de figurar como *principal* em atos públicos<sup>23</sup>.

Os aldeamentos eram planejados geralmente próximos a povoações, de modo a facilitar os contatos entre indígenas e colonos e também por critérios estratégicos de defesa do território<sup>24</sup>.

Desde o início o trabalho indígena era remunerado. Previam-se percentuais compulsórios de indivíduos para servir à Coroa em guerras e descimentos e também aos colonos. Contudo nem sempre o direito à remuneração era respeitado, ao argumento de que a liberdade era nociva aos índios, que livres nunca poderiam sair da barbárie.

Inicialmente a administração das aldeias foi confiada aos jesuítas<sup>25</sup>. O primeiro governo leigo foi instituído em 1611, mas a administração por religiosos permaneceu como regra. A Lei de 1655 para o Maranhão chegou mesmo a proibir a administração temporal, facultando o governo das aldeias aos missionários ou aos chefes indígenas.

Nos aldeamentos, promovia-se a conversão dos *gentios*, a alfabetização das crianças, o treinamento dos adultos para o trabalho e também a organização de grupos militares para a defesa dos aldeamentos. As escolas dos aldeamentos abrigavam, além de crianças indígenas, mestiços e filhos de colonos.

Não se pode negar a franqueza da convicção humanista na conversão religiosa e no próprio projeto colonial como caminhos naturais do processo de

---

<sup>23</sup> MENDES JUNIOR. Op. cit., p. 31.

<sup>24</sup> A importância dada ao aspecto militar da política indigenista manteve-se ao longo do tempo, tornando-se central a partir do início do século XX.

<sup>25</sup> PERRONE-MOISÉS, Op. cit., p. 119.

*civilização dos índios*. A catequização era a justificação primeira do projeto colonial, a imperiosa necessidade salvar as almas dos índios.

O fundamento da ação estatal somente se afastaria por completo da religião no século XVIII, nos primórdios do positivismo filosófico. A salvação da alma daria lugar, então, à felicidade como característica maior da civilização, sujeita a leis positivas<sup>26</sup>.

Destarte, foi preponderante o papel desempenhado pelos missionários no período colonial, contrapondo o humanismo cristão à pura e simples exploração da força de trabalho indígena. O contraponto entre o ideal missionário e a exploração econômica da colônia e do trabalho nativo não importava necessariamente em exclusão de um princípio em favor de outro; as duas visões, afinal, serviam ao projeto colonial da Coroa. A dinâmica entre objetivos e fundamentos filosóficos contraditórios explica a oscilação da legislação, com variações no grau da liberdade reconhecida aos índios e também da violência utilizada no combate aos bravos.

Gradualmente se expandiram os governos leigos, permanecendo reservada aos jesuítas a jurisdição espiritual sobre os índios. Em alguns casos a administração era devolvida aos missionários pelo argumento de que o principal objetivo dos aldeamentos era a conversão<sup>27</sup>. O governo era concedido aos colonos nos locais em que a mão-de-obra indígena fosse essencial para o desenvolvimento da agricultura.

---

<sup>26</sup> Op. cit., p. 122. É importante reconhecer, ainda, o papel desempenhado pelos próprios povos indígenas no processo histórico, evidentemente em posição menos vantajosa que a dos colonizadores. As especificidades dos diversos contatos ocorridos no extenso território da colônia também influíram nas oscilações da legislação, constituindo equívoco considerar essa última a expressão de um *"mero projeto de dominação mascarado em discussão jurídica"* (Op. cit., p. 129).

<sup>27</sup> É o caso das Cartas Régias de 1647 e 1680 para o estado do Brasil, da Carta Régia de 1684 para o Maranhão e do Regimento das Missões de 1686.

A reunião de povos diferentes na mesma aldeia era condicionada à mútua concordância. Este *direito político* conferido aos índios constituía também uma medida de cautela, uma vez que o aldeamento conjunto de povos inimigos dificilmente poderia ser bem sucedido.

A administração das aldeias foi, de fato, questão de grande oscilação nos textos legais do período colonial, dada à contradição entre os objetivos de catequização dos índios e da utilização de sua força de trabalho<sup>28</sup>.

Mesmo com as mutações legais, pode-se afirmar que o aldeamento constituiu a política estatal mais marcante do período colonial relativamente aos índios, já que conciliava diferentes objetivos: a ocupação do território e sua defesa, a catequização dos povos *bárbaros* e a criação de reservas de mão-de-obra. A *conversão à civilização* era requisito para o reconhecimento da liberdade dos *gentios*, mantendo o governo o poder de convocá-los para trabalho nas aldeias e em expedições de descimento. A remuneração pelo trabalho era um direito garantido originariamente, todavia largamente desrespeitado, tendo sido comuns casos de maus-tratos e escravização<sup>29</sup>.

A contumaz inobservância desses direitos positivos tornou necessária a figura do procurador dos índios<sup>30</sup>. Foram criadas juntas para fiscalização de direitos trabalhistas e análise de casos de cativo<sup>31</sup>, e os ouvidores gerais detinham poderes de fiscalização. A Lei de 1653 garantiu o acesso à justiça

---

<sup>28</sup> PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 120.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> São exemplos de instituição de procurador dos índios o Alvará de 26/7/1596, a Lei de 9/4/1655 e o Regimento das Missões de 1686. Há registro de um caso, ocorrido no Maranhão em 1701, da prisão de um procurador, com vistas a garantir a observância de leis favoráveis aos índios (PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 121).

<sup>31</sup> Como nos casos da Lei de 9/4/1655 e da Carta Régia de 3/2/1701.



aos índios cativos, tornando-se o primeiro texto legal a tratar da alforria, categoria jurídica já reconhecida, anteriormente, em situações concretas<sup>32</sup>.

Ao longo do período colonial perdurou a correlação entre liberdade e aldeamento, ou seja, reconhecia-se a liberdade aos índios aldeados. Isto fica claro nas leis que estabeleciam o aldeamento como *punição aos colonos que ilegalmente escravizassem os índios*<sup>33</sup>.

Um dos resultados foi o agravamento dos atritos entre colonos e religiosos, já que para os primeiros a política de aldeamento obstava a obtenção de mão-de-obra escrava, a qual, por força de lei, deveria ser formada apenas por indígenas bravios e fugitivos dos aldeamentos<sup>34</sup>. Logo se tornaram freqüentes os casos de escravização ilegal de índios, levando a Coroa portuguesa a cessar a distinção e estender a liberdade a todos os índios, para garantir ao menos a liberdade dos aldeados. Surgiam as chamadas *grandes leis da liberdade*<sup>35</sup>.

Assim como a liberdade era atributo dos índios aldeados<sup>36</sup>, o destino natural dos *gentios bravios* era a escravização. A escravização constituía o mecanismo coercitivo para *impor a civilização e a salvação das almas aos*

---

<sup>32</sup> O estudo do funcionamento desse sistema é prejudicado pela escassez de fontes originais. Beatriz Perrone-Moisés faz referência a alguns julgamentos de pleitos apresentados por índios, nos quais foram enfrentadas inclusive questões processuais (Op. cit., p. 122).

<sup>33</sup> É o caso do Regimento das Missões e também do Quartel da Câmara de São Paulo de 28/5/1635 e do Bando do Governador do Rio de Janeiro de 14/8/1696.

<sup>34</sup> No segundo caso o Regimento das Missões estabelecia que a escravização seria por prazo determinado, após o qual o indígena deveria retornar ao aldeamento.

<sup>35</sup> PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 122.

<sup>36</sup> É importante salientar a existência de relatos de escravização de índios já nos primeiros contatos com os portugueses, inclusive de aprisionamento de indígenas que não haviam demonstrado qualquer hostilidade contra estrangeiros. Não raro, os colonos lançavam mão de ardis para atrair indígenas até as embarcações, onde eram encarcerados para posterior venda, muitas vezes em outra capitania. Além disso, era comum se referir aos índios como os *negros da terra*, expressão que já denota a intenção de escravização (MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 66).

Destacamos também que a Carta Régia de 2/12/1808 estabelecia como requisito para criação de aldeamentos, em benefício de índios que buscassem essa *real proteção*, que o número de aldeados fosse grande o suficiente para permitir uma grande povoação; do contrário, os fazendeiros poderiam se servir gratuitamente da força de trabalho dos gentios, por um período que poderia ser de 12 ou de 20 anos, a depender da idade do indivíduo, desde que lhe fornecesse sustento, vestuário e ensino da religião (MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 41).

povos que resistissem ao aldeamento. Juridicamente, pode-se dizer que no período colonial a escravização era lícita em duas hipóteses: se decorrente de *guerra justa* ou de *resgate*<sup>37</sup>.

A filosofia de *tratamento justo* dos índios visava à preservação das aldeias, evitando insatisfações e fugas. O principal fundamento era de natureza religiosa, considerando a brandura essencial ao sucesso da catequização; a força deveria ser utilizada somente em casos extremos.

Em Portugal o precursor da doutrina da guerra justa foi o franciscano Álvaro Pais, que no século XIV estabeleceu como requisitos para a decretação de guerra um prévio ato injusto do oponente, a persecução de objetivos nobres (que não a cobiça ou a vingança, por exemplo) ou simplesmente a determinação por uma autoridade competente, que poderia ser o soberano ou a Igreja<sup>38</sup>.

No período de colonização do Brasil foram variados, ao longo do tempo e dos diversos textos legais, os motivos para a guerra justa contra gentios bravios. Sobre a maioria não havia consenso, fosse a recusa dos índios à conversão<sup>39</sup>, o impedimento da propagação da fé<sup>40</sup>, a quebra de pactos

---

<sup>37</sup> Como se pode concluir das Leis de 1609, 1680 e 1755. A escravização decorrente de guerra justa foi considerada lícita já nas Leis de 20/3/1570 e de 11/11/1595. A Lei de 30/6/1609 declarava a liberdade de todos os índios do Brasil, mas as constantes hostilidades entre gentios e colonizadores levaram a Lei de 10/9/1611 a restaurar a escravidão decorrente de guerra justa. Interessante destacar que o Alvará de 28/4/1688 autorizava, durante o período de guerra, a escravização dos índios infiéis; disso se conclui que aqueles que já tivessem se convertido ao cristianismo não podiam ser escravizados. A Carta Régia de 20/4/1708, por sua vez, autorizava a venda de índios em praça pública para indenização de despesas feitas pela Fazenda Real.

<sup>38</sup> PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 123.

<sup>39</sup> FLECK, Eliane. “*Estados de paz*” e “*estados de guerra*”, p. 8.

Nóbrega, como vimos, opunha-se à catequização pela força e defendia o consentimento pelo medo. A primeira tese, contudo, ganhou força a partir do pensamento do jesuíta espanhol Quirício Caxa, que viveu em Salvador e ocupou o cargo de secretário da primeira Congregação Provincial do Brasil. Caxa travou com Nóbrega acirrado debate quanto à idéia tomista de *extrema necessidade* e suas implicações para a natureza do *direito subjetivo*, chegando a um modelo que viria a influenciar outro importante teólogo jesuíta, a exemplo de Caxa nascido na cidade de Cuenca, o frei Luís de Molina (EISENBERG. Op. cit., p. 140-166).

celebrados<sup>41</sup>, a existência de escravidão entre os próprios índios<sup>42</sup>, ou a prática da antropofagia<sup>43</sup>.

A única justificação realmente incontroversa era a demonstração de hostilidade, por parte de indígenas, contra vassallos e aliados dos portugueses<sup>44</sup>. Não por outro era a justificativa mais utilizada, abusivamente o ponto de motivar a limitação em sua aplicação, chegando a estabelecer como justas apenas as guerras declaradas pelo próprio rei, desde que com base em testemunhos, estudos ou pareceres<sup>45</sup>.

É nítido, nos documentos da época, que os relatos e testemunhos utilizados para a justificação de guerras geralmente buscavam enfatizar a

---

A legitimação do poder político pelo consentimento gerado pelo medo, na forma do pensamento de Nóbrega, e o conceito de direito subjetivo de Caxa podem ser consideradas as contribuições mais importantes dos jesuítas para a teoria política (Op. cit., p. 167).

<sup>40</sup> A Provisão Régia de 17/10/1653, a Lei de 9/4/1655 para o Estado do Maranhão e o Alvará Régio de 28/4/1688 permitiam a guerra justa nos casos em que os índios tentassem impedir o trabalho de pregação. Contudo, a Lei de 9/4/1655, por exemplo, não reconhecia a recusa à aceitação da fé como motivo para a guerra justa, a exemplo do parecer de um desembargador datado de 1605 e mesmo do Regimento de Tomé de Sousa de 1548, que já considerava a violência como prejudicial à conversão.

Esse é um dos temas mais controversos do período e existem documentos demonstrando que até mesmo José de Anchieta e Manoel da Nóbrega defendiam a guerra e a sujeição como meios para conversão dos índios (PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 124. FLECK. Op. cit., p. 10).

<sup>41</sup> Provisão Régia de 17/10/1653.

<sup>42</sup> Além da controvérsia quanto à afirmação, é verdadeiramente impossível saber em que extensão existiria escravidão, considerando a grande quantidade de grupos indígenas no território (EISENBERG. Op. cit., p. 138).

<sup>43</sup> A inclusão da antropofagia entre os motivos para a guerra justa se baseava em textos literários portugueses do século XVI, sob o argumento de que se tratava de uma prática contrária às leis da natureza, o que tornava moralmente obrigatório impedir que cristãos fossem vítimas deste tipo de sacrifício.

Contudo, havia oposições à supressão da liberdade dos gentios em razão do canibalismo. Se nem mesmo os civilizados cristãos podiam ser privados do "*domínio do que têm*" como castigo pela prática de um pecado mortal, menos ainda deveriam ser os selvagens (PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 124).

Em geral, considerava-se a antropofagia como uma característica agravante; somente a Provisão de 17/10/1653 a estabeleceu como causa isoladamente suficiente para justificação da guerra.

Interessante observar, ainda, que a introdução, pelos colonizadores, de hábitos mercantilistas entre os índios foi um dos fatores preponderantes para o fim da antropofagia (juntamente com a catequização), pois tornaram mais atraente *vender* os prisioneiros do que devorá-los nos rituais (MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 88).

<sup>44</sup> Carta Régia de 1537, Regimento de Tomé de Sousa de 1548, Lei de 20/3/1570, Lei de 22/8/1587, Lei de 11/11/1595, Provisão de 26/7/1596, Lei de 10/9/1611, Lei de 9/4/1655, Lei de 2/9/1684, Carta Régia de 11/10/1707 para o Maranhão e Cartas do vice-rei do Brasil de 1723 e 1726, entre outros documentos.

<sup>45</sup> Leis de 11/11/1597 e de 9/4/1655. Houve guerras declaradas injustas, determinando-se com isto a libertação dos prisioneiros (Cartas Régias de 22/9/1605 e 17/1/1691 e Consulta do Conselho Ultramarino de 27/4/1731). Por sua vez, a Lei de 1/4/1680 chegou a proibir completamente as guerras e a escravização de índios, com o objetivo declarado de coibir abusos, tornados comuns já àquela altura.

hostilidade dos índios, lançando mão de expressões contundentes como *ferocidade, ruim inclinação* ou *barbaridade*<sup>46</sup>.

Destarte, pode-se afirmar que *"a colonização de todo o Brasil, àquele tempo, ocorreu em meio de uma guerra contínua contra os índios, para a qual os portugueses sempre se valeram do apoio de outros índios, contando com a rivalidade entre eles"*<sup>47</sup>.

Do mesmo modo que o aldeamento era a realização do projeto colonial, a guerra era sua negação<sup>48</sup> e por isto era encarada como último recurso, somente após esgotadas as tentativas de pacificação. Embora a guerra freqüentemente fosse movida por interesses econômicos, pode-se afirmar que era caloroso o debate sobre suas justificativas morais e jurídicas.

Uma vez decretada a guerra, ela deveria ser total. Além de autorizar a morte e escravização dos índios, recomendava-se a queima e destruição de aldeias e a imposição de castigos exemplares, com o fim de alertar outros povos quanto às conseqüências que poderiam advir da resistência<sup>49</sup>.

Na prática, a escravização de indígenas atendeu muito mais a objetivos econômicos do que aos requisitos da guerra justa, em especial a partir do momento em que os colonos, além da monocultura e da pecuária, voltaram-se também para a busca das riquezas do solo:

A ambição de localizar as minas de prata ainda mais impulsionou as entradas no sertão, sob o pretexto de combater os índios, já não mais chamados gentios, mas bárbaros, que se insurgiam e atacavam vilas, engenhos e

---

<sup>46</sup> PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 126.

<sup>47</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 101.

<sup>48</sup> PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 124.

<sup>49</sup> São vários os exemplos de textos legais e documentos neste sentido, podendo ser destacados o Regimento de Tomé de Sousa de 1548, o Regimento de 24/12/1654 para a Bahia, a Carta do governador-geral do Brasil de 14/3/1688 para o Rio Grande e a Carta Régia de 25/10/1707 para o Maranhão. As recomendações de guerra *rigorosa, total* ou *veemente* são especialmente numerosas no século XVII e início do século XVIII, freqüentemente com a recomendação de castigos exemplares, como açoites e degolamento de líderes rebeldes (PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 126).

rebanhos de gado, inconformados com a apropriação de suas terras e adversos à escravização à qual os colonos tratavam de submetê-los. Esta prática, apesar de que várias provisões régias desde 1570 considerassem os índios livres e proibissem rigorosamente sua escravização, não foram, na verdade, aplicadas. A contradição entre ilegalidade formal da escravidão de índios, que as ordenações régias só permitiam no caso de "guerra justa", e a continuidade efetiva de sua captura persistiu. Depois que os holandeses passaram a dominar o Atlântico sul, a ocuparem não só o Nordeste brasileiro, mas também Angola, no lado da África, afetando todo o tráfico de escravos negros para as colônias de Portugal e Espanha, os bandeirantes da capitania de S. Vicente intensificaram a captura de índios, tanto com o objetivo de empregá-los em suas próprias lavouras e engenhos quanto de vendê-los a outras capitanias ou até mesmo exportá-los. Em menos de seis anos, eles devastaram mais de 300 aldeias ao redor de S. Paulo, matando mais de 200.000 indígenas, e ao avançarem pelo sertão dizimaram os numerosos tupiniquins que habitavam o vale do Tietê e o alto Paraíba. Esta *razzia* constituiu um dos fatores que compeliram os tapuias (denominação genérica dada às várias tribos que povoavam o interior) a migrar para o centro e o Nordeste da colônia, onde se concentraram.<sup>50</sup>

Além da guerra justa, pela qual se escravizavam gentios hostis e inimigos<sup>51</sup>, a escravização poderia decorrer também do *resgates*, ou seja, da compra ou libertação de prisioneiros dos índios<sup>52</sup>. Nestes casos era temporária, instituída como forma de *pagamento*, de *contraprestação* pela salvação. Com isso, estimulavam-se os colonos a promover os resgates para com isso

---

<sup>50</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 152-153. Há de se reconhecer, ainda, o crucial papel que a escravização dos nativos representou para a própria agricultura do período colonial (MELO FRANCO, Afonso Arinos. *O índio brasileiro e a Revolução Francesa*, p. 70).

<sup>51</sup> Moniz Bandeira destaca a importância da escravização dos índios no processo de colonização, como instrumento de *despovoamento* dos sertões, viabilizando o subsequente povoamento por colonos. Para o autor, a função exercida pela escravidão foi complementada, ainda que involuntariamente, pelas epidemias causadas por microorganismos antes inexistentes no continente americano. Em menos de três meses do ano de 1562, a varíola vitimou, apenas na Bahia, mais de trinta mil índios escravos ou recém alforriados, conforme relato de José de Anchieta (MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 101).

<sup>52</sup> A licitude da escravização decorrente de resgate remonta à Lei de 1587. Posteriormente veio a ser prevista no Regimento de 21/2/1603, na Lei de 10/9/1611 e na Provisão Régia de 17/10/1653, entre outros documentos. Em alguns casos, como no do Regimento de 25/5/1624, ela se restringia ao caso de resgate de cativos destinados ao sacrifício, a serem devorados nos rituais de antropofagia.

obterem mão-de-obra para a lide no campo. Como requisito de validade do cativo a lei exigia apenas que os beneficiários assumissem a obrigação de tratar bem os cativos, convertendo-os e civilizando-os<sup>53</sup>.

### **2.1.2. Os jesuítas e a política pombalina**

A tese corrente que situa em pólos opostos da política colonial o projeto jesuíta e a ação dos colonos não se sustenta, pois ambas visões atendiam aos interesses da metrópole. Dito isso, não se pode negar que na doutrina da Companhia de Jesus o trabalho de evangelização se revestia do mais genuíno humanismo cristão, remetendo a São Tomás de Aquino.

Na esfera prática, o sucesso do trabalho de catequização dos jesuítas dependia em grande parte do respeito à organização social dos nativos. As *disciplinas* impostas aos indígenas não podiam representar agressão frontal a seus costumes, sob pena de gerar revolta.

Nesse sentido, uma das técnicas mais bem sucedidas era a instituição de um regime de propriedade coletivista da terra, o que acabou sendo rechaçado pela metrópole, como narra Moniz Bandeira:

Os padres da Companhia de Jesus, que chegaram ao Brasil com Tomé de Sousa, foram os que mais se empenharam na catequese dos índios e entenderam que os trariam mais facilmente para a Igreja se respeitassem sua organização social e seus costumes. Trataram, por isto, de aproveitar as formas comunitárias da sociedade tribal e nelas estabeleceram rígida disciplina, em função de seus objetivos econômicos, políticos e religiosos. E, assim como fizeram nas missões que implantaram no sul do Brasil, até o Uruguai, Argentina e Paraguai, eles organizaram as aldeias dos índios no sertão do rio S. Francisco e seus afluentes em moldes assemelhados ao comunismo dos primitivos cristãos, a partir das formações sociais preexistentes nas suas tribos, nas quais o direito de propriedade sobre a terra não existia.

---

<sup>53</sup> PERRONE-MOISÉS. Op. cit., p. 128.

Nas missões da Bacia do Prata, as quais mais se sobressaíram e foram chamadas de República Guarani, eles inicialmente admitiram a existência de terras comuns a todos (*tabambaé*) e da área considerada como propriedade de Deus (*Tupambaé*), sendo a produção recolhida aos armazéns da comunidade, administrados pelos padre da Companhia de Jesus, que a repartiam segundo a necessidade de cada família. Mas a Coroa da Espanha, sob a pressão dos colonizadores que se assustaram com aquela organização social, compeliu os jesuítas a instituírem outro tipo de propriedade (*abambaé*), estabelecendo junto a cada palhoça uma gleba de terra, na qual o chefe de família, a possui-la individualmente, trabalhava um ou dois dias na semana, para entregar a colheita aos armazéns da coletividade, em troca de víveres, sementes, roupas ou qualquer outra coisa que necessitasse.<sup>54</sup>

O sistema de missões se inseria em um projeto mais amplo da Companhia de Jesus, que pretendia criar uma República de contornos realmente peculiares. A República jesuíta seria um *Estado autóctone e clerical*, tendo como idioma a *língua geral*, estendendo-se da Bacia do Prata à região amazônica e o nordeste do Brasil. Uma vez mais, recorremos ao detalhado estudo de Moniz Bandeira:

Com efeito, as missões ou reduções organizadas pelos padres configuravam novo e completo sistema de colonização e terminariam por subtrair os povos indígenas da jurisdição dos senhores de terra e, em conseqüência, da própria Coroa de Espanha e Portugal. E esse trabalho, meticulosamente executado, com todo o rigor doutrinário característico da Companhia de Jesus, consubstanciou interesses econômicos, sociais e políticos que sobrelevaram os objetivos de evangelização, ao investirem-se os padres de toda a autoridade sobre os índios aldeados, ou seja, sobre a população local, da qual os brancos estavam evidentemente excluídos. O fato de que os jesuítas trataram de conduzir as missões com a mais absoluta independência e soberania evidenciou-se claramente na organização de um governo interno, submetido a um espécie de municipalidade, com eleição popular e ânua, cujos membros eram todos índios, e com suas próprias leis civis e penais. Eles constituíam a

---

<sup>54</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 162-163.

única fonte de administração da justiça e castigavam, ao seu arbítrio, as faltas cometidas pelos índios, impondo-lhes penas que variavam desde a penitência pública até a mais grave, exceto a de morte. Nas aldeias dos jesuítas não entravam bispos, justiça nem ministros eclesiásticos, ou seculares a fazer suas obrigações.<sup>55</sup>

O *thelos* político desse projeto suplantou a justificação primeira da presença jesuíta no território brasileiro, que era de natureza religiosa: a missão de catequização. Tanto como os colonos, os jesuítas exploravam economicamente as terras sob seu controle, motivo pelo qual também para as missões a mão-de-obra indígena era importante.

As fazendas e colégios se justificavam pela necessidade de gerar os recursos para a sustentação das aldeias, além da crucial importância da mão-de-obra indígena<sup>56</sup>.

O humanismo cristão não impedia que os índios fossem escravizados, para trabalho principalmente na pecuária. A diferença residia na natureza das disciplinas impostas, menos brutais que os meios de persuasão usados pelos colonos.

Na realidade, a busca de prosperidade econômica pelas missões se inseria em um ambicioso projeto de poder da Companhia de Jesus. Neste sentido:

O jesuíta, a seu turno, tendo abandonado a missão celestial da catechese desinteressada e philantropica pela reduçção fanatica, de character politico, visando a supremacia temporal de sua ordem, não só não oppunha mais a taes assaltos a resistencia efficaz da força que só dá o prestigio da virtude, como contribuia para a sua decadencia pelo novo processo de uma civilisação exotica impregnada de servilismo fanatico, jungindo-os a perimetros limitados,

---

<sup>55</sup> Op. cit., p. 163-164.

<sup>56</sup> EISENBERG. Op. cit., p. 134.



contrafazendo seus habitos nomades e exercendo, enfim, sobre elles um poder quasi dominical.<sup>57</sup> (*sic.*)

Ao expandirem as missões para o Nordeste, os jesuítas encontraram maior resistência por parte dos colonos no Sul, pois as terras eram mais cobiçadas e na maior parte já haviam sido dadas em sesmaria. Além de confrontar um sistema fundiário já implantado os religiosos se opunham à escravização dos nativos pelos colonos, ameaçando a apropriação de uma força de trabalho fundamental ao projeto colonial. Os conflitos entre missionários e colonos se tornaram comuns no início do século XVII, desde o rio da Prata até o Maranhão<sup>58</sup>.

Contudo, a influência política da Companhia de Jesus junto à Corte em Lisboa, especialmente por parte do padre Antônio Vieira<sup>59</sup>, permitiu a ampliação do poder dos missionários na colônia. A Lei de 9/4/1655, resultado do trabalho de uma Junta das Missões nomeada por D. João VI, por influência de Vieira<sup>60</sup>, concedeu ampla supremacia à Companhia de Jesus sobre os índios, "*com a exclusão de qualquer ordem ou poder*".

Além de poder, a Companhia de Jesus acumulou grande patrimônio, com o domínio de dezenas de fazendas espalhadas pelos sertões do Nordeste<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> PITANGA, Souza. *O selvagem perante o direito*, p. 66 (artigo escrito originalmente em 1899).

<sup>58</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 167.

<sup>59</sup> Padre Antônio Vieira (1608-1697), um dos principais líderes jesuítas no Brasil, tornou-se conhecido pela brilhante oratória, tendo sido autor de mais de duzentos sermões. Nascido em Lisboa, foi conselheiro do rei D. João IV e assumiu papel de destaque nas negociações diplomáticas relativas às invasões holandesas do Brasil. Construiu grande parte de sua vida pública em São Luís do Maranhão e faleceu em Salvador.

<sup>60</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 204. O autor lembra que os jesuítas eram educadores, mentores e conselheiros de muitas famílias de destaque, sendo que até mesmo o confessor do rei pertencia à Companhia.

<sup>61</sup> Op. cit., p. 243.

Digna de nota é a coexistência da administração temporal com a religiosa, sendo que em diferentes períodos os missionários detiveram o monopólio do governo das aldeias. Mesmo a instituição de governos leigos não eliminou a jurisdição espiritual, o que somente viria a ocorrer em 1755<sup>62</sup> e se consolidar em 1759, com a expulsão dos jesuítas pelo conde de Oeiras, futuro marquês de Pombal<sup>63</sup>. Ao retornarem, em 1840, os religiosos passaram a atuar estritamente a serviço do Estado.

O poder da Companhia de Jesus somente viria a ser abalado a partir das medidas modernizadoras adotada pelo marquês de Pombal. Visando ajustar a economia do reino de Portugal e das colônias às necessidades da nascente burguesia portuguesa, Pombal adotou políticas de confronto direto com as autoridades eclesiásticas, retirando privilégios da Igreja e limitando os poderes do Santo Ofício. A partir da nomeação do próprio irmão como governador do Estado do Grão-Pará e Maranhão, começou gradualmente a reduzir o excessivo poder dos jesuítas na colônia do Brasil<sup>64</sup>.

Além do obstáculo à modernização da economia, também a política jesuíta de segregar índios de colonos impedia a miscigenação dos europeus

---

<sup>62</sup> Lei de 6/6/1755, a qual, como se viu, além de extinguir a administração jesuíta também proibiu a escravização dos índios.

<sup>63</sup> Com a ascensão de D. José ao trono de Portugal em 1750, a Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Guerra foi assumida por Sebastião José de Carvalho e Melo, que pouco depois ascendeu a primeiro-ministro. Sua influência sobre a família real se fortaleceu em razão da maneira enérgica e eficiente com a qual enfrentou as conseqüências do terremoto que destruiu grande parte de Lisboa em novembro de 1755. Carvalho e Melo recebeu o título de conde de Oeiras em 1759 e de marquês de Pombal em 1770, ou seja, alguns anos depois de ter implantado profundas reformas na colônia, inclusive a expulsão dos jesuítas. Porém, como a historiografia convencionou referir a esta importante figura histórica sempre como marquês de Pombal, da mesma forma se faz no presente trabalho.

<sup>64</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 293. O autor faz um minucioso inventário do considerável patrimônio e do poderio econômico da Companhia de Jesus à época da ascensão de Pombal, que se espalhava por imensas áreas desde a ilha de Marajó até a capitania do Rio de Janeiro e representava um obstáculo à apropriação do potencial econômico da colônia pela nova classe social que se formava na metrópole.

com os nativos, fenômeno que, por sua vez, revestia-se de importância estratégica para garantia de direitos sobre o território<sup>65</sup>.

Os interesses comerciais dos jesuítas já haviam sido contrariados com a celebração do Tratado de Madrid, em 1750, pelo qual Portugal cedeu à Espanha a colônia de Sacramento e, em troca, garantiu para si o domínio das Missões Orientais<sup>66</sup>. As manobras políticas de oposição ao acordo não surtiram efeito. O golpe definitivo viria com a Lei de 6/6/1755, a qual, ao mesmo tempo em que decretou a completa liberdade dos indígenas, retirou tanto a tutela espiritual quanto a jurisdição secular da Companhia de Jesus sobre os nativos, instituídas em 1680. A expulsão definitiva dos jesuítas se concretizou com a Lei de 3/9/1759<sup>67</sup>.

Além das disputas com a Companhia de Jesus, pode-se afirmar que Pombal foi responsável pela separação entre Estado e Igreja em Portugal, tendo levado inclusive ao rompimento das relações com o Vaticano em 1760. A partir desse exemplo os reinos da França e da Espanha adotaram políticas modernizadoras semelhantes<sup>68</sup>.

Também no período de Pombal, eliminado o óbice constituído pela resistência dos missionários, a presença de brancos nas aldeias tornou-se política de Estado, sob o discurso oficial da necessidade de eliminação do isolamento das missões, acabando-se com as separações existentes entre índios e colonos.

---

<sup>65</sup> A efetiva ocupação era requisito para o reconhecimento, por parte de outras nações, dos direitos sobre o território. Retomaremos este ponto adiante.

<sup>66</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 300 e ss.

<sup>67</sup> Exatamente um ano antes o rei D. José havia sofrido um atentado. A participação de jesuítas na tentativa frustrada de regicídio é controversa, o que não impediu que tal suspeita fosse manipulada politicamente por Pombal para consecução da medida extrema contra a Companhia de Jesus (MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 306).

<sup>68</sup> Op. cit., p. 310.

Criaram-se assim os chamados Diretórios Pombalinos, para administração colegiada dos aldeamentos<sup>69</sup>. A escravização dos índios foi proibida. Os aldeamentos foram transformados em vilas, com instalação de câmaras de vereadores e nomeação de diretores leigos responsáveis pelos indígenas. Foram incentivados os casamentos mistos e proibiram-se os índios de usar seus nomes, obrigando-os a adotar nomes e sobrenomes portugueses. Para coibir a *promiscuidade* dos nativos, foram criadas regras de vestuário e para construção de casas com cômodos<sup>70</sup>. Muitas destas vilas estão na origem das cidades mais antigas do interior do país.

Embora em uma perspectiva atual a política pombalina possa ser considerada etnocida, por importar na imposição de hábitos estranhos às culturas nativas, à época de sua adoção entendeu-se que este conjunto de medidas significava a “vanguarda da defesa do índio”<sup>71</sup>, além de importar na maior presença do Estado na administração dos assuntos relativos aos indígenas, não mais relegados às decisões e conveniências particulares de religiosos e colonos.

A laicização total do poder colonial atendia mais a um projeto de poder, de expansão econômica de uma classe social, do que propriamente a algum fundamento teórico ou filosófico. A influência do positivismo viria um pouco depois, após a conquista da soberania pelo Império do Brasil. Para isso,

---

<sup>69</sup> É o caso dos Diretórios de 1757 para Maranhão e Grão-Pará e de 1759 para Pernambuco e capitânicas anexas.

<sup>70</sup> A radical mudança na ação indigenista representa apenas uma faceta da política do marquês de Pombal para a colônia, que visava principalmente ampliar a exploração econômica e a fortalecer a centralização administrativa. Para isto, foram extintas as capitânicas hereditárias, instituiu-se a derrama nas regiões mineradoras, criaram-se empresas monopolistas para exploração das regiões Norte e Nordeste, transferiu-se a Capital de Salvador para o Rio de Janeiro, promoveu-se a laicização do ensino e instituiu-se o idioma português como oficial, proibindo o uso do *nheengatu* (a “língua geral”, desenvolvida a partir das línguas dos nativos e falada principalmente pelos bandeirantes).

<sup>71</sup> MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 39.

contribuiu decisivamente o sucesso do projeto de modernização idealizado por Pombal.

## 2.2. Brasil império

O século XIX foi de grandes mudanças para o Brasil, que o começou ainda colônia portuguesa, viveu quase todo o período como monarquia independente, chegando a seu fim já uma república. Nesta trajetória, expandiu-se a ocupação do território, abriram-se frentes de atividade econômica e amadureceram-se novas instituições políticas.

Quanto à política indigenista, pode-se afirmar que a principal característica do período imperial foi que o ponto central deixou de ser a mão-de-obra, para se tornar uma questão das terras<sup>72</sup>. Este deslocamento na ação estatal importou também em uma mudança no debate relativo à própria *natureza* dos índios.

No período colonial, a relevância assumida pelo trabalho dos missionários jesuítas, inclusive na administração de aldeamentos, fez com que o ideário humanista cristão permanecesse central no discurso de justificação da ação estatal. Os aldeamentos eram o principal instrumento estratégico para ocupação do território, sua defesa e exploração econômica. Outrossim, justificava-se a ação colonial pela necessidade de catequização dos selvagens, pelo imperativo moral de promover a salvação da alma dos indígenas<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Política indigenista no século XIX*, p. 133. A autora destaca que a mão-de-obra indígena manteve sua importância apenas em algumas novas atividades econômicas, e ainda assim de forma transitória, como foi o caso da extração de borracha na região amazônica.

<sup>73</sup> É certo que a catequização contribuía para o *etnocídio* ou destruição da cultura; contudo, esse é um conceito da moderna antropologia e que não existia à época (o próprio vocábulo *cultura* somente viria a ser cunhado pelo antropólogo inglês Edward Tylor no século XIX). Para corretamente entender os diversos discursos justificadores da ação estatal ao longo do tempo, há que se buscar os fundamentos de cada qual no estágio de desenvolvimento científico de sua época. Neste sentido, não se pode negar que a

A guerra contra nativos e sua escravização visava a atender uma necessidade econômica (obtenção de força de trabalho), mas para ser levada adiante carecia de algum discurso justificador, que geralmente era o da hostilidade dos índios contra os portugueses e seus aliados. Já a expansão territorial, a expulsão dos nativos de suas terras, dependia de justificativa diversa:

Porque é fundamentalmente um problema de terras e porque os índios são cada vez menos essenciais como mão-de-obra, a questão indígena passa a ser discutida em termos que, embora não sejam inéditos, nunca haviam no entanto sido colocados como uma política geral a ser adotada. Debate-se a partir do fim do século XVIII e até meados do século XIX, se se devem exterminar os índios "bravos", "desinfetando" os sertões – solução em geral propícia aos colonos – ou se cumpre civilizá-los e incluí-los na sociedade política – solução em geral propugnada por estadistas e que supunha sua possível incorporação como mão-de-obra. Ou seja, nos termos da época, se se deve usar de brandura ou de violência. Este debate, cujas conseqüências práticas não deixam dúvidas, trava-se freqüentemente de forma toda teórica, em termos da humanidade ou da animalidade dos índios.<sup>74</sup>

No século XIX, portanto, surgiu um novo debate, acerca da humanidade, ou não, dos indígenas do Novo Mundo. Essa discussão iria se estender pelos domínios da filosofia, da biologia e da antropologia física<sup>75</sup>.

---

ação missionária se baseava na genuína convicção de que se tratava de um bem para os índios, cuja condição de seres humanos dotados de alma foi oficialmente declarada pelo Vaticano em 1532.

<sup>74</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 134.

<sup>75</sup> Um dos precursores da antropologia física, o alemão Johann Blumenbach (1752-1840) analisou o crânio de um índio Botocudo e o classificou a meio caminho entre o orangotango e o homem. Por seu turno, dois cientistas de enorme influência no pensamento brasileiro da época, o naturalista alemão Karl von Martius (1794-1860) e o historiador paulista Francisco Adolfo de Varnhagem (1816-1878) defenderam como correta, com base em suas observações, a célebre tese do abade francês Cornelius du Pauw (*Recherches philosophiques sur les Américains*, 1774), de que os povos das Américas viviam um estado de degeneração precoce, sem nunca terem atingido a maturidade. Um pouco adiante, no evolucionismo da segunda metade do século XIX, ganharia força a idéia oposta, de que os índios eram povos ainda na infância, no estágio mais baixo da escala evolutiva das sociedades (CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 134).

A questão do surgimento das ciências sociais no século XVIII, a partir da imbricação entre as ciências empíricas (das quais faz parte o naturalismo) e a filosofia transcendental, será objeto de análise adiante.

A corrente de pensamento que viria a influenciar decisivamente a legislação brasileira foi o chamado *evolucionismo unilinear*, segundo a qual todas as culturas deveriam passar pelas mesmas etapas de evolução, de modo que seria possível situar cada uma delas em uma escala, da menos à mais desenvolvida<sup>76</sup>. A idéia subjacente é de que as sociedades *primitivas* estavam fadadas a *evoluir*, abandonando suas culturas e adotando os benefícios da civilização.

Esta convicção na inexorabilidade do progresso, contudo, não importa necessariamente na conclusão de que todas as linhas de pensamento baseadas no evolucionismo advogassem a eliminação das peculiaridades das culturas nativas e sua dominação pelo colonizador<sup>77</sup>.

Para fins práticos, na sociedade brasileira do século XIX os índios eram divididos em duas categorias; os *bravos* e, em oposição, os *domésticos* ou *mansos*. A idéia de *domesticação* era similar ao antigo conceito de aldeamento, pressupondo a sedentarização dos indígenas nem um determinado espaço e sua submissão ao *suave jugo da lei*. Os índios bravos eram, de forma geral, aqueles encontrados e combatidos nas vanguardas da expansão territorial do Império (ao longo dos rios da Amazônia, no oeste paulista e nas províncias do Sul)<sup>78</sup>. De forma generalizante, a imagem do índio manso era associada aos

---

<sup>76</sup> LARAIA, Roque. *Cultura*, p. 114. Sob o grande impacto causado pelas idéias de Darwin, o evolucionismo foi inicialmente teorizado por Edward Tylor (1832-1917), que situou as tribos selvagens americanas e as nações européias nos dois extremos da escala de desenvolvimento das culturas, com o restante da humanidade entre estes limites (Op. cit., p. 33).

<sup>77</sup> Um expressivo exemplo foi o projeto de Constituição Positivista de 1890. Na realidade, porém, o evolucionismo exprimia uma convicção corrente no pensamento científico da época. Já nos primeiros anos da República mesmo os pensadores mais humanistas e atuantes, engajados na defesa dos índios, advogavam a necessidade de *civilização* dos *selvagens*, como foi o caso de Souza Pitanga, João Mendes Junior, Manuel Miranda e Alípio Bandeira, entre outros. A importância do pensamento evolucionista para as correntes jusfilosóficas do séc. XIX será abordada adiante, ao se tratar da questão da alteridade (a relação entre o *eu* e o *outro*).

<sup>78</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 136.

Tupis e aos Guaranis<sup>79</sup>, enquanto os índios bravos passaram a ser chamados de Botocudos<sup>80</sup>, vocábulo que acabou se tornando sinônimo de selvageria.

Face aos veementes argumentos científicos quanto à animalidade dos índios, o Estado brasileiro adotou o discurso oficial oposto. Por uma questão de orgulho nacional, afirmavam-se as qualidades e atributos naturais do indígena brasileiro. Esta retórica, contudo, era para uso externo. Internamente, afirmava-se freqüentemente a bestialidade dos nativos<sup>81</sup>. Enquanto isso, a literatura e a pintura elegiam como um de seus principais temas o romantismo da *vida natural*<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Foram esses povos que inspiraram as loas ufanistas às qualidades do nativo brasileiro, as representações iconográficas oficiais e o romantismo da literatura e da pintura no século XIX. O interessante é que àquela altura os Tupis e os Guaranis já haviam sido praticamente extintos ou assimilados. Ou seja, cultuavam-se imagens idealizadas, o que leva à conclusão que o índio "bom" era o índio morto, pois reduzido a uma representação romântica (Op. cit., p. 136).

<sup>80</sup> Os Botocudos, inicialmente chamados de Aimorés ou Tapuias, receberam esta denominação genérica em razão do uso de botoques labiais e auriculares. Os Tapuias eram inimigos dos Tupis na época do Descobrimento e originalmente ocupavam o território entre o vale do rio Salitre (BA) e o vale do rio Doce (ES), em diversos grupos de caçadores e coletores seminômades. As notícias sobre este povo datam dos primeiros anos da colonização e seus primeiros atritos com os colonizadores se deram na época da instalação das capitanias de Ilhéus e Porto Seguro, ainda no século XVI. Em 1550 as tentativas de escravização dos Botocudos e de sua utilização com mão-de-obra na atividade açucareira levaram a uma grande revolta, com ataques indígenas a vilas, engenhos e canaviais. A insurgência foi esmagada pela ação do governador Mem de Sá, culminando em 1556 na Batalha dos Nadadores, com a queima de aldeias e imposição aos índios de servidão por dívida como forma de ressarcimento de prejuízos. Em 1562 se iniciou uma epidemia de sarampo entre os Botocudos, possivelmente a partir de uma colônia da Companhia de Jesus no Espírito Santo, com rápido alastramento pelos sertões. As seguidas tentativas de escravização, além de expedições em busca de ouro e pedras preciosas, mantiveram a animosidade entre os Botocudos e os colonizadores ao longo do século XVII, com diversos ataques indígenas a vilas e aldeias jesuíticas no litoral baiano. É desta época a revolta conhecida como Confederação dos Índios Gueren, a principal entre diversos outros levantes. A partir do século XVIII, embora ainda ocorressem atritos, os aldeamentos de Botocudos se tornaram mais comuns, principalmente na região de Ilhéus. O combate a este povo indígena foi um dos principais fatores de estímulo do povoamento das bacias hidrográficas no sul da Bahia e norte de Minas Gerais (PARAÍSO, Maria Hilda. *Os Botocudos e sua trajetória histórica*, p. 413-415).

Há uma curiosidade relativa a esse povo: em uma expedição que durou de 1815 a 1817, o príncipe alemão Maximilian von Wied-Neuwied (1782-1867), explorador e naturalista, fez amizade com um Botocudo de nome Quack e o levou para morar na Europa. Quack nunca retornou ao Brasil, vindo a falecer em 1832 no palácio de seu anfitrião. Antes disso foi retratado por diversos artistas, geralmente em trajes europeus, tornando-se desse modo uma das mais conhecidas imagens de um nativo brasileiro no Velho Mundo. Foi von Wied-Neuwied também quem levou para a Alemanha o crânio de Botocudo com base no qual seu mestre, o naturalista Blumenbach, concluiu pela animalidade dos ameríndios, classificados a meio caminho entre os humanos e os orangotangos.

<sup>81</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 134.

<sup>82</sup> Interessante observar que, na Europa, o romantismo (a valorização da *paixão*) foi um movimento estético e filosófico surgido em contraponto ao primado do iluminismo (o domínio da *razão*). Esse contraste entre diferentes visões do mundo se revela em todas suas dimensões no encontro do racionalismo europeu com as culturas ameríndias. Do embate resta claro que enquanto as representações



No que tange à ação indigenista estatal, a vinda da Corte portuguesa para o Brasil marcou o início de uma inédita ofensiva contra os povos indígenas. Durante o período colonial a guerra contra os índios era em tese *defensiva*, supostamente travada em benefício dos nativos, para sua conversão ao cristianismo e às benesses da civilização – ao menos, são esses os princípios que podem ser extraídos da legislação e do discurso oficial. No reinado de D. João VI, inaugurou-se a política de franco combate aos nativos, dispensando qualquer justificativa retórica<sup>83</sup>.

Tratou-se, contudo, de um breve interregno. Com D. Pedro I a política indigenista oficial voltou a se inserir em um projeto político amplo, em grande parte por esforço de José Bonifácio<sup>84</sup>. O objetivo central de sua política para os índios era a aculturação, baseada nos pressupostos científicos do evolucionismo unilinear. Os índios deveriam se incorporar à nação, mas para isso os métodos tinham de ser pacíficos. Foi a partir de Bonifácio que o *uso de*

---

bucólico-românticas do nativo brasileiro serviram principalmente à construção de um imaginário nacionalista idealizado, os saberes científico-rationais forneceram o substrato teórico e ideológico que possibilitou a exploração econômica e a consolidação do poder estatal no vasto espaço do país – a *biopolítica* para construção de uma identidade nacional. Retomaremos essa questão adiante, com base no pensamento de Michel Foucault.

<sup>83</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 137; OLIVEIRA SOBRINHO. *Os selvícolas brasileiros e a legislação patria*, p. 101-105.

<sup>84</sup> José Bonifácio de Andrada e Silva (1763-1838) nasceu em Santos (SP), descendente de família aristocrata portuguesa, e estudou filosofia natural e direito canônico na Universidade de Coimbra. Após estudos em vários países europeus acabou se especializando em mineralogia. Em 1801 tornou-se o primeiro titular da cátedra de metalurgia, recém-criada na Universidade de Coimbra. Chegou também ao cargo de Secretário perpétuo da Academia Real das Ciências de Lisboa. Ocupou diversos cargos na burocracia portuguesa, a maior parte relacionada à mineração, inclusive o de Intendente Geral das Minas e Metais do Reino. Alistou-se no exército português e combateu na guerra contra Napoleão, retornando ao Brasil em 1819 e se tornando um dos colaboradores mais próximos do príncipe-regente. Um dos principais artífices do movimento pela independência, ocupou o Ministério do Interior e dos Negócios Estrangeiros no início do reinado de D. Pedro I. Contudo, sua atuação na Assembléia Constituinte desagradou ao imperador, que o demitiu do Gabinete em julho de 1823, vindo a determinar sua prisão logo após a dissolução da Assembléia. Banido para França no mesmo ano, seu retorno ao país foi autorizado em 1829. Tornou-se tutor do príncipe herdeiro após a abdicação de D. Pedro I em 1831. Acusado de conspiração pelo regente Diogo Feijó, foi novamente detido em 1833. Após esse episódio, Bonifácio se afastou da vida pública e passou a viver de forma reclusa na ilha de Paquetá, na Baía da Guanabara, onde faleceu.

*meios brandos e persuasivos* se incorporou ao discurso oficial<sup>85</sup>, apesar da oposição de políticos locais e de cientistas<sup>86</sup>. De certo modo, a política de José Bonifácio pode ser definida como uma retomada do projeto pombalino, acrescentando-o de princípios éticos<sup>87</sup>.

Apesar do intenso debate ocorrido durante após a independência do Brasil, com a questão indígena ocupando o centro das discussões<sup>88</sup>, a Constituição outorgada em 1824 não fez qualquer menção aos índios.

Destarte, a modernização proposta por Bonifácio não prosperou, em grande parte devido a pressões de oligarquias regionais. Com a abdicação de D. Pedro I, o Ato Adicional de 1834 conferiu às Assembléias Legislativas Provinciais competência para legislar acerca da civilização e da catequização dos índios, concorrentemente com o governo central<sup>89</sup>. Tratou-se de inovação relevante, importando em poder inédito para as Províncias, já que anteriormente todas as propostas legislativas dos Conselhos Regionais

---

<sup>85</sup> Alguns dos primeiros textos legais a utilizar essa expressão foram as Portarias de 25/5, 18/10 e 8/11/1825.

Cabe apontar que a política de Bonifácio, não obstante seu conteúdo humanista, buscava incorporar a mão-de-obra indígena a partir da *civilização* dos índios, incorporá-los à força de trabalho – a rigor, uma necessidade econômica decorrente abolição da escravidão, da qual o ministro foi um dos maiores defensores. A esse respeito, veja-se: RAMOS, Alcida. *Projetos indigenistas no Brasil independente*, p. 43

<sup>86</sup> O vetusto historiador Varnhagen, por exemplo, foi um dos maiores defensores do uso da força contra os nativos. Mesmo entre os pensadores mais humanistas predominava a convicção quanto à necessidade de *civilização* dos índios. Tome-se como exemplo o jurista e político mineiro Couto Magalhães (1837-1876), que governou as províncias de Goiás, Pará, Mato Grosso e São Paulo. Um dos pioneiros do estudo do folclore no país, fluente em várias línguas nativas, defendia o ensino compulsório do português como forma de civilizar os índios.

<sup>87</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 137. A autora destaca que o projeto apresentado por Bonifácio na Constituinte de 1823, que acabou por não ser adotado, entendia como *medida justa* a compra das terras indígenas ao invés da mera usurpação. Ironicamente, apesar das boas intenções, se levada a cabo tal política certamente importaria em etnocídio geral.

<sup>88</sup> Nos trabalhos da Assembléia Constituinte Luso-Brasiliense, instalada em maio de 1823 e dissolvida por D. Pedro I em novembro do mesmo ano, foram apresentados cinco projetos por deputados brasileiros, o mais célebre dos quais de autoria de José Bonifácio. Além dele, reconhecia os direitos dos índios às próprias terras o projeto do deputado Moniz Tavares (CARNEIRO DA CUNHA. *Os direitos do índio*, p. 64-65).

<sup>89</sup> Esta norma reitera a disposição da Lei de 20/10/1823, editada logo após a independência (PITANGA. Op. cit., p. 64). No mesmo período surgiram outras normas de proteção dos índios, como a proibição de venda de bebidas alcoólicas (Provisão de 23/12/1823) e diversas recomendações de bons tratos e meios pacíficos na tarefa de catequese e *civilização* (Portarias de 21/8/1823 e 3/12/1824 para Minas Gerais e Portarias de 28/1 e 18/12/1824 para o Espírito Santo).

Provinciais dependiam de sanção do Assembléia Geral Legislativa e do imperador. Como era de se esperar, tal descentralização sem precedentes, desvinculando as políticas dos governos regionais de uma diretriz central, importou em maior ofensiva sobre as terras ocupadas por índios<sup>90</sup>.

### 2.2.1. Os primórdios da tutela

No período imperial, uma inovação de importância crucial foi trazida pela Lei de 27/10/1831, que conferiu aos juizes de órfãos a competência para *tutela* de indígenas libertados após período de servidão ou escravidão decorrente de guerra justa<sup>91</sup>. O novo sistema, embora fundado em uma justificada premissa de necessidade de proteção desses indivíduos em situação de inferioridade em relação ao *status quo*, levou a distorções, como explica Helder Girão Barreto:

Com efeito, a legislação do início do século XIX atribuía ao Juiz de Órfãos duas competências: a) tutelar o índio que se encontrasse em escravidão ou em

---

<sup>90</sup> Manuela Carneiro da Cunha narra episódios de ofensivas promovidas pelas Províncias de Goiás e do Ceará, imediatamente após o Ato Adicional de 1834 (CARNEIRO DA CUNHA. *Política indigenista no século XIX*, p. 138).

<sup>91</sup> A Lei de 27/10/1831 revogou as Cartas Régias de 1808, as quais haviam, por sua vez, autorizado guerra aos índios das províncias de São Paulo e Minas Gerais. Com isso, a Lei de 1831 aboliu a servidão dos índios e os declarou órfãos, criando ainda a referida competência jurisdicional, nos seguintes termos (art. 4º): "*sendo considerados como orphans, e entregues aos respectivos Juizes, para lhes applicarem as providencias da ordenação Livro primeiro título oitenta e oito*" (sic.), providências essas que vêm a ser justamente a tutela.

Em seguida, o Decreto de 3/6/1833 veio a tratar especificamente dos bens dos índios, encarregando os juizes de órfãos de sua administração provisória. Essa competência específica dos juizes de órfãos, que teria sido motivada originalmente pela carência de funcionários para preenchimento dos cargos de ouvidores de comarcas (cf. SOUZA FILHO, Carlos Marés. *O despertar dos povos indígenas para o direito*, p. 94), foi reafirmada pelo Regulamento 143, de 15/3/1842.

Porém não se pode concluir, como é comum na literatura jurídica, que a Lei de 27/10/1831 tenha introduzido a figura da tutela do indivíduo indígena no ordenamento jurídico brasileiro (como, por exemplo: SOUZA FILHO. Op. cit., p. 93). Na realidade, o que se alterou foi a titularidade do poder de tutela, transferido para os juizes de órfãos. Trata-se de inovação obviamente relevante, mas não se pode olvidar que a tutela há muito já existia na colônia, como decorrência das normas relativas aos aldeamentos. Afinal, os índios aldeados estavam sujeitos ao poder temporal ora dos missionários ora dos administradores nomeados pela Coroa, que nada mais era que um poder de tutela. O único breve intervalo de inexistência absoluta de tutela se deu na época de Pombal, entre junho de 1755 e maio de 1757, no bojo das medidas oficiais de emancipação dos indígenas do poder jesuíta.

O Diretório de 3/5/1757 confiou a tutela dos índios aos diretores dos aldeamentos. Esta norma viria a ser derogada pela Carta Régia de 25/7/1798, a qual determinou que particulares que conseguissem contratar com índios não aldeados deveriam cuidar de sua educação e instrução, como se fossem órfãos. Com isto, criou a até então inexistente tutela de índios *independentes* (CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 147).

servidão em decorrência de guerra e que tenha sido posteriormente posto em liberdade; b) proteger os bens de todo e qualquer índio, inclusive daqueles que sequer tivessem sido contactados (os tais “isolados”).

Havia, portanto, dois sistemas tutelares distintos: um, destinado àqueles que tinham sido aprisionados e que posteriormente foram (re)postos em liberdade; outro, dirigido à proteção dos bens de todos os índios, independente de sua condição.

(...)

Pois bem: o mal-entendido ou a má-fé confundiu esses dois regimes jurídicos em um só: o da “incapacidade”, de tal sorte que todos os índios passaram a ser tratados como “incapazes”. Mas, convém recordar: tal “incapacidade” somente persistia enquanto os índios “não se incorporassem à sociedade civilizada”.<sup>92</sup>

Embora, em princípio, a Lei de 1831 devesse ser interpretada como uma norma de proteção dos indígenas aprisionados em razão de guerras e recém libertos, na prática a tutela orfanológica foi estendida aos índios em geral<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> BARRETO, Helder. *Direitos indígenas*, p. 38-39.

<sup>93</sup> Alguns autores (CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 148; OLIVEIRA SOBRINHO. Op. cit., p. 108; SOUZA FILHO. Op. cit., p. 93-96; SOUZA FILHO. *Tutela aos índios*, p. 297-299; BARBOSA, Marco Antonio, *Autodeterminação*, p. 210), defendem que a tutela pelos juízes de órfãos, estabelecida pela Lei de 27/10/1831, somente se aplicaria ao índios de São Paulo e Minas Gerais escravizados em decorrência de guerra justa, declarada com fundamento nas Cartas Régias de 13/5, 5/11 e 2/12/1808. Por esse raciocínio, a Lei de 27/10/1831 seria uma extensão da Lei de 3/11/1830, da Província de São Paulo, que já havia tomado essa providência em âmbito local. Trata-se de interpretação que, embora correta, surgiu apenas no século XX, distinta da que prosperou à época; nesse sentido, basta mencionar o entendimento diverso professado por um dos mais engajados defensores dos direitos dos índios no início do séc. XX e criador da teoria do indigenato (MENDES JUNIOR. Op. cit., p. 54).

À época, prevaleceu a extensão da Lei de 27/10/1831 aos indígenas em geral, o que sem dúvidas atendia a interesses econômicos da sociedade dominante: *"antes de mais nada, nem o Decreto de 1833, em o Regulamento confirmatório de 1842 referem-se à Lei de 1831, numa evidente demonstração de que tratavam de coisas totalmente diversas. De fato, a Lei de 1831, ao colocar os índios sob a proteção dos juízes de órfãos referia-se àqueles libertos do cativo e não a todos os índios, e os colocava sob a guarda destes juízes que tinham, na época, atribuição de cuidar dos órfãos e prover-lhes o mantimento, vestuário, calçado e educação, até que os órfãos pudessem trabalhar. Estas atribuições estão estabelecidas diretamente nas Ordenações, que determinam ainda que "esta criação se pagará até o tempo, que os órfãos sejam em idade, em que possam merecer alguma coisa por seu serviço" (Ordenações Filipinas, 1º Livro, Título 88, n. 10). Entendendo o ordenamento jurídico da época, fica claro que o desejo do legislador de 1831 era colocar aqueles índios saídos do cativo sob a proteção de uma autoridade que os encaminhasse na vida, ensinando-lhes um ofício, ou determinando que alguém o fizesse, para a sua perfeita integração na sociedade, já que não podiam imaginar que estes homens pudessem querer voltar à vida comunitária com seus parentes. Uma coisa é certa, não podiam os juízes de órfãos entregar os índios confiados à sua jurisdição a tutores ou curadores, que administrassem os seus bens, mas a empregadores ou mestres de ofício, como expressamente determina o art. 5º da Lei. De qualquer forma, o conteúdo da norma é de proteção, como de proteção era o conteúdo das Ordenações. Não há nestas leis nenhuma limitação ou restrição aos direitos das pessoas, nada autoriza o entendimento de que os índios ou índias estavam privados do pátrio poder ou qualquer outro direito*

Com isso, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro a concepção de *incapacidade relativa* dos indígenas que viria a ser consagrada pelo Código Civil de 1916.

À exceção dessa norma de natureza civilística, pode-se dizer que a legislação indigenista havia passado por um período de vácuo a partir de 1798, após a revogação do Diretório Pombalino. Uma nova política de Estado somente viria a ser estabelecida com o Regulamento das Missões de 1845<sup>94</sup>, único instrumento de caráter geral acerca dos índios editado durante o Império. Bastante minucioso, o Regulamento aprofundou a política de aldeamento, expressamente considerada como um estágio intermediário até a assimilação total dos indígenas.

Não se pode olvidar que após a expulsão dos jesuítas em 1759 os índios se viram sem representação real em nenhum nível, somente podendo se manifestar *"por hostilidades, rebeliões e eventuais petições ao imperador ou*

---

*individual. Todo ao contrário, a tutela das Ordenações é um privilégio, é um direito a mais que recebe o tutelado, até mesmo com garantia de sustentação financeira para viver. Outra coisa completamente diferente é a determinação da administração dos bens dos índios pelos juízes de órfãos feita pelas leis de 1833 e 42. Aqui não se trata mais de oferecer privilégios, encaminhar na vida, sustentar a pessoa do índio, mas, simplesmente, proteger os seus bens. Está claro que a legislação do início do século XIX dava duas atribuições distintas aos Juízes de órfãos: 1) cuidar da pessoa dos índios libertados do cativo gerado pelas guerras, porque a lei expressamente os colocou sob tutela orfanológica e 2) proteger os bens dos índios, aqui sim, de todos os índios, inclusive dos aldeados e não contatados. Esta dupla função dos juízes de órfãos em relação aos índios acabou por confundir-se na aplicação de tal forma que no advento da República era geral o entendimento de que todos os índios estavam protegidos, pessoas e bens, pela tutela orfanológica " (SOUZA FILHO. Op. cit., p. 95-96).*

Por fim, destaque-se que a equiparação de indígenas a órfãos se fundava em justificativas no mínimo curiosas: *"Ainda que sejam eles equiparados a menores, muito é de considerar a grande diferença que existe entre um menor criado e educado no seio da sociedade civilizada, conhecedor dos hábitos e noções correntes do meio em que vive, e um habitante das selvas que sobre desconhecer esses hábitos e noções, é ainda movido e dominado por costumes radicalmente diversos"* (MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 52. Artigo redigido originalmente em 1911).

<sup>94</sup> Decreto 426, de 24/7/1845. Embora saudado por seu avanço (conforme o ideário evolucionista), esse diploma legal, contudo, era farto em disposições que nunca foram efetivadas, relativas à assistência médica aos índios, recenseamentos periódicos, educação e cursos de ofícios, etc (MENDES JUNIOR. Op. cit., p. 54; OLIVEIRA SOBRINHO. Op. cit., p. 109-114).

*processos na Justiça*"<sup>95</sup>. O vazio legislativo existente até 1845 fez com que, na prática, o Diretório Pombalino continuasse a ser oficiosamente aplicado<sup>96</sup>.

O Regulamento das Missões de 1845 consagrou a administração secular, delegando aos administradores cargos e funções públicas, incluindo graduação militar. Cada província deveria ter um Diretor Geral de Índios, e cada aldeia um diretor, assistido por um corpo de administradores, médicos e missionários. Aos últimos, ficou reservada estritamente a função de assistência religiosa e educacional.

Os diretores de índios foram legatários, de fato, dos poderes dos juizes de órfãos, exceto o poder jurisdicional<sup>97</sup>. Em compensação, a eles cabia demarcar as terras indígenas, zelar pelo sustento dos índios, administrar e remunerar seu trabalho e, por fim, representá-los legalmente. Trata-se, sem dúvida, de um primeiro e alargado *poder de tutela*.

Entretanto, a carência de administradores leigos fez com que em diversas colônias a administração, de fato, permanecesse a cargo de religiosos<sup>98</sup>. O impasse entre administrações laicas e missionárias, em certa medida, permanece na atualidade.

Apesar de persistir a relevância do papel desempenhado pelos religiosos<sup>99</sup>, deve-se lembrar que por expressa exigência legal sua atuação era

---

<sup>95</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 133.

<sup>96</sup> A Província do Ceará chegou a adotá-lo oficialmente (CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 139).

<sup>97</sup> Nesse particular, o Regulamento das Missões não alterou a competência jurisdicional estabelecida pelo Regulamento 143, de 1842. Isso não impediu, diga-se, que os índios sofressem com abusos e "*malversações sem conta*", crimes e atrocidades (OLIVEIRA SOBRINHO. Op. cit., p. 111).

<sup>98</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 140. A autora cita diversos exemplos de colônias administradas por religiosos, em diferentes regiões do país, o que em parte se deveu a pressões motivadas pelos abusos cometidos por colonos e forasteiros, em especial nas regiões de expansão territorial (mesmo José Bonifácio chegou a defender a administração dos índios por religiosos).

<sup>99</sup> Em 1843 o governo imperial iniciou uma política oficial de recrutamento de missionários capuchinhos italianos.

estritamente subordinada aos projetos governamentais<sup>100</sup>, sem traços, portanto, da autonomia gozada no período colonial. É relevante destacar, ainda, que a partir de 1845, quando os diretores de aldeia assumiram a função de defesa dos índios, não se conhece nenhum processo concreto com esse objetivo<sup>101</sup>.

Quando por razões econômicas se fazia necessário *domesticar* os indígenas construía-se *presídios*, na realidade praças-fortes com destacamentos militares. Esses núcleos se destinavam a aldear e catequizar índios, combater os povos resistentes e servir de embrião para futuros povoados<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> São exemplos a Lei de 2/7/1839 para o Maranhão e a Lei 239 de 25/5/1872 para a Província do Amazonas.

<sup>101</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 153.

<sup>102</sup> Op. cit., p. 137.

### 2.2.2. A questão das terras

Como já foi destacado, o direito dos índios à própria terra era reconhecido desde os primórdios da colonização. De modo geral, o direito sobre as terras era reconhecido aos índios que se submetessem ao jugo estatal<sup>103</sup>.

Interessante observar, porém, que a Carta Régia editada por D. João VI em 2/12/1808 declarou devolutas as terras conquistadas de povos contra os quais houvesse sido decretada guerra justa. Logo, infere-se que os índios eram titulares de direitos reais *anteriores*, passíveis de derrogação apenas em situações específicas previstas em lei. Além disso, duas Provisões de 8/7/1819 declaravam que as terras dos índios eram inalienáveis, tampouco podendo ser declaradas devolutas.

Com a importância central que o tema das terras assumiu no século XIX, a ação estatal passou a depender de motivações juridicamente legítimas que justificassem sua expropriação. Fatores de ordem econômica e militar levavam à expansão da presença do Estado e dos colonos mais e mais no interior dos *sertões*; nesse processo, a espoliação de terras indígenas se tornou freqüente.

Justificativas e subterfúgios para a burla dos direitos dos índios eram vários e relacionados entre si: o *nomadismo* dos nativos, sua conseqüente *falta de apego à terra* e a inexistência do conceito europeu de *propriedade* em suas culturas. Contudo, o próprio comportamento de diversos povos já demonstrava memória e apego ao território, inclusive em episódios de resistência ao esbulho.

---

<sup>103</sup> O já mencionado Alvará Régio de 26/7/1596 garantia aos *índios aldeados* direito às terras onde eram fixados. No mesmo sentido o Alvará Régio de 1/4/1680. As Leis de 26/3 e 8/7/1819 reconheceram o direito dos índios às terras em que estejam *arranchados*. Houve ainda decisões de poderes públicos locais conferindo aos índios o direito de opinar sobre os locais de fixação de seus aldeamentos.



O argumento da guerra justa, justificadora do esbulho nos termos da Carta Régia de D. João VI de 1808, foi largamente manejado, inclusive para justificar a escravização de índios livres, abolida pelo Diretório Pombalino. As terras normalmente eram dadas em sesmaria a colonos, milicianos, fazendeiros e moradores pobres, pressupondo eufemisticamente que os mesmos promoveriam a instrução dos índios em ofícios e sua catequizaçã<sup>104</sup>.

Destarte, a retórica oficial foi secularizada, substituindo-se a *catequizaçã* pela *civilizaçã* dos indígenas como objetivo central do Estado. Submeter os nativos ao jugo da lei e do trabalho passou a ser mais importante que salvar suas almas. É certo, contudo, que as tentativas de *amansamento* de indígenas redundaram em diversas resistências e fugas.

É interessante observar que a escravidão dos índios foi abolida e reinstituída algumas vezes, em especial nos séculos XVII e XVIII. Contudo, perdurou, na prática, até meados do século XIX<sup>105</sup>.

Apesar de um certo desuso do termo *aldeamentos*, a política que os justificava foi, na realidade, aprofundada. Os efeitos da ação indigenista no período imperial são semelhantes àqueles decorrentes do antigo processo de aldeamentos e descimentos: diminuição das extensões de terra sob domínio dos índios, concentração de povos distintos no mesmo espaço, definição dos locais de fixação das populações com base em conveniências econômicas e militares, garantia de reservas de força de trabalho nativa.

---

<sup>104</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 142. Neste processo consolidou-se a expropriação de territórios indígenas nas áreas de colonização mais antiga e iniciou-se o povoamento ao longo do Rio Arinos, na rota entre Pará e Mato Grosso.

<sup>105</sup> Houve casos de textos legais autorizando a venda de crianças (Aviso de 2/9/1845) e a escravização de adultos (Aviso de 2/9/1845). O Regulamento das Missões de 1845 previa o trabalho remunerado dos índios, para particulares, vedado o trabalho forçado. Contudo, até mesmo na Corte se encontravam escravos índios, já na década de 1850 (CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 146). O Aviso de 5/1/1854 para o Maranhão permitia o recrutamento compulsório por três anos, com pagamento apenas ao final do período. Em 1852, a primeira lei indigenista para a recém-criada Província do Amazonas autorizou a negociação de índios diretamente com os chefes das "nações selvagens".

Os critérios nem sempre eram de relevância para a governança nacional ou regional, às vezes se baseando em conveniências puramente locais dos moradores não índios. Ao longo do século XIX, os diversos episódios de aldeamento em todo o Brasil demonstram a tendência de diminuição gradativa dos territórios reconhecidos aos indígenas<sup>106</sup>.

Houve casos de autorização de arrendamento e aforamento de terras de aldeamentos para percepção de recursos supostamente destinados à sobrevivência<sup>107</sup> e à educação<sup>108</sup> dos índios. Com isto, abriu-se a possibilidade de arrendatários e foreiros reivindicarem e obterem cartas de sesmaria (os primeiros casos de deferimento são de 1812), o que fez com que, como reação, os direitos inalienáveis dos índios sobre as terras das aldeias fossem reafirmados<sup>109</sup>.

Entretanto, após o caso pioneiro de transferência da população indígena de uma aldeia e subsequente venda em hasta pública das terras<sup>110</sup>, episódios como esse se tornam comuns, em especial (mas não apenas) na região Nordeste<sup>111</sup>. O Regulamento das Missões de 1845<sup>112</sup> viria a aprofundar o processo, pois continha previsão de hipóteses de reunião de aldeias e de concessão de aforamentos e arrendamentos.

Cinco anos após o Regulamento das Missões, a Lei das Terras de 1850<sup>113</sup> reafirmou a necessidade de assentamento das *hordas selvagens*. Os aldeamentos deveriam ser implantados em terras devolutas, garantida a inalienabilidade das terras e seu usufruto pelos indígenas. A depender do

---

<sup>106</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 144.

<sup>107</sup> Lei de 5/12/1812, por exemplo.

<sup>108</sup> Lei de 18/10/1833.

<sup>109</sup> Lei de 26/3/1819.

<sup>110</sup> Lei de 6/7/1832.

<sup>111</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 145.

<sup>112</sup> Decreto 426, de 24/7/1845.

<sup>113</sup> Lei 601, de 18/9/1850.

*estado de civilização* dessas populações, o governo imperial poderia lhes ceder o *pleno gozo das terras*<sup>114</sup>.

A partir da Lei das Terras, o Estado expandiu significativamente a política de aldeamento. Frequentemente, as terras das aldeias eram subtraídas dos índios com base em um duplo critério, qual seja, a presença de significativa população não índia naquele território, combinada com a constatação de que a população indígena tenha sofrido *assimilação*. Trata-se de um primeiro esboço do critério de *identidade étnica*, que viria a ser desenvolvido e valorizado no século XX<sup>115</sup>.

As terras de aldeias extintas deveriam ter sido dadas aos índios<sup>116</sup>; contudo, a disputa por elas se arrastou por trinta anos<sup>117</sup>, travada entre os entes políticos do Império (municípios, províncias e poder central), excluídos os próprios indígenas da discussão.

A tendência inicial foi pelo entendimento que as terras de aldeias extintas se tornavam devolutas, de titularidade do Império<sup>118</sup>. Em seguida, porém, o poder local ganhou terreno, até que as Câmaras Municipais receberam o poder de utilizar essas terras para edificações e urbanização, ou,

---

<sup>114</sup> Art. 75 do Decreto 1318, de 30/1/1854, que regulamentou a Lei das Terras.

<sup>115</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 145. A autora menciona que as primeiras extinções de aldeias se deram no Ceará, em Pernambuco e na Paraíba, imediatamente após a promulgação da Lei das Terras. Não lhe escapa a ironia desse fenômeno, posto que a presença de numerosa população não índia nas aldeias representava uma consequência da própria política oficial levada a cabo até então.

Houve casos de extinção de aldeamentos (Aviso de 19/5/1862), de autorização de aforamento e venda de terrenos pertencentes a aldeias “abandonadas” (Lei Orçamentária n. 1.114, de 27/9/1860, Lei 2.672, de 20/10/1875), e de incorporação de terras indígenas a municípios e às províncias (Lei Orçamentária n. 3.348, de 20/10/1887).

Anos depois, ironicamente, já na República, foi justamente na Lei de Terras que João Mendes Junior fundamentou sua teoria do *indigenato*, o direito originário dos índios às próprias terras, demonstrando que elas não poderiam ser consideradas devolutas. Voltaremos ao tema adiante.

<sup>116</sup> Manuela Carneiro da Cunha cita alguns casos de reconhecimento do direito originário de indígenas, inclusive de descendentes dos moradores originais, às terras de aldeias extintas, ocorridos na década de 1850. Tratam-se, contudo, de episódios isolados (CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 145).

<sup>117</sup> Idem.

<sup>118</sup> Aviso 160, de 21/7/1856 e Aviso 131, de 7/12/1858.

a seu critério, vendê-las a foreiros<sup>119</sup>. Dois anos mais tarde, as terras das aldeias extintas passaram para o domínio das províncias, retendo as Câmaras Municipais o poder de aforá-las<sup>120</sup>.

Com a proclamação da República em 1889, o sistema instituído doze anos antes pela Lei 3348 se perpetuou, na medida em que a Constituição de 1891 atribuiu aos Estados as terras anteriormente pertencentes às Províncias.

Por fim, conclui-se que a importância assumida pela questão das terras durante o período imperial fez com que as técnicas de governo dos índios servissem, de modo geral, à apropriação de seus territórios, com objetivos econômicos e estratégicos. Neste sentido:

O processo de espoliação torna-se, quando visto na diacronia, transparente: começa-se por concentrar em aldeamentos as chamadas "hordas selvagens", liberando-se vastas áreas, sobre as quais seus títulos eram incontestes, e trocando-as por limitadas terras de aldeias; ao mesmo tempo, encoraja-se o estabelecimento de estranhos em sua vizinhança; concedem-se terras inalienáveis às aldeias, mas aforam-se áreas dentro delas para seu sustento; deportam-se aldeias e concentram-se grupos distintos; a seguir, extinguem-se aldeias a pretexto de que os índios se acham "confundidos com a massa da população"; ignora-se o dispositivo de lei que atribui aos índios a propriedade da terra das aldeias extintas e concedem-se-lhes apenas lotes dentro delas; revertem-se as áreas restantes ao Império e depois às províncias, que as repassam aos municípios para que as vendam aos foreiros ou as utilizem para a criação de novos centros de população. Cada passo é uma pequena burla, e o produto final, resultante desses passos mesquinhos, é uma expropriação total.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Decreto 2672, de 20/10/1875.

<sup>120</sup> Lei 3348, de 20/10/1877.

<sup>121</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 146.

### 2.3. República

Ao contrário do que se poderia esperar, a proclamação da República do Brasil em 1889 e a conseqüente ascensão de uma elite militar ao poder não acarretaram significativa alteração no arranjo das forças internas no país<sup>122</sup>. Sucedidas as províncias pelos Estados federais, a dinâmica dos poderes locais permaneceu praticamente inalterada.

A Constituição de 1891 não tratou de modo específico dos direitos dos índios mas conferiu aos Estados o domínio das terras devolutas<sup>123</sup>, o que acabou servindo como justificativa para o aprofundamento do processo de espoliação das terras tradicionalmente ocupadas por coletividades indígenas<sup>124</sup>.

De forma geral, a política indigenista da República Velha estava inserida em um momento de *"construção de limites políticos e simbólicos para a nação que se queria elaborar"*<sup>125</sup>. Na alvorada do séc. XX, o governo republicano enfrentou a tarefa de construção de uma nação, de seus símbolos, sua estrutura e sua burocracia, inspirada principalmente pelo ideário positivista.

---

<sup>122</sup> Luís R. Barroso, com Seabra Fagundes, afirma que a Constituição de 1891 nasceu sem legitimidade, pois não havia uma *"aspiração generalizada na opinião pública"* pela República (BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 13).

Por outro lado destacamos que apesar da idéia estabelecida, tanto no pensamento acadêmico como no senso comum, de que os Estados nacionais sejam por natureza avessos a golpes, a história demonstra justamente o contrário. Na realidade, pode-se dizer que foi através de golpes que se moldou aquilo que entendemos por Estado (cf. ROMANO, Roberto. *Sobre golpes de Estado*).

<sup>123</sup> Art. 63: *"uma lei do Congresso Nacional distribuirá aos Estados certa extensão de terras devolutas demarcadas à custa deles, fora da zona da fronteira da República, sob cláusula de as povoarem, e colonizarem dentro em determinado prazo, devolvendo-se, quando essa ressalva se não cumprir, à União a propriedade cedida"*.

Antes disso, o Decreto n. 7/1889 já havia conferido aos Estados o serviço de catequese e civilização dos índios.

<sup>124</sup> MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 53.

É certo, porém, que a evolução da legislação brasileira até então não autorizava se considerar como devolutas tais terras, como bem demonstra a teoria do *indigenato* de João Mendes Junior, objeto de análise adiante.

<sup>125</sup> LIMA, Antônio Carlos. *O governo dos índios sob a gestão do SPI*, p. 156.

Dois foram os principais frutos desse período histórico: na ação indigenista, a criação do Serviço de Proteção ao Índio; na legislação, a tutela estatuída pelo Código Civil de 1916 e pelo Decreto n. 5.484, de 1928. A Constituição republicana de 24/2/1891, apesar do avançado projeto defendido pelo Apostolado Positivista durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, acabou não fazendo qualquer referência aos índios<sup>126</sup>.

### 2.3.1. Autonomia dos índios e indigenato

No início do século XX, o estudo jurídico da questão indígena foi marcado pela publicação, em 1912, do livro *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, de autoria do jurista paulista João Mendes Junior, reunindo o conteúdo de conferências proferidas dez anos antes perante a Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios. Dentre as teses pioneiras desenvolvidas pelo autor a mais importante é a teoria do *indigenato*, termo que expressa o direito *originário* dos índios às próprias terras, expressão que veio a ser consagrada décadas mais tarde pela Constituição de 1988.

Já na época das grandes navegações era intenso o debate nas nações européias acerca dos direitos e da própria soberania dos habitantes das Américas: os *povos gentios*. Decerto essas discussões não podem ser dissociadas do debate teológico subjacente, na medida em que os princípios

---

<sup>126</sup> O projeto de Constituição Positivista já no artigo 1º declarava que a República do Brasil consistia de duas espécies de Estados Confederados, os "*Estados Ocidentais brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine*" e os "*Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas hordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República*", garantidos a estes últimos relações amistosas com o poder central, proteção do governo federal contra qualquer violência e inviolabilidade de território, que somente poderia ser atravessado com prévio consentimento, pacificamente solicitado e obtido (cf. PITANGA. Op. cit., p. 68). Ou seja, caso tivesse se concretizado este projeto de Constituição, os indígenas ter-se-iam tornado titulares de autonomia tão ampla quanto a garantida pela Carta de 1988. João Mendes Junior defendia, a partir de Jellinek e Brunaltti, que as nações indígenas fossem consideradas Estados da Federação (MENDES JUNIOR. Op. cit., p. 8). Sobre o tema, veja-se ainda: OLIVEIRA SOBRINHO. Op. cit., p. 115; MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 50).

dedutíveis da legislação da época se fundam em concepções religiosas e valores morais europeus, não necessariamente em saberes científicos.

De um lado, algumas correntes canônicas sustentavam que a soberania dos povos gentios somente existira antes do nascimento de Cristo, sendo revogada a partir do momento em que o Vaticano foi investido de poderes espirituais e temporais sobre os povos pagãos.

Prevalecia, porém, tese diversa no pensamento ibérico do século XVI, inspirada nas doutrinas de Tomás de Aquino e do Papa Inocência IV, da plena soberania das nações indígenas sobre suas terras<sup>127</sup>.

Desde o período colonial a autonomia dos povos indígenas foi legalmente reconhecida. Neste sentido, Mendes Junior destaca os seguintes textos legais: a Provisão de 13/9/1663, garantindo aos índios o autogoverno nos assuntos temporais, a Carta Régia de 9/1/1690, impedindo os responsáveis pelas bandeiras de obrigar indígenas a as acompanharem contra a própria vontade, e a Provisão de 9/3/1718, pela qual o rei reconhecia que:

*"estes homens são livres e isentos de minha jurisdição, que os não póde obrigar a sahirem de suas terras para tomarem um modo de vida de que elles se não agradam, o que, se não é rigoroso captiveiro, em certo modo o parece pelo que offende a liberdade; comtudo, se são bravos, que andam nús, que não reconhecem rei, nem governador, não vivem com modo e fórma de republica, atropellam as leis da natureza, nestes casos podem ser obrigados por força e medo a que desçam do sertão para as aldéas, se não o quizerem fazer por vontade, por ser assim conforme a opinião dos doutores que escreveram na materia."*<sup>128</sup>

A expressão *livres e isentos de minha jurisdição* marca o primeiro reconhecimento do princípio da *autonomia das tribos indígenas*.

---

<sup>127</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos dos índios*, p. 54.

<sup>128</sup> MENDES JUNIOR. Op. cit., p. 30 (sic.).

Para Mendes Junior o texto legal originalmente mais relevante para a compreensão do indigenato é o já mencionado Alvará Régio de 1/4/1680. Instituído com o intuito de evitar a dispersão dos índios aldeados, logo em seu primeiro artigo era declarado "*que os índios descidos do sertão sejam senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se fazer moléstia*"<sup>129</sup>.

A despeito disto, nunca houve grande convicção no reconhecimento dessa autonomia, e, na prática, a política de descimentos e aldeamentos e a grande miscigenação importaram na gradual diluição da identidade dos índios, na sua *assimilação* (o que mais tarde se convencionaria denominar *aculturação*).Veja-se:

Não occultarei que, desde a nossa existencia nacional, a tendencia para declarar autonomia dos indios não foi assim tão explicita; mas, a razão disto é que os indios, entre nós, entraram, como vimos, mais que nos Estados Unidos da America do Norte, no cruzamento das raças. As aldeãs tornaram-se municipios; e os indios, que quizeram manter a sua autonomia completa, passaram a constituir hordas errantes ou a habitar aquillo que chamamos *terreno desconhecido*.

Em summa, já não puderam ser considerados *nações*, porque os aldeados se amalgamaram, pelos cruzamentos, na *nação brasileira*, e os *não aldeados* foram considerados cidadãos brasileiros, desde que como taes, na forma do art. 6º da Constituição do Imperio, foram declarados 'todos os que no Brazil tiverem nascido'." (*sic.*)<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Como já se disse, anteriormente o Alvará de 26/7/1596 já havia consagrado o adágio "*senhores das terras da aldeia, como o são na serra*". Este texto, contudo, não é mencionado por Mendes Junior.

<sup>130</sup> MENDES JUNIOR. Op. cit., p. 47.



Nos primeiros anos do século XX se observava uma diminuição no ritmo da miscigenação, de cuja constatação ressurgiu a tendência de considerar os índios como nações<sup>131</sup>.

Para a teoria do indigenato de Mendes Junior merece destaque a Lei de 6/6/1755, do período do marquês de Pombal. Uma das diversas normas que ao longo dos anos regularam as sesmarias no Brasil, ela transcreveu literalmente dispositivos do Alvará de 1/4/1680, garantindo o direito dos índios às suas terras no interior das concessões, por serem "*primários e naturais senhores delas*".

Extinto o regime de concessão de sesmarias em 1827<sup>132</sup>, a Lei de Terras de 1850<sup>133</sup> instituiu novo regime fundiário, classificando as terras em *possuídas, devolutas e reservadas*. Do rol das devolutas, excetuaram-se as necessárias à fundação de povoações, abertura de estradas e colonização dos indígenas<sup>134</sup>.

Após a promulgação desta lei tornaram-se comuns demandas judiciais em que posseiros pretendiam exigir dos índios a exibição de registros de propriedade. Mendes Junior aponta que, além da exceção contida na Lei de 1850 quanto à inclusão de terras indígenas no rol de terras devolutas, não houve revogação do Alvará de 1/4/1680. Daí a conclusão de que as terras

---

<sup>131</sup> Op. cit., p. 48.

<sup>132</sup> Provisão de 22/10/1823 e Resolução de 5/2/1827.

<sup>133</sup> Lei 601, de 18/9/1850.

<sup>134</sup> Disposição repetida pelo Regulamento n. 1.318, de 30/1/1854, que regulamentou a lei.

Pelo art. 3º da Lei de 1850, eram devolutas as terras: "1) que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal; 2) que não se acharem sob o domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo geral ou provincial, não incurso em comisso, por falta das condições de medição, confirmação e cultura; 3) que não se acharem dadas por sesmaria ou outras concessões do governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas; 4) que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas".

tradicionais dos índios não podiam ser consideradas devolutas<sup>135</sup>, independentemente de legitimação ou registro a titularidade as mesmas<sup>136</sup>.

Com isto, o autor chegou à conclusão de que o indigenato constitui um título congênito<sup>137</sup>, enquanto a ocupação seria um título adquirido, dependente de legitimação<sup>138</sup>. Esta teoria significou uma evolução em relação ao entendimento anterior, de que seria necessária a ocupação trintenária de determinada terra por “*nação, tribo ou horda indígenas*” para legitimação dessa posse, dispensando o título<sup>139</sup>.

A teoria de João Mendes Junior repercute ainda hoje na doutrina<sup>140</sup> e foi consagrada na Constituição de 1988, que reconhece os *direitos originários* dos índios às terras tradicionalmente ocupadas.

### **2.3.2. O SPI – Serviço de Proteção ao Índio (1910-1967)**

O início do século XX foi marcado pela grande polêmica pública sobre o uso da violência no processo de integração dos índios. De um lado, von Ihering à frente da campanha pelo *extermínio* dos índios resistentes à civilização, do outro movimentos civis, especialmente acadêmicos e positivistas<sup>141</sup>.

Em 1908, o Estado brasileiro enfrentou em Viena uma inédita denúncia de massacre de índios, perante o XVI Congresso dos Americanistas, o que

---

<sup>135</sup> Chegaram à mesma conclusão: MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 46.

<sup>136</sup> MENDES JUNIOR. Op. cit., p. 57.

<sup>137</sup> Como mencionado, a Carta Régia editada por D. João VI em 2/12/1808 havia declarado devolutas as terras conquistadas de povos contra os quais houvesse sido decretada guerra justa. Por isso, *anteriores* eram os direitos dos índios, e passíveis de derrogação apenas em hipóteses específicas.

<sup>138</sup> Mendes Junior também menciona, e rejeita por considerá-la extremada, a afirmação de Proudhon de que “*o indigenato é a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial*” (Op. cit., p. 58).

<sup>139</sup> MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 54. Os autores adotavam este entendimento, mesmo ressalvando que o Alvará de 1/4/1860 afirmava serem os índios “naturais senhores” de suas terras, o que deveria obstar que se as considerassem devolutas.

<sup>140</sup> Por todos, vejam-se: SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 857-859; BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*, p. 65-70; SOUZA FILHO, Carlos Marés. *O despertar dos povos indígenas para o direito*, p. 124-129.

<sup>141</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 79.

levou o governo Nilo Peçanha a criar uma agência para o governo dos índios<sup>142</sup>. A criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) em 1910<sup>143</sup>, com a missão principal de assegurar proteção e assistência aos índios, colocou o Brasil na vanguarda do indigenismo americano<sup>144</sup>.

O SPI foi o primeiro aparelho de poder puramente laico para gestão da relação com os índios e desses com os demais grupos sociais<sup>145</sup>.

Pela primeira vez essa gestão era centralizada em uma agência<sup>146</sup>, um corpo burocrático específico, encarregado de unificar as políticas indigenistas sob uma determinada doutrina. Com isto, o grupo político que concebeu o órgão buscava centralizar o monopólio do *poder tutelar* sobre os indígenas do país.

A doutrina indigenista oficial a ser aplicada dali em diante deveria levar em consideração tanto a vasta extensão espacial do Brasil (à época um Estado ainda não totalmente *territorializado*) e a multiplicidade dos povos indígenas nesse espaço. Com isso, tem-se o contraste entre, de um lado, a necessidade de *homogeneização* de concepções doutrinárias, e de outro o *exercício factual* dessas *tecnologias* nos contatos com cada um desses povos, necessariamente

---

<sup>142</sup> Idem.

<sup>143</sup> Decreto n. 8.072/10, autorizado pela Lei Orçamentária n. 2.356/10 e republicado com ligeiras alterações como Decreto n. 9.214/11. Entre as atribuições de SPI se destacavam a vigilância para que os índios não fossem forçados a trabalhar ou tivessem suas terras esbulhadas por particulares e, por outro lado, a tarefa de ministrar "*noções sobre culturas, produção agrícola e industrial, construção de casas, ofícios e artes*", fornecendo-lhes ferramentas e instrumentos para lavoura. A exposição de motivos adotava a fórmula de Couto de Magalhães: "*não aldear, nem pretender governar as tribos; deixá-las com seus costumes, sua alimentação, seu modo de vida*".

<sup>144</sup> CARNEIRO DA CUNHA. Op. cit., p. 21.

<sup>145</sup> A instituição de um órgão de orientação estritamente secular para tratamento da questão indígena sofreu, é importante dizer, grandes críticas por parte da Igreja Católica e de setores conservadores da sociedade (BARBOSA. *Autodeterminação*, p. 205).

Deve-se salientar, outrossim, que a expressão *aparelho de poder* é utilizada aqui no sentido de *instância estatal normalizadora*, como proposto por Michel Foucault e será objeto de abordagem adiante. Deve-se apenas salientar que outras expressões serão utilizadas com a mesma significação (*órgão, agência, instância*) e não, portanto, com os sentidos estritamente jurídicos que esses vocábulos possam possuir em determinados contextos. Interessa-nos, pois, o ente e sua função em uma estrutura de poder, e não, nesse momento, sua qualificação jurídica.

<sup>146</sup> No sentido de *agencement* proposto por Gilles Deleuze.

um fenômeno heterogêneo<sup>147</sup>. A matriz ordenadora da ação estatal, contudo, permanecia a mesma, baseada na percepção da necessária transitoriedade do ser indígena<sup>148</sup>.

Por outro lado, o objeto da ação estatal – os povos indígenas – não era de todo conhecido. Não era, em sua inteireza, apreendido aprioristicamente pelo saber que construía a doutrina. Vale dizer, na relação entre *práticas* e *saberes*, a produção discursiva que sustenta a ação estatal indigenista era, muitas vezes, produzida pelo pesquisador no ato mesmo da análise<sup>149</sup>.

Ao ser criado em 1910<sup>150</sup>, o SPI tinha o nome de SPILT – Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, uma autarquia ligada ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC)<sup>151</sup>. Suas atribuições incluíam, além da *proteção aos índios*, a tarefa de fixação da mão-de-obra rural brasileira (não estrangeira). Nos termos do decreto que instituiu o

---

<sup>147</sup> LIMA. Op. cit., p. 155.

<sup>148</sup> LIMA. *Um grande cerco de paz*, p. 25. A maior parte das referências aqui feitas à trajetória e à atuação do SPI se baseia nesse livro, cuja pesquisa buscou fontes originais no Setor de Documentação do Museu do Índio/Funai, em Brasília, e no Museu Emílio Göeldi, em Belém do Pará, as quais se encontram em estado precário de organização e conservação – o que não impede que, ainda hoje, sejam freqüentemente utilizadas como ponto de partida nos processos administrativos de identificação e delimitação de terras indígenas (cf. Op. cit., p. 26-30).

<sup>149</sup> LIMA. *O governo dos índios sob a gestão do SPI*, p. 155. O autor lembra que o estudo dos efeitos do emprego heterogêneo das políticas públicas pertence à etnologia, com base em histórias indígenas específicas.

<sup>150</sup> Decreto n. 8.072/1910, fundado na Lei n. 1.606/1906. O decreto adotava a retórica de proteção dos índios e respeito a seus hábitos (art. 2º, § 4º) e de transmissão de conhecimentos sem o uso da coação (art. 5º, § 10), a qual, de resto, não constituía propriamente uma novidade nos princípios declarados pela legislação brasileira. Marco Antonio Barbosa destaca que o princípio norteador do decreto era o objetivo de *assistência* ao índio, ao mesmo tempo em que observa que, embora se trate de texto legal de inspiração positivista, não lhe foi incorporada uma das principais reivindicações do Apostolado Positivista: o reconhecimento dos povos indígenas como nações independentes (BARBOSA. Op. cit., p. 206-208).

<sup>151</sup> Anteriormente à criação do MAIC, as demandas dos produtores rurais, fora do eixo da grande cafeicultura paulista, eram canalizadas por entidades privadas, das quais foi modelo a Sociedade Nacional de Agricultura (SNA), criada no Rio de Janeiro em 1897. A SNA se empenhou fortemente em uma campanha nacional pela criação pelo governo federal de um corpo técnico, um *Ministério de Produção*. Os primeiros ministros a chefiar o MAIC eram também grandes cafeicultores (LIMA. Op. cit., p. 157).

MAIC<sup>152</sup>, ao ministério cabia cuidar do *governo dos nacionais e dos índios*, quanto aos últimos cabendo-lhe também cuidar da *catequese e civilização*<sup>153</sup>.

Ou seja, o órgão encarregado da política indigenista da República Velha tinha como missão, também, gerir a crise ocorrida na agricultura com a abolição da escravidão. Com isso, o *governo dos índios* se dá na mesma instância que o trabalho de *regeneração agrícola* do Brasil, no esforço de "levar progresso" ao campo. Por meio do estabelecimento de *centros agrícolas*, o SPILT/SPI aplicava políticas públicas de treinamento técnico da força de trabalho e também de acesso à propriedade rural.

Desde sua criação, a atuação do SPILT/SPI foi profundamente marcada pela personalidade e pelas idéias do marechal Rondon<sup>154</sup>. À época

---

<sup>152</sup> Decreto n. 1.606/1906.

<sup>153</sup> LIMA. Op. cit., p. 156. O autor destaca que a "história oficial" do SPI idealizou sua criação, ao situá-la no contexto de um debate público e amplo, tendo de um lado os defensores do *extermínio* das populações indígenas, do outro, os defensores dos índios, Rondon à frente – como fez, entre outros, Darcy Ribeiro. Em 1970, época em que Ribeiro estava exilado fora do país, foi publicado no Brasil um de seus livros mais célebres: *Os índios e a civilização*. Em dado momento, o autor narra um embate, supostamente ocorrido à época da criação do SPI, entre duas propostas de ação indigenista. A primeira, tendo à frente por Hermann von Ihering, diretor do Museu Paulista, acusava de ineficácia as missões religiosas e propunha o extermínio dos índios. A outra louvava as iniciativas heróicas e humanitárias do SPI e defendia o sistema legal formado pela tutela e pela incapacidade relativa do Código Civil de 1916 (RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*, segunda parte).

Souza Lima, por seu turno, após mencionar que o livro de Ribeiro serviu de fonte para quase todos os autores que escreveram sobre a política indigenista daquele período, busca refutar as teses ali contidas e situá-las historicamente. Darcy Ribeiro trabalhou como etnólogo no SPI entre 1947 e 1957. Souza Lima demonstra que o conteúdo de *Os índios e a civilização*, em grande parte, foi retirado de um texto anterior de Ribeiro, intitulado *A política indigenista brasileira*, publicado oficialmente pelo Ministério da Agricultura em 1962. Na época, na conturbada presidência de Goulart, Ribeiro ocupava a chefia da Casa Civil, enquanto o SPI, por sua vez, sofria duros ataques em razão de supostas omissões e abusos cometidos em sua atuação. O autor afirma que Ribeiro nunca investigou a fundo a história e a estrutura do SPI e simplesmente idealizou a trajetória do órgão, buscando enobrecer e louvar a figura do marechal Rondon. Mais do que isso, seu objetivo seria o de defender o monopólio estatal das ações sobre os povos indígenas e a manutenção da tutela (LIMA. Op. cit., p. 18-23).

<sup>154</sup> Cândido Mariano da Silva Rondon (1865-1958), militar, bacharel em ciências físicas, naturais e matemáticas pela Escola Militar da Praia Vermelha (atual Escola Superior de Guerra, onde também lecionou astronomia e mecânica), participou ativamente dos movimentos abolicionista e republicano. Entusiasta do positivismo, filiou-se ao Apostolado Positivista do Brasil em 1898. Seus primeiros contatos com indígenas se deram na década de 1890 quando chefiou a missão de construção de linhas telegráficas nos Estados de Goiás, Mato Grosso e Rondônia, no processo de consolidação da presença do Estado nas regiões Centro-Oeste e Norte. Nos primeiros anos do século XX Rondon iniciou uma série de expedições de reconhecimento da região amazônica. No período em que permaneceu à frente do SPILT/SPI, conciliou suas funções com os trabalhos da Comissão Rondon, de expansão das linhas telegráficas e de reconhecimento da Amazônia. Exerceu papel de destaque na repressão ao levante tenentista de 1924 e acabou sendo preso após a revolução de 1930, que conduziu Getúlio Vargas ao poder. Posteriormente

ainda tenente-coronel, Rondon tinha larga experiência na implantação de redes telegráficas em regiões remotas do país quando foi encarregado de estruturar o SPILTN/SPI. Acabaria permanecendo à frente do órgão de 1910 a 1930<sup>155</sup>.

Na formação do SPILTN/SPI Rondon cercou-se de uma rede de colaboradores ligados ao movimento positivista, em sua maioria militares. O positivismo já não tinha, àquela altura, o mesmo destaque da época da luta pela proclamação da República, mas ainda exercia influência na manipulação dos símbolos nacionais<sup>156</sup>.

Não por acaso, certamente, o SPILTN/SPI foi solenemente instalado no dia 7 de setembro de 1910. A função de "localização de trabalhadores nacionais" foi excluída das atribuições do órgão em 1918<sup>157</sup>. Contudo, permaneceu arraigada na doutrina do SPILTN/SPI a idéia de *transitoriedade* dos índios, cuja auto-suficiência devia ser promovida pelo Estado, transformando-os em pequenos produtores rurais<sup>158</sup>.

### 2.3.3. A tutela no Código Civil de 1916 e no Decreto n. 5.484/28

---

aliou-se a Vargas, tendo inclusive presidido a missão diplomática que arbitrou o conflito entre Peru e Bolívia pelo Porto de Letícia entre 1934 e 38. Em 1939 foi nomeado presidente do Conselho Nacional de Proteção ao Índio. Recebeu do Congresso Nacional a patente de marechal em 1955, ao completar 90 anos de idade.

<sup>155</sup> Neste período, Rondon exerceu a direção de fato do SPILTN/SPI por apenas sete meses, legando-a a substitutos ao longo dos anos (LIMA. *O governo dos índios sob a gestão do SPI*, p. 159). É interessante observar também que o SPI foi dirigido por militares a maior parte de suas quase seis décadas de existência, à exceção do período entre 1945 e 1955.

<sup>156</sup> Idem. Também: KURY, Lorelai. *Marchar com fé*, p. 28-29.

<sup>157</sup> Lei Orçamentária n. 3454/18.

<sup>158</sup> LIMA. Op. cit., p. 159. Como ilustração, destaque-se que no regulamento do SPI de 1936 é empregada, na referência aos índios, a expressão "*povos na infância social*", denotando o ideário evolucionista.

A instituição de um regime jurídico especial para os índios, considerada fundamental pelo círculo de Rondon<sup>159</sup>, concretizou-se na República Velha com o Código Civil (Lei 3.071, de 1916) e o Decreto n. 5.484, de 1928.

O Código Civil, em seu art. 6º, III, declarou os "silvícolas" "*incapazes relativamente a certos atos*"<sup>160</sup>. Apenas em 1962 viria a ser acrescentado parágrafo único ao artigo<sup>161</sup>, estabelecendo o *regime tutelar* para os silvícolas, o qual deveria cessar à medida que os tutelados fossem se *adaptando* à civilização do País<sup>162</sup>.

Ou seja, não apenas se considerava inexorável esta adaptação, como se entendia que, uma vez *adaptados (aculturados)*, não subsistiriam motivos para que os índios merecessem qualquer proteção especial.

Antes da alteração no Código, porém, o Decreto n. 5.484/28 já havia expressamente extinguido a tutela orfanológica relativamente a todos os índios do Brasil (art. 1º) e, em referência indireta à lei civil, instituiu que sua capacidade de fato sofreria determinadas restrições enquanto esses não se *incorporassem à sociedade civilizada* (art. 5º).

O decreto estabeleceu uma categorização para os *graus de contato* entre povos indígenas e a sociedade civilizada, desde os *nômades* ou "*que se mantiveram em promiscuidade com os civilizados*", passando pelos

---

<sup>159</sup> O sistema consagrado pelo Código Civil, condicionando a *capacidade civil relativa ao grau de civilização* dos índios, foi elaborado por Manuel Tavares da Costa Miranda e pelo primeiro-tenente Alípio Bandeira (co-autor, em 1911, do artigo *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena*), dois dos colaboradores mais próximos de Rondon (LIMA. Op. cit., p. 160).

<sup>160</sup> Clóvis Bevilacqua, autor do anteprojeto do Código, acreditava que a questão da capacidade dos indígenas deveria ser tratada em lei especial. O inciso III acabou sendo acrescido ao art. 6º por emenda do senador Muniz Freire (cf. OLIVEIRA SOBRINHO. Op. cit., p. 114; LIMA. "*A 'identificação' como categoria histórica*", p. 181). O desejo de Bevilacqua se tornaria realidade apenas com advento do Decreto n. 5.484/28.

<sup>161</sup> Lei n. 4.121/62.

<sup>162</sup> A nova norma, ressalte-se, não criou a tutela mas sim veio a alterar significativamente o regime legal do instituto que já existia, remontando a leis dos períodos colonial (com suas diversas oscilações no que tange ao poder temporal conferido aos administradores, leigos e religiosos, dos aldeamentos) e imperial (em especial a Lei de 27/10/1831, relativa à tutela orfanológica).

*arranchados ou aldeados* e pelos *pertencentes a povoações indígenas*, até chegar à incorporação completa (as *povoações indígenas*). Tratou-se sem dúvida de inovação significativa e que importou na positivação do postulado evolucionista de inferioridade das culturas nativas, fornecendo parâmetros legais para a atuação do SPI.

A definição legal de estágios de evolução das coletividades indígenas, na qual o Decreto n. 5.484/28 foi pioneiro, viria a ser consagrada e reformulada, anos mais tarde, pelo Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73).

Quanto à revogação expressa da tutela orfanológica, não se pode concluir que tenha significado o fim da tutela dos índios no direito brasileiro. Essa é uma confusão renitente no direito brasileiro, entre a tutela de natureza civil, portanto individual, e aquela com natureza de direito público, relativo ao poder tutelar do Estado sobre as questões concernentes às coletividades indígenas<sup>163</sup>.

Essa última, na realidade, foi operacionalizada pelo Decreto n. 5.484 e sua classificação dos graus evolutivo-civilizatórios das populações indígenas.

Essa tutela de natureza pública se harmonizava com o regime de capacidade

---

<sup>163</sup> A propósito: SOUZA FILHO. Op. cit., p. 101-102.

A confusão, como se verá, persiste na atualidade em razão das deficiências de redação do Estatuto do Índio (Lei 6001/73) e da omissão da Constituição de 1988 em tratar da tutela de maneira específica. Apesar das decorrências negativas da tutela civilística, não se pode deixar de reconhecer que o Código Civil de 1916 representou medida de proteção dos índios, revelando-se inclusive mais avançado que o próprio Estatuto do Índio, apesar de precedê-lo em quase seis décadas: *"enquanto que, portanto, a Lei específica do índio, seu Estatuto, trata aqui de colocar entre parênteses a problemática indígena na sua matriz primeira, qual seja a do índio membro de sociedades indígenas incluídas – inaproximável somente com as ferramentas da cognição e do indivíduo –, o Código Civil, que lhe é anterior no tempo e, inclusive, na hierarquia legal, consegue com muito maior agudeza abordar a questão em estudo, isto ao circunscrevê-la no âmbito das categorias maioridade-menoridade e maturidade-imaturidade. Se bem que, assim, o Código por completo não equacione toda a riqueza do problema – e, por princípio, essa não é a destinação de um Código mas, seguramente, de uma lei que se queira específica –, não a aprisiona ou violenta, inteligentemente. O legislador do Estatuto, que equivocadamente reduziu o requisito da "idade mínima de 21 anos" a limitação do alcance de meras habilidades intelectuais pelo indivíduo, esqueceu-se, nessa medida exata, do parâmetro e exemplo representados pelo trabalho daqueles que elaboraram o Código Civil, onde as categorias acima nomeadas, sobre serem, também, do campo individual-cognitivo, apóiam-se com indispensável firmeza no domínio afetivo e, pois, no domínio da apreciação e ajustamento intersubjetivo, no plano da integração social, em fim"* (BASTOS, Rafael. *Sobre a noção de tutela dos povos e indivíduos indígenas pela União*, p. 53-54).



do Código Civil, já que fundada no mesmo paradigma evolucionista, conferindo ao Estado mecanismos legais para a consolidação de suas estratégias quanto aos índios<sup>164</sup>.

O sistema legal implantado, além de consolidar o controle jurídico estatal sobre os índios, servia também à ampliação do poder da União quanto ao próprio território. No sistema então vigente, o mecanismo para a definição e posse das terras indígenas dependia da negociação, caso a caso, entre União e o respectivo Estado da Federação<sup>165</sup>. Assim, o instituto da tutela civilista, com a União na função de tutora, embutia-se de uma função geopolítica fundamental:

O resultado seria a instituição da tutela do Estado sobre o status de índio, legalmente exercida pelo SPILT. Pretendido desde o início, o estatuto jurídico específico para o índio atingido com o Código Civil e o decreto de 1928 facultaria ao aparelho o monopólio legal da força necessária à sua atuação em face de outros aparelhos de poder, às ordens religiosas em especial, e a outras redes sociais não necessariamente aparelhadas.

Por outro lado, o controle jurídico sobre os índios – a partir de então termo designativo de um status legal distinto e não meramente categoria do senso comum – facultaria a possibilidade de maior controle sobre porções do espaço

---

<sup>164</sup> Interessante observar que Decreto n. 5.484/28 se originou de um projeto de lei enviado ao Congresso Nacional em setembro de 1912 pelo então presidente da República, o marechal Hermes da Fonseca, antes, portanto, da promulgação do Código Civil (cf. LIMA. *Um grande cerco de paz*, p. 203). A despeito do ideal integracionista, o decreto foi festejado por juristas simpáticos à causa indígena, os quais o consideraram, por exemplo, "um código de direitos e garantias, durante quatro séculos incompletamente reconhecidos, pertinaz e hipocritamente descumpridos e burlados, ora pela frouxidão e abusos dos governantes, ora pelos interesses criminosos e tirania dos colonizadores e aventureiros portugueses, a essa raça infeliz, espoliada e sofredora de nossos aborígenes" (OLIVEIRA SOBRINHO. Op. cit., p. 93).

Quando da elaboração do Código Civil por Bevilacqua e no período até a edição do Decreto 5.484, Oliveira Sobrinho, e também Manuel Miranda, Alípio Bandeira, Souza Pitanga, Inglês de Souza e João Mendes Júnior foram alguns dos juristas envolvidos no debate acerca da tutela dos índios, tendo ficado evidentes os efeitos nocivos do regime orfanológico do Império. O novo sistema, como se vê, foi saudado como significativo avanço, uma norma cientificamente mais adequada e benéfica aos *silvícolas* (cf. SOUZA FILHO. Op. cit., p. 100).

<sup>165</sup> Este é outro ponto no qual a história oficial do SPI foi idealizada, colocando-o na vanguarda de enfrentamento das oligarquias regionais. Na verdade, a efetivação de áreas indígenas dependia sobremaneira de barganhas e conchavos políticos com os poderes locais (LIMA. *O governo dos índios sob a gestão do SPI*, p. 171).

sob a jurisdição dos estados e não da União, o que só estaria completo com a definição de terras indígenas dada pela Lei 6001/73 (Estatuto do Índio).<sup>166</sup>

Nesse processo, a política indigenista oficial se caracterizou pela importância dada ao papel dos índios na *colonização agrícola* do interior do país e na *defesa militar* do território. Como se viu, esses dois objetivos, na realidade, já eram relevantes na ação estatal desde a época colonial.

Igualmente, o antigo conceito de *aldeamento* foi retrabalhado, transmutando-se na doutrina de *pacificação* concebida por Rondon. As idéias centrais desse projeto eram *atrair e pacificar*, para obter o controle sobre o espaço sem causar hostilidades e mantendo íntegra a população indígena. Com isso, realizava-se "*o duplo movimento de conhecimento-apossamento dos espaços grafados como desconhecidos nos mapas da época, e a transformação do índio em trabalhador rural*"<sup>167</sup>.

No pensamento de Rondon, os fundamentos do positivismo do século XIX se associavam com sua formação militar, resultando na convicção do papel do Exército como força construtora e salvadora da Nação. A figura do engenheiro-militar corporificava a combinação de duas aptidões fundamentais: a habilidade técnica para a construção das bases empíricas do desenvolvimento e o adestramento no uso da violência legítima. Foi na esteira dessa ideologia que o Exército ganhou destaque na Primeira República, exercendo as funções de desbravamento e reconhecimento das regiões

---

<sup>166</sup> Op. cit., p. 160.

<sup>167</sup> Op. cit., p. 161. O autor se baseia em uma carta enviada ao Ministro da Agricultura, em 1912 por José Bezerra Cavalcanti, diretor de fato do SPILTAN, na qual defendia a participação ativa de militares nas atividades do órgão, em especial nas expedições em áreas indígenas. Outro ponto interessante é de como a presença militar nesses locais importava em menores custos, para o Estado, do que a implantação de uma burocracia ainda incipiente, o que ficou claro nas discussões do orçamento daquele mesmo ano.

inóspitas, dominando o território para a subsequente exploração econômica: a *civilização dos sertões*. Daí a importância do SPI:

Para estas tarefas o Serviço se organizava em unidades de ação com distintas amplitudes territoriais e correspondentes "etapas" diferenciadas na transição de *índio* a trabalhador rural, desde as responsáveis pelo contato direto com os povos indígenas, com pequena amplitude de gestão espacial-administrativa, passando a unidades administrativas voltadas para determinadas zonas geográficas em que seria dividido o território republicano por motivos operacionais, até a escala nacional de gestão, de responsabilidade da diretoria do Serviço. No primeiro caso estariam os *postos indígenas*, com suas diversas subdivisões que variariam ao longo do tempo, as *povoações indígenas* e as *delegacias* (espécie de título de caráter administrativo que investia um indivíduo não remunerado de poder para agir a mando do Serviço onde este não obtinha recursos para atuar), ficando responsável por informar as unidades regionais dos problemas dos índios de uma dada região, devendo atuar em seu favor. No segundo estariam as *inspetorias regionais*.

Tanto o número quanto a distribuição dos *postos*, *povoações* e *delegacias* no território brasileiro variavam segundo as verbas e os interesses da expansão da fronteira agrícola no período.<sup>168</sup>

Com isso, passou-se a incentivar, ainda que sub-repticiamente, que os postos indígenas adquirissem *autonomia econômica*, inclusive como solução para desonerar o Estado em sua manutenção. Nas regiões de menor potencial agrícola, evitava-se essa oneração de forma direta, ao não se reconhecer a condição de índios das populações autóctones que ali vivessem. Foi o caso da

---

<sup>168</sup> Op. cit., p. 161-162.

Além do SPILT/SPI, a larga experiência de Rondon na implantação de telégrafos lhe conferiu papel central também na criação da CLTEGMA – Comissão de Linhas Telegráficas e Estratégicas do Mato Grosso ao Amazonas, órgão com importantes funções estratégico-militares e científicas para a consolidação da presença do Estado nos confins do território. A esse respeito: "*mas a importância dessas expedições está também no fato de ter sido feita uma série de contatos com as sociedades indígenas, além de estratégicos serviços de demarcação e inspeção das fronteiras brasileiras. E ainda: enquanto estendiam os fios telegráficos para estabelecer a comunicação entre os centros urbanos e o sertão do Brasil, os membros da Comissão empreenderam a exploração científica do território, com ênfase no conhecimento da geografia do país. Este trabalho, feito primordialmente nas viagens que ocorreram entre 1907 e 1915, teve grande importância em diversas áreas como a cartografia, a botânica, a geologia, a zoologia, a antropologia e a etnografia de populações indígenas e sertanejas*" (LIMA, Nísia; SÁ, Dominichi. *No rastro do desconhecido*, p. 19).

região Nordeste. Em outras, promovia-se o arrendamento de terras ocupadas por índios, sob o pretexto de pertencerem à União, para com isto viabilizar financeiramente o sustento das estruturas do SPI. O caso pioneiro se deu no Acre, no contexto da exploração da borracha, servindo depois de modelo para outros locais<sup>169</sup>.

A povoação indígena era considerada um “estágio espontâneo” entre o índio nômade e o trabalhador nacional, ou seja, “*entre o índio errante e o mesmo índio sedentário, cooperador no trabalho agrícola*”<sup>170</sup>.

Assim, o Estado atribuía aos índios uma função determinada por suas metas estratégicas: o papel de *agricultores*. Pouco depois acrescentar-se-ia outro: o de *guardas de fronteira*.

A chegada de Getúlio Vargas ao poder pela via militar em 1930 teve conseqüências imediatas na política indigenista. Logo após a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC) em 1930, o SPI foi transferido para a estrutura da nova pasta, ficando vinculado ao Departamento de Povoamento<sup>171</sup>.

A incorporação do aparelho de ação indigenista ao braço militar do Estado influenciou a própria doutrina. O novo regulamento do SPI<sup>172</sup> mostrava especial preocupação com a *nacionalização* dos silvícolas, com ênfase na *educação* como principal meio de *integração*. Nessa concepção de educação estava presente, além da transmissão de conhecimentos, uma forte ênfase no civismo e no espírito patriótico, em especial no caso de povos indígenas em

---

<sup>169</sup> Idem.

<sup>170</sup> MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 51. No mesmo sentido: BARBOSA. Op. cit., p. 207.

<sup>171</sup> Decreto n. 19.670/31. Alguns anos depois, o SPI foi novamente transplantado, desta vez para o Ministério da Guerra, ficando vinculado à Inspetoria Geral de Fronteiras (chefiada por Cândido Rondon até 1930), e em seguida ao Estado-Maior do Exército (Decreto n. 911/36).

<sup>172</sup> Aprovado pelo Decreto n. 736/36.

regiões fronteiriças, com o intuito declarado de impedir que os mesmos se identificassem com outras nações. Imbuídos de sentimentos patrióticos, os índios estariam aptos à vigilância das fronteiras, em razão também das características guerreiras inatas que supostamente possuíam<sup>173</sup>.

O espectro da ameaça comunista afetou grandemente a atuação do SPI<sup>174</sup>. À parte o aspecto de disciplinamento militar, a doutrina adotada pelo SPI após sua incorporação à estrutura do Exército seguia os moldes da política agrícola desenvolvida nos tempos do MAIC, concebida pela antiga SNA, enfatizando porém a nacionalização das fronteiras<sup>175</sup>. De resto, a educação com ênfase em princípios de moral e cívica, incluindo obrigatoriamente o culto à bandeira, já faziam parte das expedições chefiadas por Rondon antes mesmo da criação do SPI<sup>176</sup>.

Nos trabalhos de elaboração da Constituição de 1934 foi grande a pressão para que os Estados da Federação obtivessem poderes para o trato da questão indígena, o que sem dúvida teria facilitado sobremaneira o esbulho territorial. Contudo, em grande parte por influência de Rondon<sup>177</sup>, a União

---

<sup>173</sup> Saliente-se que a utilização de indígenas em funções militares já acontecia no período imperial. As supostas aptidões naturais dos índios para a navegação levaram a episódios de recrutamento compulsório pela Marinha, ainda no início do século XIX. Não se pode olvidar tampouco a convocação de índios para expedições de combate a outras nações hostis, muitas vezes com remuneração reduzida em relação aos soldados brancos. Por fim, há também os pouco estudados episódios de utilização da força militar indígena em batalhas decorrentes do movimento de independência do Brasil (CARNEIRO DA CUNHA. *Política indigenista no século XIX*, p. 151).

<sup>174</sup> LIMA. Op. cit., p. 255.

<sup>175</sup> Op. cit., p. 266-268.

Aponte-se apenas que o regulamento de 1936 previa dois tipos de postos (além dos núcleos militares propriamente ditos): os Postos de Atração, Vigilância e Pacificação (para aproximação dos índios *arredios*) e os Postos de Assistência, Nacionalização e Educação (para o caso de povos indígenas já sedentarizados).

<sup>176</sup> LIMA. Op. cit., p. 167, 257. O autor menciona relatórios de servidores do SPI, com referências a episódios de atração, para o território brasileiro, de indígenas que estivessem próximos às áreas de fronteira. Para ele, a doutrina de *nacionalização* dos indígenas guarda relação com a própria consolidação do território, considerando que até poucos anos antes o Brasil ainda passava por litígios em torno de suas fronteiras internacionais. Sendo o índio a *origem* da nacionalidade brasileira, reconhecer seus direitos à terra guardava relação com o direito do país ao próprio território.

<sup>177</sup> CARNEIRO DA CUNHA. *Os direitos do índio*, p. 86.

deteve a competência exclusiva para legislar sobre os índios, ou melhor, sobre a *"incorporação dos silvícolas à comunhão nacional"* (art. 5º, XIX, m).

Mais do que isso, dentro do modelo de democracia social consagrado pela Carta (com grande influência da Constituição de Weimar), pela primeira vez o direito dos índios às próprias terras se tornou matéria constitucional, nos termos do art. 129: *"será respeitada a posse da terra por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las"*.

O dispositivo foi mantido pela Constituição getulista de 1937, com ligeira alteração na redação<sup>178</sup>.

No período do Estado Novo o SPI retornou ao Ministério da Agricultura, com a função expressa de incentivar os indígenas à prática da agricultura<sup>179</sup>. O Brasil vivia a época da *Marcha para o Oeste* e, mais uma vez, a importância econômica da agricultura, na retórica oficial, fundia-se com a necessidade de controle geográfico do território; com isso, chegava ao apogeu o poder e a influência do SPI<sup>180</sup>. Afinal, a *civilização dos sertões* era, ainda, um projeto inacabado.

---

<sup>178</sup> Art. 154: *"será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las"*.

A Constituição de 1946, por sua vez, praticamente não inovou na matéria, mantendo a competência da União para legislar sobre *"a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional"* (art. 5º, XV, r) e rezando que *"será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acham permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem"* (art. 216).

Inovação genuína foi trazida pela Constituição de 1967, que adotou o termo *"terras ocupadas pelos silvícolas"*, ao invés do tradicional *"posse permanente pelos índios"*. Por outro lado, o art. 4º, IV determinou que as terras indígenas passavam a integrar o patrimônio da União, contrariando a Convenção 107 da OIT, de 1965, da qual o Brasil era signatário. Além disso, permaneceu reservada à União a competência para legislar sobre *"nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação do silvícola à comunhão nacional"* (art. 8º, XVII, o).

Por fim, deve-se salientar que a Constituição de 1967, ao contrário das que a antecederam, originalmente fez menção ao princípio da *inalienabilidade das terras indígenas*, que somente veio a ser acrescentado ao texto pela Emenda Constitucional n. 1/69.

<sup>179</sup> Decreto-Lei n. 1736/39.

<sup>180</sup> LIMA. *Pacificador ou mediador?*, p. 45.

Em 1943, a expansão da ação indigenista se fortaleceria com o início da célebre Expedição Roncador-Xingu<sup>181</sup>.

Ainda em 1939 foi criado o Conselho Nacional de Proteção aos Índios<sup>182</sup>, órgão de composição mista, reunindo representantes do Museu Nacional, do Serviço Florestal e do SPI. Essa foi uma época em que as ações indigenistas do Estado ganharam grande projeção na imprensa, o que estimulou o debate público sobre este tema<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> A Expedição Roncador-Xingu durou 24 anos e foi liderada por Orlando e Cláudio Villas Bôas. Seu principal fruto foi a criação do Parque Nacional do Xingu em 1961, para a qual foram fundamentais, além do empenho dos irmãos Villas Bôas, as contribuições de Rondon, do antropólogo Darcy Ribeiro e do sanitarista Noel Nutels.

Souza Lima aponta que as notícias relativas ao avanço da expedição foram severamente controladas pelo Departamento de Imprensa e Propaganda do governo federal (LIMA. *Um grande cerco de paz*, p. 288).

<sup>182</sup> Decreto-Lei n. 1794/39.

<sup>183</sup> LIMA. Op. cit., p. 168.

É importante apontar que a estruturação do SPI no território nacional, através da gradual instalação de postos indígenas, deu-se de maneira lenta e plena de dificuldades, a começar pelas grandes distâncias e extensões das áreas tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, pela carência de verbas e recursos materiais e a falta de preparo teórico da maior parte dos primeiros "inspetores" nomeados para chefiar essas representações, logo surgindo algumas mazelas típicas do serviço público. À guisa de exemplo, veja-se a seguinte descrição, relativa às primeiras representações do SPI na região do Alto Solimões (AM): "(...) *seria absolutamente equivocado identificar a ação administrativa do SPI com os postulados de uma ideologia protecionista. Apenas alguns desses funcionários pareciam estar minimamente familiarizados com esses princípios e motivados a colocá-los em prática. O preenchimento do cargo de encarregado de Posto Indígena não supunha a obtenção de diplomas, cursos ou conhecimentos específicos. Isso dependia em geral do chefe da Inspeção que, tendo em vista os recursos existentes (financeiros ou humanos), mobilizava e selecionava os candidatos mediante uma avaliação de suas habilidades, experiências anteriores, disposições e possível adequação à situação com que iriam lidar. A concepção do serviço público como gerando cargos vitalícios, distribuídos como prebendas em uma lógica de clientelismo político, opunha-se radicalmente a qualquer tentativa de implantar uma administração eficiente ou de aplicar princípios gerais de atuação. Os funcionários considerados faltosos ou incompetentes eram penalizados não com a destituição do cargo, mas com a transferência de uma área para outra. Idêntico recurso era acionado por elementos bem formados ideologicamente mas que se encontravam em uma situação de estrangulamento por ausência de verbas, ou que sofressem perseguição de seu superior hierárquico, ou ainda que se debatesses em impasses insuperáveis em seu trabalho. Isso destituía de sentido penalizador as transferências. Nas avaliações o que valia era apenas o prestígio relativo de cada indivíduo junto aos que ocupavam posições centrais nos diferentes grupos de poder e influência*" (OLIVEIRA FILHO, João P. "O nosso governo", p. 226-227).

É igualmente relevante, contudo, salientar que mesmo com essas dificuldades a criação do SPI resultou em efetivas medidas de proteção e assistência a determinados grupos indígenas que sofriam pressões econômicas de diversas naturezas, principalmente quanto à expropriação de terras, exploração de mão-de-obra sub-remunerada e coação para venda de produtos a preços inferiores aos de mercado – embora tais medidas se fundassem, coerentemente com o paradigma integracionista, na premissa de que os índios deviam ser transformados em produtores rurais, aos quais se deveria garantir preço justo pela produção (à guisa de exemplo, veja-se: Op. cit., p. 161-167).

Diga-se, por fim, que após um momento inicial de confronto aberto entre as forças econômicas locais e os representantes do SPI no Alto Solimões, a constatação da irreversibilidade da presença do aparelho indigenista federal levou ao surgimento de uma nova dinâmica entre essas forças, baseadas em novas estratégias e alianças táticas, de modo que o relacionamento apenas tangencial dos servidores do SPI com

Em seu mister, a partir da década de 1940 o SPI passaria a atuar conjuntamente com a Fundação Brasil Central, cujas origens remontam à Expedição Roncador-Xingu. A implantação do Parque Nacional do Xingu, em 1961, representou uma virada importantíssima nas políticas indigenistas, em especial na questão fundiária. A partir daí, abandonou-se o modelo de fixação de populações indígenas em pequenas áreas e de estímulo de produção agrícola. Com a criação de *parques* (figura inexistente na legislação da época), passaram a ser destinadas às populações indígenas áreas de grande extensão, cujos limites deveriam ser traçados levando em conta sua *ocupação imemorial* pelos índios.

Em realidade, permanecia presente o ideal de *aculturação*, fundado no princípio da transitoriedade da condição de índio<sup>184</sup>; contudo, este processo tornou-se paulatino. A presença militar continuou sendo considerada imprescindível, mas o objetivo central da delimitação territorial deixou de ser a produção agrícola, priorizando, além da proteção aos índios, a preservação da fauna e flora<sup>185</sup>.

Contudo, não se pode considerar superado o modelo anterior, pois não foi possível a criação de grandes reservas naquelas regiões onde a presença

---

as forças sociais locais não foi capaz de reverter totalmente a situação de sujeição vivida pelos indígenas Ticuna (cf. Op. cit., p. 172-174), sendo que, de forma variável no tempo e no espaço e de acordo com o próprio perfil de cada um, a atuação dos representantes do SPI alternava situações momentos de maior ativismo em favor dos índios com outros de mera aplicação burocrática de preceitos estabelecidos pela direção do aparelho (Op. cit., p. 218).

<sup>184</sup> Esta transitoriedade justificava a restrição de determinados direitos: “*Ora, sucede que ao índio, ao menos enquanto não se modificar suficientemente sua situação – o que só é possível pelo convívio social – não é razoável que se outorguem certos direitos e menos é ainda que se imponham outras tantas obrigações. Estas e aqueles seriam inúmeras vezes, por falta de capacidade do sujeito, inteiramente descabidos*” (MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 52).

<sup>185</sup> LIMA. Op. cit., p. 169.



do Estado já era antiga, com consolidação da agricultura e da presença militar<sup>186</sup>.

A criação do Parque Nacional do Xingu, em 1961<sup>187</sup>, marcou um novo conceito de terra indígena – considerada agora *"forma de ocupação espacial e econômica distinta daquela da sociedade brasileira e dotada de profundidade histórica, acoplada à idéia de preservação cultural dos povos indígenas"* –, além de incluir pela primeira vez, no trabalho de demarcação, a participação de antropólogos<sup>188</sup>.

Outrossim, pode-se afirmar que durante toda sua trajetória o SPI utilizou os fatores de produção indígenas (terras, recursos naturais e mão-de-obra) na geração de recursos para o sustento do próprio serviço. Com isso, repetiu-se uma forma de exploração, sob a retórica da proteção, já conhecida desde a época da Companhia de Jesus.

Em realidade, o *"tomar conta"* dos índios visado pelo SPI se baseava em dois pilares: a proteção das populações, abrangendo uma área tão grande quanto possível em torno de cada posto indígena (paradigma da criança), e, ao mesmo tempo, evitar que eles, não importa se motivos culturais ou individuais, *"criassem dificuldades para a existência e o exercício de atividades produtivas, de manifestações religiosas, cívicas ou sociais por parte da população branca da região"* (paradigma do louco ou desviante social)<sup>189</sup>.

#### **2.3.4. A Funai – Fundação Nacional do Índio**

---

<sup>186</sup> Idem.

<sup>187</sup> Decreto n. 50.455/61.

<sup>188</sup> LIMA. "A 'identificação' como categoria histórica", p. 186.

<sup>189</sup> OLIVEIRA FILHO. Op. cit., p. 228-229.

Apesar de seu ideário declaradamente humanitário, a atuação do SPI foi alvo de diversas polêmicas e ataques ao longo dos anos, causando um desgaste crescente e levando, finalmente, à sua extinção, após o escândalo gerado por uma investigação administrativa iniciada a pedido do Ministério do Interior<sup>190</sup>.

A Funai – Fundação Nacional do Índio foi criada em 1967, ligada ao Ministério do Interior (apenas em 1990 seria transferida para o Ministério da Justiça), com o fim declarado de profissionalizar a ação indigenista do Estado, consoante os parâmetros da moderna antropologia. A Lei 5.371/67, que criou a fundação, extinguiu, além do SPI, o CNPI – Conselho Nacional de Proteção aos Índios e o Parque Nacional do Xingu, cujos patrimônios se incorporaram à nova entidade (arts. 2º, I, e 6º)<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> "Apesar de dispor de um conjunto de normas jurídicas protetoras e bastante avançadas para a época, o SPI, a partir de 1950, iniciou um processo de decadência administrativa, fruto de corrupção, uso indevido das terras indígenas e suas utilidades, venda de "atestados de inexistência de índios", que possibilitava o extermínio e legitimava a usurpação de terras, tornando-se um instrumento de opressão do Estado contra as populações indígenas, exatamente o contrário dos objetivos para os quais fora criado 40 anos antes" (SOUZA FILHO. Op. cit., p. 89-90).

As primeiras propostas de extinção do SPI surgiram na década de 1950 e ganharam força após a criação do Parque do Xingu, como consequência do fortalecimento da atividade dos antropólogos (cf. LIMA. "A 'identificação' como categoria histórica", p. 187).

Os desmandos e os casos de corrupção ocorridos no seio do SPI foram objeto do chamado Relatório Figueiredo, em 1967, além de investigações autônomas realizadas por entidades estrangeiras como a Cruz Vermelha (cf. ATHIAS, Renato. *Temas, problemas e perspectivas em etnodesenvolvimento*, p. 53).

<sup>191</sup> De acordo com o art. 1º da lei, cabia à Funai: "I – estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados: a) respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais; b) garantia à posse permanente das terras que habitam e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes; c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional; d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas; II – gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização; III – promover levantamento, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas; IV – promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios; V – promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional; VI – despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista; VII – exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio; Parágrafo único: a Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais".

A Lei n. 5.371/67 sofre alterações ao longo do tempo, as principais delas por força do Decreto-Lei n. 423/69. O inciso IV, *supra*, por exemplo, foi expressamente revogado pela Lei n. 9.836/99, dentro da tendência atual de dividir as atribuições concernentes à política indigenista entre diversos órgãos estatais.

À Funai coube administrar as rendas do patrimônio indígena, tendo como norte três fins: a *emancipação econômica* das tribos, o *acréscimo do patrimônio rentável* e o *custeio dos serviços de assistência ao índio* (art. 3º).

Adotou-se o conceito de *projetos de desenvolvimento comunitário*<sup>192</sup>, em substituição ao trabalho de transformação dos índios em agricultores desenvolvido pelos antigos postos indígenas.

Além disso, com a Funai surgiu oficialmente o cargo de *técnico em indigenismo*, como resultado das discussões de um novo modelo de ação indigenista do Estado<sup>193</sup>.

A ação estatal continuava se pautando, contudo, pelo ideal evolucionista e integracionista, de modo que *"a própria Funai dispunha de um modelo institucional mais moderno e interessante que o antigo SPI, mas, constituída sob forte crise sem um claro projeto alternativo, assumiu todos os vícios presentes na organização precedente, sem construir antes um paradigma diferente de política indigenista"*<sup>194</sup>.

Pouco se pesquisou sobre os primeiros anos de atividade da Funai, época em que coube à autarquia organizar o funcionamento do aparelho

---

<sup>192</sup> LIMA. *Problemas de qualificação de pessoal para novas formas de ação indigenista*, p. 83.

<sup>193</sup> Op. cit., p. 38. *"Os conteúdos do curso também refletiam a época: de início, marcadas as intenções desenvolvimentistas do aparelho, os cursos se voltaram sobretudo para as técnicas agrícolas que deveriam ser ensinadas ao índios, noções de "desenvolvimento comunitário" e primeiros socorros, sobrevivência na selva, operação de rádio e rotinas burocrático-administrativas da Funai. Pouco a pouco, outros conhecimentos foram incorporados: noções de sociologia, antropologia e sobretudo estudos etnológicos, além de técnicas lingüísticas"* (Op. cit., p. 89).

Relevante apontar que, quanto a uma das mais importantes funções do técnico em indigenismo – a identificação de terras indígenas –, a primeira norma interna da Funai específica surgiu apenas em 1975, com a Portaria n. 225/N (LIMA. *"A 'identificação' como categoria histórica"*, p. 173).

<sup>194</sup> SANTILLI, Márcio. *Programas regionais para uma nova política indigenista*, p. 81.

Souza Lima destaca que tanto a criação da Funai como, um pouco depois, a promulgação do Estatuto do Índio, seguiram implicitamente a orientação evolucionista que pautara as demarcações de terras indígenas na década de 1950, pela qual a aculturação dos índios seria um processo espontâneo, cuja direção poderia ser prevista com base em parâmetros científicos (LIMA. *"A 'identificação' como categoria histórica"*, p. 183).

tutelar, no movimento de expansão da fronteira amazônica<sup>195</sup>. Administrada a maior parte do tempo por militares, a Funai exerceu papel fundamental na ampliação da frente de colonização e na execução dos grandes projetos de desenvolvimento regional, como o Polonoroeste e o Projeto Carajás<sup>196</sup>.

Em 1973 foi promulgado o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), em grande parte devido a pressões internacionais por medidas efetivas de proteção das populações indígenas<sup>197</sup>. O Estatuto (objeto de análise mais detida no item 4.3 do presente trabalho) consagrou, com algumas alterações, o sistema classificatório de graus de contato entre índios e *civilização*, antes introduzido no ordenamento pelo Decreto n. 5.484/28.

Novas metas e atividades para a política indigenista foram trazidas pelo Decreto n. 76.999/76, tratando principalmente do processo administrativo de

---

<sup>195</sup> Plano de Integração Nacional de 1970.

Souza Lima pesquisou os diferentes regimentos internos da Funai da primeira metade da década de 1970, concluindo que a regularização fundiária das terras habitadas pelos índios, apesar de constituir um imperativo legal, não foi o principal objetivo perseguido pela ação indigenista estatal (LIMA. Op. cit., p. 200).

<sup>196</sup> "A postura desenvolvimentista em vigor emprestou à Funai uma ação inversa à esperada. O resultado foi o favorecimento, em muitos casos, da entrada de todo tipo de empresas (mineradoras, madeiras, etc) nas áreas indígenas ainda por serem demarcadas, enquanto outras áreas foram alvo de busca de contato com os índios. O apelo patriótico da "integração nacional" fez com que a Funai saísse na frente para que 15 mil quilômetros de estradas fossem construídos na Amazônia durante esse mesmo período, cortando as terras dos povos indígenas" (ATHIAS. Op. cit., p. 53). O autor menciona ainda que a autarquia teria manipulado os chamados *critérios de indianidade*, com o intuito de dificultar o reconhecimento da condição de índio e de reprimir o movimento indígena emergente (Op. cit., p. 54).

<sup>197</sup> "As pressões internacionais à época estavam balizadas pelas idéias de anistia e direitos humanos. A ação de movimentos internacionais de defesa dos direitos humanos e do meio ambiente sobre o establishment desenvolvimentista, notadamente o Banco Mundial, influenciou as decisões dos dispositivos financiadores da expansão governamental rumo à Amazônia, ao ameaçar cortar os recursos financeiros ao regime militar, moldando-se um padrão de interação conflitiva entre essas partes – agências do Estado brasileiro, movimentos internacionais e agências multilaterais de financiamento – que marcaria a década posterior. A Funai, controlada pelas agências de segurança nacional e tendo à sua frente presidentes militares, abriria campo, em certos momentos, à participação de outros atores ainda hoje presentes na cena indigenista: os antropólogos, que tinham a unificá-los um novo modelo de formação acadêmica, em pós-graduações surgidas em grande parte sob os auspícios dos recursos sobretudo da Fundação Ford e de agências de administração pública brasileira, como a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de nível superior (Capes), o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e a Financiadora de Estudos e Projetos (Finep). Nesse contexto, alguns pesquisadores, em diferentes momentos de suas trajetórias acadêmicas, seriam chamados – para logo serem rechaçados – a criar "projetos" de ação junto a povos indígenas específicos, distinguindo-se da matriz "produtivista" implementada pelos "projetos de desenvolvimento comunitário" da Funai" (LIMA; BARROSO-HOFFMANN. *Questões para uma política indigenista*, p. 10).

demarcação das terras indígenas<sup>198</sup>. A partir dele, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) passou a colaborar estreitamente com a Funai, no processo administrativo de regularização das terras dos índios<sup>199</sup> – o que, diga-se, no importou na solução definitiva da problemática questão da identificação de tais terras<sup>200</sup>.

No período de governo militar, entre 1964 e 1985, a ação estatal priorizou a intensificação dos esforços de integração, gerando resistências por parte da comunidade científica organizada<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> A criação do Parque do Xingu representou um marco para as demarcações de terras indígenas no Brasil, tendo combinado pioneiramente, no trabalho de identificação, parâmetros sócio-geográficos e ambientais. O estudo jurídico dos direitos territoriais dos índios é, sem dúvida, riquíssimo em possibilidades, estando além do objeto da presente pesquisa. Cabe apontar, apenas, a íntima relação entre os regimes de terras e o exercício da tutela para a governamentalidade indigenista do Estado brasileiro.

<sup>199</sup> LIMA. "A 'identificação' como categoria histórica", p. 211-218. O autor aponta que a partir de 1980 a Funai recebeu grande afluxo de quadros provenientes do Incra, ao mesmo tempo em que foram implantadas novas normas administrativas relativas aos *critérios de indianidade*. Desse ponto em diante tornam-se obscuros os critérios adotados para a identificação de índios; na prática, pareciam servir mais à desqualificação de grupos indígenas que pleiteavam reconhecimento (Op. cit., p. 217).

Interessante observar que o presidente da Funai quando da edição do Decreto n. 76.999/76 era coronel do Exército, assim como o responsável pela elaboração do novo regimento. Dos seis primeiros presidentes da fundação, entre 1967 e 1983, quatro eram militares.

Em outro texto, Souza Lima afirma que a partir do Estatuto do Índio as medidas de regularização fundiária desenvolvidas pela Funai foram gradativamente adotando parâmetros surgidos no Incra. Na realidade, a partir do Decreto Interministerial n. 88.118/83 a tarefa de regularização de terras indígenas deixou de ser exclusiva da Funai e ficou a cargo de um grupo de trabalho interministerial; já nos anos recentes a tendência tem sido de colaboração e maior conhecimento mútuo entre Funai, Incra e Ibama, fenômeno influenciado pela reforma administrativa no governo Fernando H. Cardoso e também pela forte presença de órgãos de cooperação e financiamento internacional (LIMA. *Os relatórios antropológicos de identificação de terras indígenas da Fundação Nacional do Índio*, p. 221-224).

<sup>200</sup> Souza Lima, ao abordar especificamente as dificuldades do trabalho de identificação de terras indígenas, aduz: "*claro está que os problemas desta natureza – da fragilidade dos conhecimentos técnicos de que deveriam ser dotados os aparelhos de governo voltados para aspectos da gestão territorial – transcendem em muito a Funai, que deles não pode se beneficiar. Considere-se, ainda, que o período de governo militar (1964-1984) e a retomada por parte destes do controle sobre os problemas fundiários, inclusive internamente à Funai, deixaram os quadros técnicos da agência desprovidos de quaisquer possibilidades de obter dados confiáveis. Alie-se a isto um cotidiano institucional desprovido de planejamentos sistemáticos – pouco interessantes em um quadro militarizado em que a regularização de terras para as sociedades indígenas parecia confundida com a concessão de "soberania" – a superposição de múltiplas outras tarefas cotidianas à de identificação, a falta de prevalência do discurso antropológico na agência após numerosos expurgos da categoria, e a quase total inexistência de espaço para reciclagem e treinamento pós-graduado*" (LIMA. Op. cit., p. 240).

<sup>201</sup> "A política indigenista dos militares descobriu uma brecha na legislação que era determinar o fim à tutela orfanológica que a lei estabelecia aos índios (...). Com a emancipação acreditavam que os povos indígenas deixariam de ser índios e se integrariam no sistema nacional, tornando-se cidadãos "completos". A idéia partia da falsa premissa que os indígenas não eram cidadãos integralmente porque pesava sobre eles a tutela, numa clara confusão entre capacidade civil e direitos de cidadania. Não lograram, entretanto, emancipar os indígenas porque houve uma forte reação da sociedade civil,

O exercício do poder tutelar pela Funai, além de sempre ter se pautado pelo ideal integracionista, caracterizou-se pela centralização burocrática em Brasília e pela uniformidade de ação, deixando de atentar para as diferenças sócio-culturais entre os diversos povos indígenas do país<sup>202</sup>.

Chegou-se ao ponto de a Funai apoiar um projeto governamental de concessão unilateral de emancipação e "cidadania plena" para diversos grupos indígenas<sup>203</sup>. O objetivo evidente era de facilitar a colonização cultural e econômica dessas coletividades, e somente não foi alcançado em razão da forte mobilização em contrário por parte antropólogos e de ativistas<sup>204</sup>.

Na definição das prioridades econômicas de governo ou de particulares, freqüentemente a ação da Funai se dá de forma reativa, raramente preventiva<sup>205</sup>.

A mobilização e as reivindicações por parte dos povos indígenas aumentaram gradativamente a partir da década de 1970, levando a alterações na estrutura administrativa da Funai. Uma das mais significativas foi a

---

*especialmente da Associação Brasileira de Antropólogos, que denunciou a manobra e impediu a violência"* (SOUZA FILHO. Op. cit., p. 90).

<sup>202</sup> cf. SANTOS, Sílvio. *Os povos indígenas e a Constituinte*, p. 36.

<sup>203</sup> Em 1978, setores do governo militar propuseram a emancipação geral dos índios brasileiros por decreto presidencial, que seria editado sob o pretexto de regulamentar artigos do Estatuto do Índio. A medida chegou a ser anunciada pelo Ministério do Interior, e somente não se concretizou por força da grande reação em contrário (Cf. EVANGELISTA, Carlos. *Direitos indígenas*, p. 26-29 e 41-42).

Nova tentativa viria a ocorrer em 1983 (Anteprojeto de Lei n. 2.465), também frustrada. Essa segunda investida se deu logo após a criação da UNI – União das Nações Indígenas, primeira organização de âmbito nacional com participação efetiva de índios, logo enquadrada pelo Conselho de Segurança Nacional (Op. cit., p. 43).

É importante ressaltar que o Estatuto do Índio prevê a hipótese de emancipação coletiva por decreto (art. 11), hipótese que dependeria, contudo, de requerimento pela maior parte dos membros do grupo e de um "inquérito", a cargo da Funai, com o fito de comprovar "*sua plena integração na comunidade nacional*". Não poderia se dar, portanto, unilateralmente. Quanto ao direito de requerimento por parte dos próprios interessados, não há registros de que tenha sido exercido.

<sup>204</sup> EVANGELISTA. Ob cit. ATHIAS. Op. cit., p. 53; SANTOS. Op. cit., p. 37.

<sup>205</sup> SEEGER, Anthony. *Os índios e o desenvolvimento nacional*, p. 26.

descentralização administrativa durante o governo Sarney, com a criação de superintendências regionais<sup>206</sup>.

A partir da década de 1990, o aumento da cooperação técnica e financeira internacional na área sócio-ambiental acabou influenciando sobre as atribuições da Funai<sup>207</sup>.

Em 1991, seis decretos presidenciais tratando de temas indígenas, acabaram, entre outras medidas, retirando atribuições da Funai<sup>208</sup>. O Decreto n. 23 transferiu para a Fundação Nacional da Saúde (Funasa), ligada ao Ministério da Saúde, a responsabilidade pela elaboração e execução de projetos específicos relativos à saúde das populações indígenas, enquanto o Decreto n. 26 atribuiu a competência exclusiva do Ministério da Educação para as respectivas ações nessa área, devendo a Funai apenas ser "ouvida"<sup>209</sup>.

Outras competências foram alteradas, pulverizadas na Administração federal. O Decreto n. 24 compartilhou algumas competências em matéria ambiental entre a Funai, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, cabendo a essa última a coordenação das ações. No mesmo sentido, o Decreto n. 25 atribuiu ao Ministério da Agricultura e Reforma Agrária

---

<sup>206</sup> SANTOS. Op. cit., p. 44.

<sup>207</sup> *"Por decretos presidenciais e ministeriais e por profundas mas nem sempre evidentes alterações infralégais na administração pública federal, o papel de aparelho detentor do monopólio do exercício da tutela e da mediação entre povos indígenas e "sociedade nacional" atribuído à Funai – desideratum sequer perto de ter sido alcançado – foi completamente descaracterizado. Tais mudanças, associadas a aspectos do funcionamento da malha estatal brasileira e à forma como os povos indígenas a ela se associaram, muitas vezes como parte de "clientelas de Estado" –, geraram um quadro singular de instabilidade e conflito, inicialmente confundido, ou norteado, pelo surgimento de um "movimento indígena unificado", sobretudo nos anos 1980"* (LIMA; BARROSO-HOFFMANN. Op. cit., p. 16).

<sup>208</sup> O Decreto n. 22 promoveu alterações no processo administrativo de demarcação de terras indígenas, o Decreto n. 23 tratou da saúde das populações, o Decreto n. 24 do meio-ambiente, o Decreto n. 25 de programas e projetos de auto-sustentação, o Decreto n. 26 de educação, e o Decreto n. 27, por fim, conferiu poderes a uma comissão para promover estudos e propostas de alteração da legislação indigenista.

<sup>209</sup> A Lei n. 9.394/96, relativa às diretrizes e bases da educação nacional, traz normas específicas quanto à "educação escolar bilíngüe e intercultural" dos povos indígenas (arts. 78 e 79).

a competência para coordenação de projetos de atividades indígenas auto-sustentáveis, executados com a participação da Funai e da Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária).

Algumas das inovações, especialmente as relativas às políticas de saúde dos índios, provocaram críticas e pressões<sup>210</sup>, e com o Decreto n. 1.141/94 a atribuição retornou parcialmente à Funai, permanecendo a Funasa com algumas funções de controle, vacinações e saneamento. Por fim, a Lei n. 9.649/98 atribuiu, de modo expresse, toda a matéria ao Ministério da Fazenda, promovendo também mudanças na estrutura da Funasa.

A principal medida do mencionado Decreto n. 1.141/94, no entanto, foi a criação de uma Comissão Intersectorial, com representantes de diversos órgãos da administração federal, para tratar das *"ações de proteção ambiental, saúde, e apoio às atividades produtivas voltadas às comunidades indígenas"* e, para tanto, com as competências de *"definir, para cada exercício, os objetivos gerais que nortearão os programas e projetos a serem executados"*; *"analisar e aprovar os programas e projetos propostos por órgãos governamentais e não-governamentais, examinando-os nos seus aspectos de adequação às diretrizes da política indigenista e de integração com as demais ações setoriais"*; e de *"estabelecer prioridade para otimizar o uso dos recursos financeiros, materiais e humanos existentes"*.

Parece irreversível, portanto, a recente tendência de pulverização, entre diversos órgãos estatais, das atribuições para a elaboração e execução de

---

<sup>210</sup> MOREIRA, Ubiratan. *A FUNASA e a implementação de distritos sanitários especiais indígenas*, p. 102.



medidas concretas de ação indigenista, de forma que o governo dos índios passa a interessar a diversos ministérios<sup>211</sup>.

Atualmente, a atuação da Funai é disciplinada pelo Regimento de 1993<sup>212</sup> e pelo Estatuto vigente desde 2003<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> VERDUM, Ricardo. *Etnodesenvolvimento e mecanismos de fomento do desenvolvimento dos povos indígenas*, p. 92. No concernente às demarcações das terras indígenas a Funai começou a perder terreno ainda em 1983 (cf. OLIVEIRA FILHO. *Contexto e horizonte ideológico*, p. 23).

<sup>212</sup> Portaria n. 542/93.

<sup>213</sup> Decreto n. 4.645/03.

Destacamos alguns dispositivos relevantes para a pesquisa: "art. 1º A Fundação Nacional do Índio - FUNAI, fundação pública, instituída em conformidade com a Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça, tem sede e foro no Distrito Federal, jurisdição em todo o território nacional e prazo de duração indeterminado. Art. 2º A FUNAI tem por finalidade: I - exercer, em nome da União, a tutela dos índios e das comunidades indígenas não integradas à comunidade nacional; II - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos seguintes princípios: a) respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais; b) garantia à inalienabilidade e à posse das terras que ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes; c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional; e d) preservação da aculturação espontânea do índio, de forma a processar-se sua evolução sócio-econômica, a salvo de mudanças bruscas; III - gerir o patrimônio indígena, visando a sua conservação, ampliação e valorização; IV - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio, visando a preservação das culturas e a adequação dos programas assistenciais; V - apoiar e acompanhar o Ministério da Saúde e a Fundação Nacional de Saúde nas ações e serviços destinados à atenção à saúde dos povos; VI - apoiar e acompanhar a educação de base apropriada ao índio, visando a sua progressiva integração na sociedade nacional; VII - promover o desenvolvimento comunitário; VIII - despertar, por meio de instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indígena; IX - exercer o poder de polícia nas áreas indígenas e nas matérias atinentes à proteção do índio; e X - cumprir e fazer cumprir as disposições do Estatuto do Índio".

A Fundação possui dois órgãos colegiados, o Conselho Fiscal e o Conselho Indigenista (art. 5º, IV); ao segundo cabe: "zelar pelo cumprimento da legislação relativa à proteção e assistência ao índio e às comunidades indígenas, aconselhar o Presidente quanto às atividades científicas e culturais, além de elaborar proposta de seu regimento interno, que será aprovado mediante portaria do Ministro de Estado da Justiça" (art. 19).

Para a pesquisa interessa destacar, dentre os seis órgãos de assistência imediata ao presidente da Funai, a Procuradoria Jurídica (a quem cabe, na forma do art. 10: "prestar assistência jurídica ao Presidente, promover a defesa dos direitos e interesses da FUNAI e dos índios, nas esferas administrativa, contenciosa e fundiária, e orientar as unidades descentralizadas no cumprimento das disposições legais, regulamentares, regimentais e no tocante à jurisprudência a eles aplicáveis"); a Coordenação-Geral de Defesa dos Direitos Indígenas (art. 12: "competem acolher e promover a apuração e avaliação de denúncias relativas a agressões aos direitos e interesses dos índios e suas comunidades"); e a Coordenação-Geral de Estudos e Pesquisas (art. 14: "competem coordenar programas de estudos e pesquisas de campo, nas áreas de etnologia indígena e indigenismo, coordenar e controlar a atuação de organizações não-governamentais, e analisar e emitir pareceres sobre pedidos de autorização de ingresso nas áreas indígenas").

As Administrações Regionais da Funai foram confiadas importantes funções "em sua respectiva área de atuação, coordenar, controlar, acompanhar e executar as atividades relativas à assistência às comunidades indígenas, à fiscalização fundiária e à administração de pessoal, material, patrimônio, finanças, contabilidade, telecomunicações e serviços gerais, bem como preservar e promover a cultura indígena e o meio ambiente." (art. 21). A descentralização administrativa da fundação é um imperativo decorrente da própria extensão do território e da necessidade de se adaptar a política indigenista às realidades de cada região, embora tenha, ao longo da história, servido às ingerências por parte de forças políticas e econômicas locais em detrimento dos interesses dos índios.



### 3. O governo dos índios

#### 3.1. A questão do *outro*

Desde sempre e ainda hoje, a questão indígena gira em torno da relação entre o *eu* e o *outro*.

A poética antiga era povoada de figuras fabulosas, de sereias a ciclopes. Tais "*monstros mais ou menos humanos*" e "*homens mais ou menos monstruosos*" permaneceram como uma reminiscência do paganismo na era cristã, como bem demonstra a mitologia medieval européia, farta em um bestiário pelo qual figuras ignotas habitavam terras desconhecidas do além-mar, suas ilhas mágicas e continentes milagrosos<sup>214</sup>.

O espanto e o fascínio mútuo que caracterizaram os primeiros contatos entre indígenas e navegadores é bem conhecido a partir dos textos da época, das cartas de Colombo à de Caminha.

Para os europeus, a descoberta do novo continente e de seus habitantes importou em uma radical mudança no modo de encarar o mundo e também a si próprios. O *descobrimento* das Américas foi um dos fatores cruciais na passagem da Renascença para a modernidade iluminista, pois significou também o descobrimento do *outro*. *Descobrimento* supõe a apreensão de uma realidade pré-existente – um continente rico em vida, com seu vasto território, seus recursos naturais e os povos que o habitavam – por uma racionalidade exógena, um *eu* racional estrangeiro.

---

<sup>214</sup> MELO FRANCO, Afonso Arinos. *O índio brasileiro e a Revolução Francesa*, p. 31. Nesta erudita e fascinante pesquisa, realizada em sua juventude, o autor perscruta a influência do silvícola brasileiro no imaginário europeu entre os séculos XVI e XVIII, passando pela literatura, pela teoria do *bom selvagem* e pelo pensamento político revolucionário. No que concerne à mitologia do período renascentista, fica demonstrado que a grande frequência de navegações na costa do Brasil durante o séc. XVI explica o forte fascínio do indígena brasileiro sobre os escritores do período, lembrando ainda que o nome *Terra do Brasil* já existia, com conotações fantásticas, antes mesmo do descobrimento das Américas (Op. cit., p. 41).

Antes do descobrimento do Novo Mundo o *eu* europeu *não existia*. A Europa era berço de vários *eus*, de diversas culturas e forças políticas imersas no conflituoso processo histórico de surgimento dos Estados nacionais. As identidades nacionais se formavam, aliavam-se e guerreavam umas com as outras. Àquela altura, as relações existentes com povos de outros continentes não importavam em contraste radical o suficiente para que o europeu olhasse para si de modo diferente. Não havia, pois, condições para o surgimento do *eu* europeu<sup>215</sup>.

As condições surgem com os resultados da expedição de Colombo; a origem remota deste *eu* se situa naquele ano de 1492.

O *outro* ameríndio é, acima de tudo, a condição de existência do *eu* europeu. Reside aí o embrião do *eu* que passaria a olhar para si próprio de forma radicalmente diferente de antes<sup>216</sup>, levando a avanços significativos na filosofia e nas ciências ocidentais.

---

<sup>215</sup> Ainda que para o europeu a questão da alteridade já tivesse então uma extensa história de contatos com povos asiáticos e africanos, é inegável que a descoberta do continente americano lhe conferiu amplitude e intensidade muito maiores (BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação*, p. 171; TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América*, p. 5).

Nessa linha entendemos a afirmação de Gadamer de que o *outro* é o outro de *mim mesmo*, abrangido pela pura autoconsciência. As bases do conhecimento iluminista, esse "*caracterizado pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação e pela unidade*", foram inicialmente criticadas por Nietzsche, o que abriu caminho para o pensamento de Heidegger, Adorno, Foucault e Derrida, entre outros (PEREIRA, Deborah. *O Estado pluriético*, p. 42).

<sup>216</sup> Quanto aos contatos entre os índios brasileiros e as ordens religiosas européias, Eliane Fleck traça um interessante paralelo entre as visões dos missionários jesuítas, dos calvinistas e dos capuchinhos, respectivamente a partir de relatos deixados por José de Anchieta, por Jean de Léry (1577) e pelo padre Claude d'Abbeville (1610). Para a pesquisadora, o olhar jesuíta "*ressignifica a cordialidade*"; apropriando-se dos elementos festivos da cultura indígena (danças, cantos, celebrações), "*percebidos como facilitadores da introdução da ritualística e da devoção cristã*"; enquanto o calvinista francês "*inventa a cordialidade*", buscando conviver amistosamente com os índios para assim criar laços de confiança e, daí, alianças estratégicas; e o capuchinho, por fim, "*manipula a hostilidade*", ao publicar na França um relato em que salienta os hábitos pagãos dos índios do Maranhão (em especial a poligamia e a antropofagia), no esforço de propagandear a maior eficiência das missões francesas no trabalho de conversão. A autora conclui afirmando que "*a etapa colonial pode ser compreendida – numa perspectiva interrelacional – como um processo de articulação e de negociação, no qual os sujeitos atuaram com suas experiências e, de forma fundamentalmente criativa, se apropriaram do espaço colonial organizado e reinterpretaram um discurso recebido, produzindo um novo*" (FLECK, Eliane. "*Estados de paz*" e "*estados de guerra*", p. 9-20).

Desse novo *eu*, com a Europa no centro do mundo (todo o resto, portanto, constituindo sua periferia), surgem as condições para a chamada *modernidade*<sup>217</sup>, que pode ser entendida em duas conotações ambíguas: como *emancipação racional* do ser humano e, por outro lado, como o *mito* caracterizado pela convicção na superioridade da civilização moderna, do que decorre o imperativo moral de se promover o *desenvolvimento* dos mais primitivos, ainda que para isso se faça necessário o uso da força<sup>218</sup>.

Com a conquista das Américas, o *outro* não é propriamente *descoberto* pelo *eu* europeu, mas sim *encoberto*, na medida em que a nova condição desse *eu*, na verdade, é considerada como existente desde sempre<sup>219</sup>.

O encobrimento do *outro* se dá *pari passu* com a *invenção* da América, já que a suposta compreensão se funda em pressupostos insuficientes para lidar adequadamente com esta nova realidade<sup>220</sup>.

Na realidade, a América não é compreendida como algo que exista de forma distinta, como o berço de culturas a serem respeitadas, mas sim como matéria sobre a qual o *eu* projeta seu *si-mesmo*, o que explica a necessidade de levar a *civilização* e a *salvação* aos habitantes destes espaços. Daí o encobrimento do *outro* e a convicção de que o horizonte particular europeu é o horizonte do mundo – ou seja, o eurocentrismo<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> DUSSEL, Enrique. *1492 – o Encobrimento do outro*, p. 7; TODOROV. Op. cit., p. 7.

<sup>218</sup> DUSSEL. Op. cit., p. 185. Para o autor essa moralidade se expressa plenamente no célebre texto de Kant sobre a *Aufklärung*, mais precisamente na afirmativa de que o indivíduo é culpado por seu estado de "imaturidade" pré-iluminista.

<sup>219</sup> Op. cit., p. 8. O autor observa que a completude do *eu* europeu se daria com o "eu penso" do *Discurso do método* de Descartes (1636).

<sup>220</sup> Op. cit., p. 27 e ss. O autor ressalta que esta teoria da "invenção" da América foi lançada primeiramente pelo historiador mexicano Edmundo O'Gorman.

Na formulação de Todorov, o encobrimento se manifesta pelo desinteresse no *falar ao outro*. Afinal, "*é falando ao outro (...) que reconheço nele uma qualidade de sujeito, comparável ao que eu mesmo sou; (...) se a compreensão não for acompanhada de um reconhecimento pleno do outro como sujeito, então essa compreensão corre o risco de ser utilizada com vistas à exploração, ao 'tomar'; o saber será subordinado ao poder*" (TODOROV. Op. cit., p. 190).

<sup>221</sup> DUSSEL. Op. cit., p. 35-36.

O problema da alteridade pode se encarado em três planos:

Primeiramente, um julgamento de valor (um plano axiológico): o outro é bom ou mau, gosto dele ou não gosto dele, ou, como se dizia na época, me é igual ou me é inferior (pois, evidentemente, na maior parte do tempo, sou bom e tenho auto estima...). Há, em segundo lugar, a ação de aproximação ou de distanciamento em relação ao outro (um plano praxiológico); adoto os valores do outro, identifico-me a ele; ou então assimilo o outro, impondo-lhe minha própria imagem; é a neutralidade, ou indiferença. Em terceiro lugar, conheço ou ignoro a identidade do outro (seria o plano epistêmico); aqui não há, evidentemente, nenhum absoluto, mas uma gradação infinita entre os estados de conhecimento inferiores e superiores.<sup>222</sup>

Dito isso, e ainda que de modo paradoxal, as decorrências trágicas do encobrimento do *outro* pelo pensamento moderno não impedem constatar que a descoberta do Novo Mundo acabou por alargar o campo de exploração do próprio mundo interior do *eu* ocidental, fato que está na origem do novo humanismo característico da Renascença. Nas palavras de Afonso Arinos:

Timidamente a princípio, com mais segurança adiante, com devastadora paixão e sanguinária violência no fim, o homem passou a recolocar em exame, e em julgamento, todos os valores morais, políticos e sociais que tinham sido assentados pela experiência científica e pela concepção filosófica anteriores à revolução operada pelo conhecimento dos novos dados que o século dezesseis oferecia. Para usarmos da saborosa e alegórica linguagem de

---

Por outro lado, o sucesso da conquista depende da interpretação e, em certo grau, da compreensão do *outro*. Quanto à conquista dos astecas, Todorov entende que o sucesso da empreitada espanhola se deveu "a um traço específico da civilização ocidental, que durante muito tempo foi tomado por um traço do homem em geral, seu desenvolvimento nos ocidentais tornando-se, então, a prova de sua superioridade natural; é, paradoxalmente, a capacidade que os europeus têm de entender os outros. Cortez nos fornece um bom exemplo disso, e ele tinha consciência que a arte de adaptação e de improvisação regia seu comportamento. Este, pode-se dizer esquematicamente, se organiza em dois tempos. O primeiro é o do interesse pelo outro, às custas até de uma certa empatia, ou identificação provisória. Cortez entra na pele do outro, mas de modo metafórico, e não mais literal: a diferença é considerável. Garante assim a compreensão da língua, o conhecimento da política (daí seu interesse pelas dissensões internas dos astecas), e até domina a emissão das mensagens num código apropriado: ei-lo fazendo-se passar por deus de volta à terra. Mas, ao fazê-lo, nunca se separa de seu sentimento de superioridade. Segue-se um segundo tempo, no decorrer do qual ele não se contenta em reafirmar a sua própria identidade (que nunca abandonou de fato) mas procede à assimilação dos índios ao seu próprio mundo" (TODOROV. Op. cit., p. 167).

<sup>222</sup> Op. cit., p. 269-270.

Frobenius, diremos que o europeu do século dezesseis passou, na sua maneira de considerar o mundo e a vida, do "sentimento de caverna" ao "sentimento de amplidão".<sup>223</sup>

Nesse humanismo ancião estão as bases da antropologia, a partir da idéia de progresso social e de evolução das sociedades, donde nasce o chamado evolucionismo unilinear.

Dominante na primeira metade do séc. XIX, o evolucionismo considerava que as culturas se desenvolvem de forma mais ou menos uniforme. Supunha-se que as sociedades percorressem as mesmas etapas evolutivas, o que autorizava a adoção de uma espécie de escala hierárquica dessa evolução, pois *"era de se esperar que cada sociedade percorresse as etapas que já tinham sido percorridas pelas "sociedades mais avançadas"*"<sup>224</sup>. Por isso o indígena como um ser primitivo, em processo de evolução para a civilização – o que, mais ainda do que um processo desejável, seria natural e inevitável<sup>225</sup>.

As teorias antropológicas na base do evolucionismo eram genericamente agrupadas sob a alcunha *método comparativo*, já que

---

<sup>223</sup> MELO FRANCO. Op. cit., p. 128. A propósito, o autor observa que os grandes humanistas do Renascimento – Erasmo, Morus, Rabelais, Campanella, Montaigne – foram apaixonados leitores de livros de viagens.

<sup>224</sup> LARAIA, Roque. *Cultura*, p. 34. O autor aponta o inglês Edward Tylor (1832-1917) como principal expoente do evolucionismo unilinear, em cuja obra se sintetizam contribuições de pesquisadores importantes da segunda metade do séc. XIX, como o suíço Johann Bachofen, o escocês John McLennan e o jurista inglês Summer Maine.

<sup>225</sup> Em outras palavras: "(o evolucionismo unilinear) afirma que a humanidade porta em si disposições imanentes que se desenvolvem à medida que a sociedade progride. O processo evolucionista, paralelamente realizado por todas as sociedades, corresponderia então ao desenrolar mais ou menos rápido de uma série de instituições, de técnicas, de crenças e de acontecimentos. O desenvolvimento se faria essencialmente segundo uma mesma linha diretiva em todos os níveis da cultura. Assim, as sociedades humanas seriam um conjunto coerente, unitário, submetido a leis de transformação globais e genéricas, que fazem passar todas as sociedades por fases idênticas no seu conteúdo e em sua sucessão, encaixando-se umas nas outras. Para o evolucionismo unilinear as sociedades primitivas estavam num estado atrasado do desenvolvimento da humanidade. Nem toda mudança significava também evolução, era necessária a identificação de complexização da instituição analisada, de modo que evolução era sinônimo de passagem progressiva de um estado de homogeneidade para a heterogeneidade através do meio indireto do processo de diferenciação e integração" (BARBOSA. Op. cit., p. 115).

consideravam pertinente a comparação e classificação evolutiva de diferentes culturas a partir de critérios uniformes<sup>226</sup>.

A reação a tal linha de pensamento se iniciou na virada do séc. XIX para o séc. XX a partir dos estudos do alemão Franz Boas, pesquisador na Universidade de Columbia (EUA). Privilegiando a abordagem histórica, Boas deu origem ao chamado *particularismo histórico* ou Escola Cultural Americana, pelo qual "*cada cultura segue seus próprios caminhos em função dos diferentes eventos históricos que enfrentou*", de modo que "*a explicação evolucionista da cultura só tem sentido quando ocorre em termos de uma abordagem multilinear*"<sup>227</sup>.

Em contraposição à idéia do evolucionismo linear de que cada sociedade segue seu curso histórico através de três estágios – selvageria, barbarismo e civilização –, o particularismo histórico, em síntese, entende que cada grupo humano se desenvolve de maneira própria<sup>228</sup>.

O salto definitivo da antropologia física para a antropologia social foi dado pelo pensamento de Claude Lévi-Strauss. Ao entender cada sociedade como um *universo concreto*, o pesquisador francês rejeitou ao mesmo tempo

---

<sup>226</sup> Deve-se salientar que a seu tempo o evolucionismo matizado pelo ideário positivista representou uma espécie de humanismo. Roquette-Pinto, médico e antropólogo colaborador de Rondon, entendia que "*a partir do estudo do 'primitivo' (no sentido do primeiro, não do ocidental, enfim, do 'outro'), coloca-se a necessidade de compreender questões mais profundas ligadas à experiência humana. Para ele, os homens de origem européia, considerados civilizados, não diferiam dos indígenas, apenas seriam homens brancos cobertos pelo verniz da cultura. Ainda que Roquette-Pinto se apóie em modelos 'racializados' em suas análises antropológicas sobre os paresí e os nambiquaras, não deixa de enfatizar a noção de que o ser humano é essencialmente igual em seu potencial, seja ele um europeu ou um índio da longínqua Serra do Norte*" (LIMA, Nísia; SÁ, Dominichi. *No rastro do desconhecido*, p. 24).

<sup>227</sup> LARAIA. Op. cit., p. 36.

Interessante observar que o antropólogo Roque Laraia e o jurista Marco Antonio Barbosa destacam diferentes textos clássicos de autoria de Franz Boas (1858-1942): o primeiro se baseia em *The limitation of comparative method of anthropology* (1896) para sublinhar as diferenças entre as abordagens unilinear e multilinear de pesquisa antropológica, enquanto o segundo toma por base *The mind of the primitive man* (1911) para denunciar as bases racistas do pensamento evolucionista (BARBOSA. Op. cit., p. 61).

<sup>228</sup> LARAIA. Op. cit., p. 114.



as bases do antigo evolucionismo e das modernas vertentes da antropologia e seu "*localismo enclausurador*"<sup>229</sup>.

Sua antropologia social ainda ecoa fortemente nos movimentos emancipatórios de sociedades indígenas de todo o mundo e reflete um antagonismo fundamental: o direito de afirmação do modo particular de ser de cada povo, em contraste a todos os demais, e, de outro lado, a idéia de que o verdadeiro progresso social da humanidade depende de uma coalizão entre culturas<sup>230</sup>. Essa tensão marca as atuais relações entre Estados nacionais e povos indígenas e as reivindicações desses últimos perante os foros internacionais, com vistas ao reconhecimento do mais amplo direito de autodeterminação.

### **3.2. Tutela e normalização**

#### **3.2.1. Conquista, territorialização e poder constituinte**

O território constitui, antes que um conceito geográfico, um *fenômeno político-jurídico* – "*aquilo que é controlado por um certo tipo de poder*"<sup>231</sup>. O processo pelo qual o poder do Estado e suas estruturas se estabelecem sobre o espaço, por sua vez, pode ser entendido como *territorialização*.

Michel Foucault aponta que o estudo dos processos históricos costuma privilegiar o aspecto *temporal* em detrimento do *espacial*. Entendem-se tais processos como frutos da consciência individual, desprezando assim a importância da ação do poder. Tal reducionismo é assim desnudado:

---

<sup>229</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 59. O autor se baseia no texto *Race et histoire*, de 1952.

<sup>230</sup> Op. cit., p. 60.

<sup>231</sup> FOUCAULT. *Sobre a geografia*, p. 157. Interessante observar que, para alguns estudiosos da geografia, é a atividade produtiva do ser humano que *cria* o espaço (cf. SANTOS, Milton. *Por uma geografia nova*, p. 21).

A utilização de termos espaciais tem um quê de anti-história para todos que confundem a história com as velhas formas com as velhas formas de evolução da consciência ou do projeto de existência. Se alguém falasse em termos de espaço, é porque era contra o tempo. É porque "negava a história", como diziam os tolos, é porque era "tecnocrata". Eles não compreendem que, na demarcação das implantações, das delimitações, dos recortes de objetos, das classificações, das organizações de domínios, o que se fazia aflorar eram processos – históricos certamente – de poder. A descrição espacializante dos fatos discursivos desemboca na análise dos efeitos de poder que lhe são ligados.<sup>232</sup>

Na constituição dos Estados europeus o desenvolvimento do conceito de soberania se ligou à trajetória histórica que, partindo das estruturas feudais de poder, passou pela formação das monarquias e chegou aos Estados nacionais. O estágio seguinte foi o fenômeno do constitucionalismo, com a soberania se fundando no poder constituinte do povo.

A natureza histórica do poder constituinte é outra no continente colonizado pelo estrangeiro. A trajetória constitucional do Brasil, assim como de qualquer outro Estado americano, tem em sua origem uma potência que se expandiu sobre o território e dele se apropriou. Poderes soberanos europeus expandiram-se para o lado de cá do Atlântico e pela conquista estabeleceram suas esferas de poder sobre territórios *inexplorados*. *Descobriam-se bens sem*

---

<sup>232</sup> FOUCAULT. Op. cit., p. 159. E, um pouco antes: “Desde o momento em que se pode analisar o saber em termos de região, de domínio, de implantação, de deslocamento, de transferência, pode-se apreender o processo pelo qual o saber funciona como um poder e reproduz os seus efeitos. Existe uma administração do saber, uma política do saber, relações de poder que passam pelo saber e que naturalmente, quando se quer descrevê-las, remetem àquelas formas de dominação a que se referem noções como campo, posição, região, território. E o termo político-estratégico indica como o militar e o administrativo efetivamente se inscrevem em um solo ou em formas de discurso. Quem encarasse a análise dos discursos somente em termos de continuidade temporal seria necessariamente levado a analisá-la e encará-la como a transformação interna de uma consciência individual. Construiria ainda uma grande consciência coletiva no interior da qual se passariam as coisas. Metaforizar as transformações do discurso através de um vocabulário temporal conduz necessariamente à utilização do modelo da consciência individual, com sua temporalidade própria. Tentar ao contrário decifrá-lo através de metáforas espaciais, estratégicas, permite perceber exatamente os pontos pelos quais os discursos se transformam em, através de e a partir das relações de poder” (Op. cit., p. 158).

dono, matéria sobre a qual até então não haviam incidido os saberes da razão – a *civilização*.

Ao atuar sobre as imensidões do Novo Mundo, o poder constituinte sofreu uma transmutação, pois já não se tratava mais da atuação da potência sobre o tempo, *acelerando-o*, e sim da atuação sobre o espaço, *conquistando-o*<sup>233</sup>. O primeiro ato desse fenômeno histórico foi a revolução norte-americana, cujos pioneiros se lançaram sobre as vastidões rumo ao oeste<sup>234</sup>.

Também o poder passou por mutação substancial, ganhando características abstratas – a sustentação nos interesses individuais que fazem parte da massa da população – e, ao mesmo tempo, concretas – a inserção no território pela apropriação de fato, que devia se tornar propriedade de direito. Assim, o problema político central passou a ser o da *organização da relação entre apropriadores*<sup>235</sup> – os expropriados permanecendo fora da esfera da ação política.

---

<sup>233</sup> Antonio Negri identifica como primeira manifestação do caráter *espacial* do poder constituinte a formação do Estado norte-americano. Em comum com a formação do Brasil tem-se o fenômeno de expansão de um poder central sobre territórios vastos. Diversos, por outro lado, são os mecanismos de consolidação do ente estatal e os respectivos processos históricos.

Anteriormente à dimensão *espacial* do poder constituinte sua dimensão *temporal* havia emergido, para Negri, da crítica de Maquiavel à teoria dos ciclos políticos de Políbio. Geógrafo e historiador grego, autor de uma das primeiras historiografias do Império Romano, Políbio (203a.c.-120a.c.) foi pioneiro em conceber a história como uma seqüência de causas e efeitos. Pela teoria polibiana da *anakyklosis* cada uma das três formas boas de governo tende a um declínio inexorável, à degeneração e à corrupção, e em seguida à transmutação, em um ciclo contínuo (*politeiîn anakyklosis*). Partindo dessa conclusão, Políbio construiu sua concepção *mista* de constituição, que para ser virtuosa deveria reunir elementos dos três governos bons de Aristóteles (o principado, a aristocracia e a democracia). Séculos depois, os *founding fathers* norte-americanos confeririam à teoria uma interpretação própria, traduzindo *anakyklosis* literalmente por *revolução política* (NEGRI. *O poder constituinte*, p. 96-99).

<sup>234</sup> Para Negri o primeiro teórico da dimensão espacial do poder constituinte foi o irlandês Edmund Burke, defensor da causa da independência norte-americana no Parlamento britânico, que apontou a compatibilidade entre a Constituição inglesa e os espaços americanos e quebrou, desse modo, o paradigma polibiano da *sucessão dos tempos históricos das constituições*. Na formação dos Estados Unidos o poder constituinte não incidiu, pois, sobre tempo, mas se expandiu sobre o espaço, transformado no *horizonte* da Constituição.

O horizonte, é importante que se diga, é *limitado*. O espaço é amplo, não infinito. Inicialmente a fronteira permanece uma *abertura ininterrupta*, para depois se tornar o limite à expansão da potência. Surge daí o paradoxo nascido de Burke e presente na gênese da democracia norte-americana: "*como poderá o espaço fechar-se, preservando a liberdade?*" (NEGRI. Op. cit., p. 212-215).

<sup>235</sup> Op. cit., p. 215.

A relação entre a *civilização* – o *eu* estrangeiro – e os índios teve, desde o início, a natureza de *conquista* – característica marcante do paradigma da integração, norteador da ação estatal quanto aos índios desde os primeiros contatos e até o advento da Constituição de 1988.

O sucesso da colonização portuguesa e de suas atividades econômicas (basicamente a extração de matérias primas e a agricultura) dependia, entre outros fatores, da ocupação de um vasto território e de sua defesa. O aparato militar se fazia necessário para combater não apenas inimigos externos, mas principalmente os inimigos que já habitavam aquele espaço – os *índios bravios*, os *botocudos*.

A territorialização do país, principal objetivo da conquista, foi desenvolvida a partir da atividade econômica e da presença militar, em um processo gradual pelo qual as estratégias e as tecnologias (científicas, governamentais e militares) surgiram e foram aprimoradas pelo Estado e seus aparelhos<sup>236</sup>.

Para alguns historiadores o sistema de *sesmarias*<sup>237</sup> instituído no Brasil juntamente com as capitânicas hereditárias, em 1534, possuía características de um feudalismo tardio:

---

<sup>236</sup> Com a política do marquês de Pombal se iniciaram, ainda que de forma embrionária, as políticas oficiais paralelas de territorialização do Estado e assujeitamento dos nativos, subjacentes ao processo de construção da Nação. O mesmo objetivo viria a ser perseguido um pouco adiante, em bases mais *científicas*, pelo SPI de Rondon. Os conceitos de *territorialização* e de *assujeitamento* remetem ao pensamento de Michel Foucault, objeto de análise adiante.

<sup>237</sup> Em Portugal a concessão de sesmarias remontava ao ano de 1375. A Coroa distribuía terras férteis a nobres e grandes lavradores e os autorizava a transmitir a propriedade pelo sistema de sesmos, pelo qual o beneficiário (sesmeiro) assumia determinados compromissos, entre eles o de prestar serviços militares ao donatário em tempos de guerra. Tratava-se, pois de um sistema fundado em relações de hierarquia, em cujo topo figurava o monarca (MONIZ BANDEIRA. *O feudo*, p. 24).

São diversas as normas aplicadas às sesmarias e às *terras virgens* do Brasil, podendo ser destacados o Decreto de 10/7/1792 (determinando que o único encargo sobre sesmarias em terras incultas seria o dízimo), o Alvará de 3/10/1795, o Decreto de 22/6/1808 (autorizando os capitães-generais do Brasil a conceder sesmarias), o Alvará de 25/1/1808 (regulando a forma de concessão), o Decreto de 25/11/1808 (estendendo a possibilidade de receber sesmarias a estrangeiros residentes no Brasil), a Resolução de Consulta de 17/7/1822 (suspendendo a concessão de sesmarias até a convocação de Assembléia Geral

Dado que quase todos os donatários não puderam sustentar as capitâneas, o que decretou o fim, praticamente, desse regime, em 1549, com a nomeação de Tomé de Sousa para o cargo de governador-geral do Brasil, as sesmarias, também hereditárias, configuraram, em realidade, não subdonatórias e sim verdadeiras enfeudações. Os sesmeiros, cujas terras alguns receberam, primeiro, dos donatários e, depois, dos governadores das capitâneas, condensaram em si próprios todos aqueles graus da hierarquia nobiliárquica, se bem que, mesmo sendo nobres de linhagem, não recebessem títulos de barão ou outros. E assim o poder senhorial dos sesmeiros, cujo maior ou menor prestígio dependia da quantidade de homens, que pudessem mobilizar a qualquer momento, fosse para o trabalho, fosse para a guerra, configurou-se, nitidamente, sobretudo na Bahia e em Pernambuco. A mentalidade feudal com seus valores – honra, espírito de cavalaria, coragem e generosidade, entre outros – cristalizou-se, na classe dominante daquelas capitâneas, em decorrência, inclusive, das funções militares atribuídas aos sesmeiros, na maioria fidalgos da Casa Real ou funcionários do reino, que se tornaram não só proprietários das terras e dos meios de produção, como, também, detentores da autoridade civil e da força armada, e acumulando, às vezes, juizes e vereadores. Eles eram vassallos do rei (*vassi dominici*), que desfrutavam de sua proteção particular e, constituindo uma rede de lealdade, lhe deviam fornecer grande parte das tropas, para defesa da colônia, quer contra índios quer contra os estrangeiros. Essas funções militares, estatuídas no regimento que D. João III dera ao governador Tomé de Sousa, imprimiram um caráter ainda mais feudal à colonização do Brasil e concorreram, evidentemente, para que os sesmeiros, dentro de sua jurisdição, reproduzissem as relações de vassalagem com os rendeiros. O foro, que eles cobravam, não representava apenas a forma de apropriação da renda da terra. Expressava a posição de dependência dos rendeiros em relação a eles. E os sesmeiros, através de procuradores, não apenas geriam a produção e auferiam a renda absoluta da terra, cujo monopólio conservavam, como, através da coerção, ordenavam todas as atividades sociais dentro de seus senhorios, servindo a mística da fidelidade ao senhor como técnica de preservação do grupo social, integrado, na base da pirâmide, por um grande número de caboclos que cultivavam roças, configurando esta economia de subsistência uma situação similar à existente

---

Constituinte), a Provisão de 22/10/1823 e a Resolução de 5/2/1827 (que mantiveram a suspensão e proibiram expressamente a concessão de novas sesmarias).

Cumpra lembrar que, anteriormente a todas estas normas, a já mencionada Lei de 6/6/1755 garantia o direito dos índios às suas terras no interior de sesmarias, por serem "*primários e naturais senhores delas*".

na Europa medieval. Esses senhorios, em maior ou menor dimensão, conformaram efetivamente feudos, na medida em que os sesmeiros, com poderes de exação e mobilização de índios e colonos para a guerra representavam, de fato, vassalos, ou seja, os "homens" do rei de Portugal, ao qual tinham a obrigação de prestar a *hominium* (homenagem em latim) ou *homagium* (*hommage* em francês e, em alemão, *Mannschaft*), ou seja, ajuda militar, essência do contrato vassálico, ainda que os rituais da Idade Média não se procedessem no Brasil.<sup>238</sup>

Em certos casos, a relação dos capitães-donatários (senhores) com os foreiros e colonos excedia o mero vínculo contratual, configurando genuína privatização do poder público. O poderio econômico se aliava ao exercício de prerrogativas estatais, como a coleta de tributos e a mobilização militar<sup>239</sup>.

Em tese, o foreiro não podia receber uma extensão excessiva de terra, maior do que pudesse razoavelmente aproveitar. Na prática ocorreram abusos, que levaram a Coroa portuguesa a conferir ao recém-chegado governador geral da colônia o poder de concessão das sesmarias, que antes cabia aos donatários das capitanias hereditárias. A providência, porém, agravou a situação. A instituição de sesmarias sem prévia investigação acerca das condições alegadas pelos pretendentes (quantidade de cabeças de gado e de escravos que possuíam, tamanho de suas famílias), consagrou no território da colônia o sistema de grandes latifúndios<sup>240</sup>. Pode-se dizer, assim, que os fidalgos, produtores rurais e aliados políticos agraciados com terras pelo governador-geral representaram o embrião de uma *nobiliarquia* brasileira.

---

<sup>238</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 24.

É importante dizer que as teses que apontam similaridades entre o sistema fundiário implantado no Brasil para viabilização do projeto de colonização e o feudalismo são controversas. Aponta-se, não sem certo ceticismo, que as correntes do chamado *historicismo engajado* teriam por característica buscar no passado elementos para a denúncia de injustiças do presente.

<sup>239</sup> Op. cit., p. 26.

<sup>240</sup> BARBOSA. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*, p. 59.

Uma importante inovação ocorreu com a Ordem Real de 1695, que instituiu, além do dízimo fixo tradicionalmente cobrado dos beneficiários de sesmarias, um foro variável de acordo com o tamanho e a qualidade da terra. A criação desse tributo sobre o domínio da terra equivaleu à legitimação da apropriação legal do domínio direto, quebrando o princípio que regia as sesmarias<sup>241</sup>.

O sistema de sesmarias, com isto, situa-se na origem dos mecanismos legais de legitimação da propriedade particular das terras dos *sertões* brasileiros. As concessões, ao longo dos anos, não raro foram efetuadas em desacordo com os limites e trâmites legais. Além disso, há relatos de donatários com o domínio de imensas porções de terra e que, apesar da impossibilidade de promover sua adequada exploração econômica, defendiam-nas ferrenhamente, impedindo o estabelecimento de lavradores<sup>242</sup>.

A gradual colonização (povoamento) dos sertões dependia de seu prévio *despovoamento*, ou seja, da remoção das populações autóctones de suas terras tradicionalmente ocupadas, o que se fazia, de um lado, pelos *descimentos* e *aldeamentos* dos índios amigos e, de outro, pela *guerra justa* contra os gentios bravios – sem olvidar o papel involuntário realizado pelas epidemias trazidas do estrangeiro<sup>243</sup>.

Fugiria ao escopo da pesquisa o aprofundamento do estudo histórico do processo de territorialização do país. A breve referência ao tema procurou demonstrar, complementarmente à pesquisa histórica do capítulo anterior, sua estreita relação com o tratamento legal da questão indígena e as políticas

---

<sup>241</sup> Idem.

<sup>242</sup> Ibidem. O autor menciona algumas tentativas mal sucedidas de regulamentar o processo de concessão de sesmarias, como foi o caso do Alvará de 3/3/1770.

<sup>243</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 101.

indigenistas oficiais – relação que permaneceu crucial ao longo do tempo, culminando com a consolidação da presença estatal nos confins do território do país no séc. XX, para a qual o trabalho do SPI e o empenho pessoal de Rondon e seu círculo exerceram papéis cruciais.

### 3.2.2. Excerto: visões do direito em Foucault

A presente incursão pelo pensamento de Michel Foucault objetiva obter elementos para a compreensão do direito enquanto *estratégia*, ou seja, sua faceta de mecanismo (criação humana) com real potencial de conformação da realidade social.

*Norma* possui sentido próprio para a dogmática jurídica, podendo ser entendida como uma *proposição prescritiva cuja eficácia é reforçada por uma sanção (resposta externa e institucionalizada à violação da prescrição)*. A institucionalização da resposta ao ilícito importa em pré-determinação da natureza da sanção, de sua medida e dos sujeitos aptos a aplicá-la. Outrossim, o monopólio estatal da sanção legítima é o que diferencia a norma jurídica das diversas espécies de normas existentes em uma dada sociedade<sup>244</sup>.

Foucault se volta para a *normalização*, o que pode ser entendido como a ação da norma – nos sentidos jurídico e sociológico – na dimensão das relações entre *saberes* e *práticas*. Nesse sentido o *poder* se refere principalmente a saberes que logram obter reconhecimento e passa a interferir sobre a realidade, impondo a norma, *normalizando*.

---

<sup>244</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 145-176.

Embora não seja simples chegar a uma definição de *norma* na obra de Foucault, cuja preocupação se voltou para certos *estados* e *situações* da norma e não propriamente a desenvolver um conceito. Ainda que de forma genérica, pode-se dizer que para o filósofo o termo *norma* "*remete antes ao funcionamento dos organismos e aos domínios de saber e de práticas que lhe correspondem e não exatamente às categorias formais do direito*" (FONSECA, Márcio. *Michel Foucault e o direito*, p. 37).



Foucault parte das limitações da dogmática jurídica em explicar adequadamente as relações de poder na contemporaneidade para afirmar que o *jurídico* é incapaz de representar "os novos procedimentos de poder que funcionam, não pelo direito, mas pela técnica, não pela lei mas pela normalização, não pelo castigo mas pelo controle, e que se exercem em níveis e formas que extravasam do Estado e de seus aparelhos"<sup>245</sup>.

Para melhor situar o marco teórico norteador da presente abordagem, apontamos que, para fins didáticos, a obra de Foucault costuma ser dividida em três momentos ou enfoques. Na *arqueologia*<sup>246</sup>, a atenção se volta para a construção de uma história conceitual das ciências (os *estratos do saber*). Na *genealogia*<sup>247</sup>, busca demonstrar como a subjetividade moderna é produto de *intervenções de poder*. Na *ética*<sup>248</sup>, por fim, a preocupação não se volta para as relações intersubjetivas, mas para aquelas do indivíduo consigo próprio (os *cuidados de si*)<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> FOUCAULT, Michel. *A vontade de saber*, p. 86.

O *direito*, juntamente com a *verdade*, constitui um dos *limites* (no sentido de *pontos de referência*) para a compreensão do poder (FOUCAULT. *Soberania e disciplina*, p. 179).

<sup>246</sup> *História da loucura* (1961), *O nascimento da clínica* (1963), *As palavras e as coisas* (1966), *A arqueologia do saber* (1969).

<sup>247</sup> *A ordem do discurso* (1971), *Vigiar e punir* (1975), *A vontade de saber* (1976), os cursos ministrados no Collège de France entre 1974 e 1979 (*O poder psiquiátrico*, *Os anormais*, *Em defesa da sociedade*, *Nascimento da biopolítica*; *Segurança, território, população*), e também as palestras em 1973 na PUC/RJ reunidas em *A verdade e as formas jurídicas* e os textos esparsos compilados em *Microfísica do poder*.

<sup>248</sup> *A hermenêutica do sujeito* (1982, curso), *O uso dos prazeres* e *O cuidado de si* (ambos 1984).

<sup>249</sup> A classificação acadêmica consagrada não equivale a uma divisão rígida. Do conjunto da obra de Foucault se percebem pelo menos três temas centrais: a constituição do *sujeito*, o desenvolvimento dos *saberes* e a natureza do *poder* e sua relação, em diversos planos, com outros fenômenos e criações humanas, freqüentemente a partir da *norma* e da *normalização*.

Como referência secundária adotamos a proposta presente na tese de doutorado de Márcio Fonseca, publicada sob o título *Michel Foucault e o direito*. Por ela o pensamento do filósofo é analisado em três perspectivas, a partir da diferenciação entre *norma* e *direito* (ou *lei*, genericamente). Enquanto a normatividade é inerente à lei, *norma* guarda relação com os *procedimentos técnicos de normalização*. Feita tal distinção, a dinâmica entre *direito* e *normalização* (*lei* e *norma*) pode se dar de diferentes modos: sobrepondo os dois elementos, condicionando um ao outro, agindo um a partir do outro, ou mesmo opondo-os (FONSECA. Op. cit., p. 151).

As perspectivas propostas se sucedem cronologicamente no conjunto dos escritos de Foucault, cada qual associada a um dos enfoques já referidos. Além da engenhosidade da proposta e de sua utilidade para o estudo jurídico, o trabalho de Fonseca tem o mérito de englobar toda a extensa obra de Foucault, incluindo material até então inédito como as transcrições e compilações dos cursos no Collège de France e palestras em outras instituições entre os anos de 1971 e 1984.

### 3.2.2.1. A arqueologia: saber e poder

No século XVII as ciências naturais iniciaram um ciclo de desenvolvimento sem precedentes, em um salto normalmente associado ao alegado malogro do mecanicismo cartesiano em explicar a complexidade dos organismos vivos<sup>250</sup>.

Contudo, os fatores que contribuíram para a rápida evolução das ciências naturais foram, em parte, os mesmos associados ao desenvolvimento do mecanicismo, em especial o surgimento de novos meios de observação (microscópios e telescópios) e o modelo de racionalidade fundado em experimentações de teorias, característico das ciências físicas (como a astronomia, a ótica, a mecânica).

Com os novos métodos e instrumentos, as grandes expedições científicas da época trouxeram um novo objeto para exploração: a *vida*, o universo dos *seres vivos* em toda sua complexidade e dinamismo<sup>251</sup>.

Neste diapasão, Foucault rebate a tese que situa o nascimento das ciências naturais no fracasso do mecanicismo em explicar a vida. Sua recusa

---

Passemos, pois, às três perspectivas propostas pelo pesquisador. No *plano teórico*, a primeira perspectiva é de uma *primeira oposição entre normalização e direito*, pela qual o direito se associa à *legalidade*. Como *sistema de leis*, o direito se opõe à norma, localizando-se fora do fenômeno de normalização (Op. cit., p. 104). Deste modo, Fonseca pretende demonstrar a necessidade de superação da concepção clássica de poder "*enquanto modelo explicativo das relações entre os campos do saber, os tipos de normatividade e as formas de subjetividade que caracterizam o presente*" – o modelo clássico da *soberania*, ao qual se opõe o modelo da *normalização* (Op. cit., p. 29).

No segundo momento, já no *plano das práticas*, a perspectiva é de uma *implicação entre normalização e direito*, de coincidência entre os dois fenômenos, revelada nos mecanismos, estratégias e funcionamento dos "*dispositivos que colocam em relação, em nossa sociedade, os campos de saber, os tipos de normatividade e as formas de subjetividade que são os nossos*". Temos, pois, o direito como *veículo* para a normalização (idem).

Na terceira perspectiva, novamente no plano das práticas, chega-se a uma *nova oposição entre normalização e direito*, diferente daquela primeira, na medida em que aqui se busca "*identificar uma imagem do direito em que este aparece como uma forma de resistência aos mecanismos da normalização*", o que Fonseca denomina *direito novo* (Op. cit., p. 30).

<sup>250</sup> FOUCAULT. *As palavras e as coisas*, p. 175. Nesse livro o filósofo identifica as três principais ciências empíricas, das quais analisa a gênese: a *história natural* (que evoluiu até dar lugar à biologia), a *gramática geral* (origem da filologia) e a *análise das riquezas* (origem da economia política).

<sup>251</sup> Op. cit., p. 171.

do paralelo entre os dois saberes se funda na compreensão de que as ciências naturais representaram uma nova forma de racionalidade, surgida no século XVII de forma realmente original.

Anteriormente a história de um ser vivo era *ele próprio*: seus elementos e órgãos, as virtudes a ele atribuídas, as lendas às quais se confundia, os símbolos a que era associado – enfim, ele mesmo "*no interior de toda a rede semântica que o ligava ao mundo*"<sup>252</sup>. Com o surgimento da *história natural*, os seres vivos passaram a ser submetidos ao crivo analítico que sistematicamente os classificava segundo categorias pré-estabelecidas (a forma, a anatomia, os hábitos).

Entre os seres vivos tornados objeto de estudo científico estava decerto o ser humano. Nessa nova empiricidade, "*o homem, ser marcado pela finitude, será ao mesmo tempo o objeto e o sujeito do saber*"<sup>253</sup>. Voltando o olhar analítico para si próprio, o ser humano constrói novos saberes, indissociáveis dessa condição inicial. Assim, na medida em que o sujeito passa a investigar a si próprio, o saber se incorpora ao próprio objeto<sup>254</sup>.

Nesse giro, abriu-se uma distância, antes inexistente, entre as *coisas* e as *palavras*. Logo:

Na constituição da história natural, com o clima empírico em que se desenvolve, não se deve ver a experiência forçando, bem ou mal, o acesso de um conhecimento que espreitava alhures a verdade da natureza; a história natural – eis porque ela apareceu precisamente nesse momento – é o espaço aberto na representação por uma análise que se antecipa à possibilidade de nomear; é a possibilidade de *ver* o que se poderá *dizer*, mas que não se poderia dizer depois, nem ver, à distância, se as coisas e as palavras, distintas

---

<sup>252</sup> Op. cit., p. 177.

<sup>253</sup> FONSECA. Op. cit., p. 56.

<sup>254</sup> MACHEREY, Pierre. *Pour une histoire naturelle des normes*, p. 204.

umas das outras, não se comunicassem, desde o início, numa representação.<sup>255</sup>

Em termos foucaultianos identifica-se uma nova *episteme*<sup>256</sup>, sobre a qual "*constitui como descritível e ordenável ao mesmo tempo todo um domínio de empiricidade*"<sup>257</sup>. Entre os traços distintivos dos saberes assim nascidos está o caráter *normativo*, ou seja, a poder de classificação dos objetos de estudo com base em critérios de *normalidade* ou *anormalidade (a patologia)*<sup>258</sup>.

A história natural surgiu na Idade Clássica fundada em um novo saber, que abriu campo para a investigação da vida e dos seres vivos, rompendo com o paradigma anterior. O espanto do conde de Buffon com o naturalismo de Alvorandi (1522-1605), no qual as descrições físicas dos seres vivos se combinavam com fábulas, em estranho híbrido de anatomia e mitologia, demonstra a ruptura<sup>259</sup>.

O novo saber sobre a vida, fundado em base classificatória e normativa (o binômio normal/patológico), permitiu a Buffon concluir, com base no tamanho diminuto da fauna americana em comparação à africana, que a natureza das Américas fenecia sem atingir o pleno acabamento. O abade Cornelius du Pauw, por sua vez, aplicou a teoria aos povos do Novo Continente, invertendo porém o raciocínio, para afirmar que os mesmos passam por degeneração precoce e não alcançam a maturidade. Nessa linha,

---

<sup>255</sup> FOUCAULT. Op. cit., p. 178. Foucault destaca que esta concepção do historiador como *aquela que vê* representa um retorno à Grécia antiga, abandonando a idéia anterior ao século XVII, do historiador como aquele que *compila* documentos e signos.

<sup>256</sup> Para os gregos, *epistémê* significava o conhecimento verdadeiro, em oposição à opinião infundada, ou seja, pode-se dizer que equivalia ao que se entende modernamente por ciência. Foucault confere ao termo o sentido de paradigma geral de determinada época, sobre o qual se estruturam múltiplos saberes científicos, inobstante as especificidades de cada um.

<sup>257</sup> FOUCAULT. Op. cit., p. 219.

<sup>258</sup> FONSECA. Op. cit., p. 43.

<sup>259</sup> O que há de comum nas duas concepções da vida, para Foucault, são apenas a *fidelidade do olhar* e a *racionalidade das coisas* (cf. BILLOUET, Pierre. *Foucault*, p. 66).

Blumenbach veio, por fim, propor uma classificação que situava os índios das Américas, do ponto de vista evolutivo, entre pongídeos e humanos<sup>260</sup>.

Daí o pensamento político-teológico orientador da colonização, a começar do tomismo jesuíta, haver defendido a missão de civilização dos índios como um imperativo moral, que veio a ser defendido ao longo de toda a história do colonialismo<sup>261</sup>.

Afinal, a instituição pelas ciências naturais de padrões de normalidade e anormalidade (patologia) importa no estabelecimento de uma *norma*. Aplicada ao conceito de *desenvolvimento*, pode-se dizer que o processo de normalização funciona com base em um critério de *dupla normatividade*. A primeira norma de referência é o sujeito – ou o organismo, ou o corpo social – *plenamente desenvolvido*. A partir deste parâmetro, pode-se situar o objeto de estudo em um determinado *estágio* de desenvolvimento. A dupla normatividade possibilita a identificação de *estados* de desenvolvimento e de *anomalias* no desenvolvimento<sup>262</sup>, do que decorrem *discursos de verdade*, enunciados por

---

<sup>260</sup> O direito herdou das ciências naturais o *inquérito*, no sentido de estudo científico acerca do normal e o patológico, o lícito e o ilícito: "Foucault cita o exemplo de Bacon, o homem de Estado que propunha a realização de um grande Inquérito sobre a natureza, traçando um grande programa de conhecimento cujo objetivo era descobrir a existência de leis, de regularidades universais existentes nas estruturas da natureza. Façam-na confessar suas leis, e isso através de procedimentos de saber que coloquem o sujeito que conhece numa posição não mais de afrontamento em relação às forças ocultas da natureza, mas como investigador "neutro", objetivamente situado em relação aos seus objetos "naturais". Galileu, Descartes, Spinoza, todos os grandes nomes do Racionalismo e do Empirismo da filosofia clássica, não podem ser compreendidos, em suas estratégias de captura e produção de conhecimento, em suas prescrições gnoseológicas e metodológicas do sujeito frente aos objetos, fora do modelo histórico, jurídico e político representado pela vontade de saber imanente às práticas de poder inquisitoriais. Na verdade, trata-se de um dos mais belos exemplos de Foucault, mostrando-nos que a "verdade" não existe fora do poder" (NEVES, Marcelo. *Poder, direito e verdade*, p. 193). Quanto ao surgimento do inquérito jurídico, destacamos especialmente a terceira das cinco conferências proferidas em maio de 1973 na PUC/RJ, em: FOUCAULT. *A verdade e as formas jurídicas*, p. 53-78.

<sup>261</sup> Vital de la Blache, patrono da geografia francesa e entusiasta do colonialismo nos primeiros anos do século XX, afirmou que devíamos nos congratular porque "a tarefa da colonização, que constitui a glória de nossa época, seria apenas uma vergonha se a natureza pudesse ter estabelecido limites rígidos, em vez de deixar margem para o trabalho de transformação ou de reconstrução cuja realização está dentro do poder do homem" (cf. SANTOS. Op. cit., p. 32).

<sup>262</sup> FONSECA. Op. cit., p. 70. As conclusões do autor se baseiam nos estudos de Foucault acerca do *poder psiquiátrico* e se aplicam às demais ciências naturais dos séculos XVIII e XIX. Na psiquiatria, a norma pode se referir a um *princípio de conformidade* (ao que se opõem a irregularidade, a desordem, a

pessoas qualificadas para dizê-los, e pelos quais se manifesta o poder de ditar decisões de justiça potencialmente decisivas para a vida ou morte de alguém<sup>263</sup>.

A separação entre palavras e coisas que, no surgimento das ciências naturais, possibilitou um novo olhar científico sobre a vida, está também na gênese das ciências humanas em geral<sup>264</sup>.

Retirada das palavras a função de estrita *representação*, a linguagem passou a se prestar a outro uso, devendo "*despojar-se de seu conteúdo concreto e só deixar aparecer as formas universalmente válidas do discurso; se se quer interpretar, então as palavras tornam-se texto a ser fraturado para que se possa ver emergir, em plena luz, esse outro sentido que ocultam*"<sup>265</sup>.

Se a separação entre palavras e coisas foi fruto da empiricidade característica das ciências surgidas no séc. XVII<sup>266</sup>, a interseção entre ciências empíricas (a análise do que o homem é *por natureza*) e filosofia transcendental (o homem enquanto *possibilidade de saber*) criou as condições para o desenvolvimento das ciências humanas (*as representações acerca de si*)<sup>267</sup>.

Em Kant, conhecer é uma faculdade humana: com ela, partindo de si mesmo, o homem pode alcançar a verdade. O encontro desse postulado transcendental com a nova empiricidade do séc. XVII levou ao surgimento das

---

excentricidade) ou a um *princípio de funcionamento adaptado e ajustado* (em contraste ao patológico, mórbido, disfuncional), donde decorrem os dois tipos (ou *usos*) da norma: a *norma como regra de conduta* e a *norma como regularidade funcional* (Op. cit., p. 85).

<sup>263</sup> Op. cit., p. 73-74. Conclui-se, assim, pela necessária relativização da idéia do saber científico como estatuto de instância de enunciação objetiva da verdade.

<sup>264</sup> Ao destacar a originalidade absoluta do campo epistemológico do qual surgiram as ciências humanas, Foucault afirma que antes delas *o homem não existia*. Não existia, diga-se, como objeto do saber científico estranho às ciências naturais. Nessa condição, pela primeira vez o homem *se constitui* na cultura ocidental (FOUCAULT. Op. cit., p. 476).

<sup>265</sup> Op. cit., p. 419.

<sup>266</sup> A gramática geral, a análise das riquezas e a história natural, agrupadas por Foucault na *episteme* das ciências empíricas clássicas.

<sup>267</sup> FONSECA. Op. cit., p. 57.

ciências humanas, cuja condição de possibilidade foi o *ser empírico-transcendental*: o homem como seu próprio *a priori* histórico<sup>268</sup>.

Com isso, revelam-se duas possíveis formas de conhecimento:

Aquela de uma grade abstrata de racionalidade, acima do domínio dos objetos que ela supostamente logrou "representar" ao delimitá-los nas molduras adequadas; e aquela de um saber que, ao contrário, apresenta-se incorporado à constituição do seu objeto, o qual deixa de ser simplesmente seu "objeto" para tornar-se também seu sujeito, saber esse cuja forma por excelência é dada pelas ciências humanas.<sup>269</sup>

A nova condição do homem, tornado objeto de seu próprio saber, ao mesmo tempo em que possibilitou o desenvolvimento das ciências humanas criou também uma contradição, pois:

Nessas condições, era necessário que o conhecimento do homem surgisse, com seu escopo científico, como contemporâneo e do mesmo veio que a biologia, a economia e a filologia, de tal sorte que nele se viu, muito naturalmente, um dos mais decisivos progressos realizados, na história da cultura européia, pela racionalidade empírica. Mas, como ao mesmo tempo a teoria geral da representação desaparecia e impunha-se, em contrapartida, a necessidade de interrogar o ser do homem como fundamento de todas as positivities, não podia deixar de produzir-se um desequilíbrio: o homem tornava-se aquilo a partir do qual todo o conhecimento podia ser construído em sua evidência imediata e não-problematizada; tornava-se, *a fortiori*, aquilo que autoriza o questionamento de todo conhecimento do homem.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> Idem. A partir da imbricação entre empirismo e filosofia transcendental, as ciências humanas tomaram emprestadas categorias das ciências empíricas e as re-trabalharam sob a perspectiva da norma. Por exemplo, a psicologia absorveu o conceito de *função* desenvolvido pela biologia (o homem como *ser que tem funções*) e partiu para a identificação das representações que sustentam as funções (que permitem ao homem exercê-las). Tais representações são a *norma*. Essa mesma relação de preponderância da *norma* sobre a *função*, característica da psicologia, é identificada por Foucault na sociologia (a *regra* sobre o *conflito*) e na filologia (o *sistema* sobre a *significação*). Para ele "*a idéia de norma é, portanto, componente do modo de ser destes saberes constituídos pelas ciências do homem*" (ibidem).

<sup>269</sup> MACHEREY, Op. cit. ("*celle d'une grille abstraite de rationalité, surplombant le domaine de ses objets qu'elle est censée "représenter" en les renfermant dans ses propres cadres; et celle d'un savoir qui se présente comme étant au contraire incorporé à la constitution de son objet, qui n'est plus seulement dès lors son "objet", mais aussi son sujet, savoir dont la forme par excellence est donnée par les sciences humaines.*").

<sup>270</sup> FOUCAULT. Op. cit., p. 477.

O novo campo típico da modernidade caracteriza-se pela *fragmentação*, diferentemente da homogeneidade anterior, pela qual todo conhecimento "*procedia às ordenações pelo estabelecimento das diferenças e definia as diferenças pela instauração de uma ordem*", o que se aplicava tanto para a matemática quanto para as ciências da natureza, e ainda para a filosofia<sup>271</sup>.

A *episteme* moderna, naturalmente não homogênea, abre-se em três dimensões. Na primeira, a da matemática e da física, "*a ordem é sempre um encadeamento dedutivo e linear de proposições evidentes ou verificadas*". Já nas ciências da vida, da linguagem e da economia, eminentemente empíricas, as relações são estabelecidas de forma causal e constante entre "*elementos descontínuos mas análogos*".

O ponto comum entre estas duas primeiras dimensões reside na possibilidade de aplicação da matemática aos domínios do segundo grupo, cujos saberes possuem ao menos um aspecto "*matematizável*".

A terceira dimensão, por fim, é a da reflexão filosófica, o "*pensamento do Mesmo*". A segunda dimensão (as ciências da vida) também guarda um ponto em comum com esta última: a formalização do pensamento, surgida ao "*se interrogar de um ponto de vista radicalmente filosófico o fundamento dessas empiricidades, ontologias regionais, que tentam definir o que são, em seu ser próprio, a vida, o trabalho e a linguagem*"<sup>272</sup>.

Feita esta distinção, para Foucault as ciências humanas não se situam precisamente em nenhuma das dimensões identificadas, mas justamente *no interstício delas*. Ao mesmo tempo em que não abrem mão da formalização

---

<sup>271</sup> Op. cit., p. 478.

<sup>272</sup> Op. cit., p. 479.



matemática nem da empiricidade, seus saberes buscam pensar o homem "ao nível de sua finitude radical". Nesta imbricação das três dimensões epistemológicas da modernidade reside a especificidade das ciências humanas, mas também sua fragilidade. Isto porque:

Facilmente se acredita que o homem liberou-se de si mesmo, desde que descobriu que não estava nem no centro da criação, nem no núcleo do espaço, nem mesmo talvez no cume e no fim derradeiro da vida; mas, se o homem não é mais soberano no reino do mundo, se já não reina no âmago do ser, as "ciências humanas" são perigosos intermediários no espaço do saber. Na verdade, porém, essa postura mesma as condena a uma instabilidade essencial. O que explica a dificuldade das "ciências humanas", sua precariedade, sua incerteza como ciências, sua perigosa familiaridade com a filosofia, seu apoio mal definido sobre outros domínios do saber, seu caráter sempre secundário e derivado, como também sua pretensão ao universal, não é, como freqüentemente se diz, a extrema densidade de seu objeto; não é o estatuto metafísico ou a indestrutível transcendência desse homem de que elas falam, mas, antes, a complexidade da configuração epistemológica em que se acham colocadas, sua relação constante com as três dimensões que lhes confere seu espaço.<sup>273</sup>

Por isso tudo, o objeto das ciências humanas não pode ser uma ontologia do ser humano, o que ele é *por natureza*. Diferentemente, as ciências humanas buscam entender o que o homem é *em sua positividade*, e também o que *lhe permite saber (onu buscar saber) o que é a vida*<sup>274</sup>.

Nesse giro surgem as condições para o desenvolvimento das ciências humanas, que buscam entender a vida em sua finitude existencial (o ser) e em

---

<sup>273</sup> Op. cit., p. 480.

<sup>274</sup> Op. cit., p. 488. Considerando que Foucault divide as ciências humanas em três domínios básicos – biologia, economia e filologia – tem-se então que o mesmo ser que *vive, trabalha e fala* também busca entender a *essência* da vida, do trabalho e suas leis, e de que modo se pode falar.

suas relações coletivas (a sociedade). Para o direito, o fruto mais perene viria a ser o constitucionalismo como fundamentação do poder soberano<sup>275</sup>.

### 3.2.2.2. A genealogia: biopoder, governamentalidade e soberania

Para Foucault, compreender o poder significa liberá-lo de sua representação usual, de natureza jurídico-discursiva. Isto porque o direito, com sua legitimidade fundada na soberania, constitui instrumento privilegiado de normalização.

O direito, considerado como conjunto histórico de práticas sociais, de tecnologias de poder organizadas em torno da figura da lei, do contrato e da soberania, ocupa um lugar privilegiado nas análises genealógicas do indivíduo moderno como objeto e sujeito. Afinal de contas, a genealogia das grandes formas de saber, dos *corpus* de conhecimento gerados por nossas civilizações dá-se sob a forma de uma genealogia das formas jurídicas da verdade, como se os modos de jurisdição, as formas de enunciação do direito ou as diversas partilhas entre a moral e o direito fossem indissociáveis de um certo tipo de discurso, de uma determinada tecnologia jurídica de produção da verdade.<sup>276</sup>

---

<sup>275</sup> A concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito é indissociável do constitucionalismo, que se funda, por sua vez, na concepção liberal de poder constituinte: “do ponto de vista material ou de conteúdo, considerado porém como espécie e não como gênero, individualizado e não generalizado, formulado já em termos históricos no âmbito de uma teoria, que dele toma consciência, conforme aconteceu durante o século XVIII, o poder constituinte é conceito realmente novo, com o objetivo de exprimir uma determinada filosofia do poder, incompreensível fora de suas respectivas conotações ideológicas” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 143).

Nesse particular, o filósofo político italiano Antonio Negri aponta que tanto o poder constituído (em distinção ao poder constituinte) como a representação política (democracia representativa) são produtos da ciência: “eis um primeiro produto da ciência: o mandato imperativo é abolido e a distinção entre qualidade e quantidade da representação é utilizada para separar o representante do representado”. E, mais adiante: “dois poderes diferentes constituem o fundamento do exercício das duas funções: o primeiro, extraordinário, é o poder constituinte; o segundo, ordinário, é o poder constituído. A diferença é qualitativa: o poder constituído atua segundo as normas do direito positivo, ao passo em que o poder constituinte atua de acordo com o direito natural. O poder constituinte deve produzir a constituição política da sociedade e estabelecer uma justa relação entre ela e a própria nação. O poder constituinte é o representante da nação. É sua expressão imediata. Eis um segundo produto da ciência: a nação antes de tudo, assim como o direito natural, cujo intérprete exclusivo é a própria nação. O poder constituinte produz, pois, as leis fundamentais que ativam os corpos legislativos e executivos previstos pela constituição. A constituição é, assim, o meio, a máquina para produzir leis e governo. Naturalmente, a primazia da nação é total, e seria ridículo querer considerar a nação como submetida à constituição”. Nessa linha, o terceiro produto da ciência seria a síntese entre a limitação do princípio da representação e a ilimitação de sua ação, a serviço do trabalho (NEGRI. Op. cit, p. 311).

<sup>276</sup> NEVES. Op. cit, p. 192.

Seu objetivo não é construir uma teoria do poder e sim uma *analítica*, ou *"uma definição do domínio específico formado pelas relações de poder e a determinação dos instrumentos que permitem analisá-lo"* <sup>277</sup>: o poder como estratégia.

Para combatendo o despotismo, o pensamento iluminista partia do princípio de que ele era característico das monarquias. Porém, *"a crítica política serviu-se, então, de toda a reflexão jurídica que acompanhara o desenvolvimento da monarquia, para condená-la; mas não colocou em questão o princípio de que o direito deve ser a própria forma de poder e de que o poder deveria ser sempre exercido na forma do direito"* <sup>278</sup>.

Para Foucault, todo o pensamento jurídico ocidental se fez essencialmente em torno do poder real. No século XII, a "reativação" do direito romano forneceu os instrumentos técnicos e constitutivos para o poder monárquico, inicialmente autoritário, em seguida administrativo, por fim absolutista<sup>279</sup>. Desde então a teoria do direito não se afastou do papel fundamental de fixar a legitimidade do poder, a soberania: *"o discurso e a técnica do direito tiveram basicamente a função de dissolver o fato da dominação dentro do poder para, em seu lugar, fazer aparecer duas coisas: por*

---

<sup>277</sup> FOUCAULT. *A vontade de saber*, p. 80.

Diferentemente de uma teoria, a analítica do poder não parte da *"pressuposição de uma essência"*, não busca o *ente* poder; mas preocupa-se em identificar as diferentes *"situações estratégicas a que se chama poder"* (FONSECA. Op. cit., p. 96). Por isso, mais interessante que o questionamento clássico de *como o discurso da verdade (filosofia) pode fixar limites ao poder é perquirir que regras de direito as relações de poder lançam mão para produzir discursos de verdade* (FOUCAULT. *Soberania e disciplina*, p. 179).

<sup>278</sup> FOUCAULT. *A vontade de saber*, p. 85. Com o Iluminismo convencionou-se associar o absolutismo à negação do direito, ao arbítrio e ao domínio da vontade pura, olvidando, com isso, que as monarquias se assentavam sobre *sistemas de direito*. Era na *forma do direito* que os *mecanismos de poder* funcionavam. Para existir, o Estado sempre necessitou do auxílio de certas instâncias, cuja implantação só poderia ter sido bem sucedida na medida em que, beneficiando-se de uma série de alianças táticas, puderam se apresentar como *aparelhos* (de *regulação*, de *arbitragem*, de *delimitação*) no interior e a serviço de um ente capaz de se impor frente a outras potências (cit.).

<sup>279</sup> FOUCAULT. *Soberania e disciplina*, p. 180.

um lado, os direitos legítimos de soberania e, por outro, a obrigação legal de obediência"<sup>280</sup>.

Não é, porém, o estudo dessa função do direito que interessa a Foucault:

Procurei fazer o inverso: fazer sobressair o fato a dominação no seu íntimo e em sua brutalidade e a partir daí mostrar não só como o direito é, de modo geral, o instrumento dessa dominação – o que é consenso – mas também como, até que ponto e sob que forma o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação. Por dominação eu não entendo o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social.<sup>281</sup>

Assim, o fato de o direito ser uma construção humana potencialmente inibidora do despotismo não impede que ele mesmo possa ser utilizado como mecanismo normalizador. Não se tratam de características excludentes. Para conciliá-las, porém, deve-se negar a idéia de que o direito seja intrinsecamente oposto ao arbítrio.

---

<sup>280</sup> Op. cit., p. 181.

<sup>281</sup> Idem. Para atingir este objetivo de estudar o poder à margem da questão da soberania, o autor estabelece cinco *precauções metodológicas*, pelas quais a análise deve: *a)* recair sobre o poder em suas *extremidades* (formas e instituições regionais e locais), não em seu *centro* (formas regulamentares e legítimas, mecanismos gerais e efeitos constantes); *b)* buscar os efeitos reais dos mecanismos de poder, e não analisá-lo no plano da intenção ou da decisão; *c)* entender o poder como algo que *circula* e que *funciona em cadeia*, e não como um fenômeno maciço e homogêneo, pelo qual um indivíduo (ou grupo) domina outro; *d)* ser traçada de forma *ascendente*, a partir dos *mecanismos infinitesimais* do poder, buscando suas histórias, caminhos, técnicas e táticas; e *e)* atentar para o fato de que o poder, ao operar sobre uma determinada base, faz circular saberes que *não são* construções ideológicas, mas sim métodos e técnicas sutis – sem perder de vista que, no nível macro, as máquinas de poder normalmente são acompanhadas de produções ideológicas (Op. cit., p. 182-186. No mesmo sentido: FOUCAULT. *Em defesa da sociedade*, p. 32-40).

Na genealogia foucaultiana o *direito* se aproxima da *norma*, pois se revela como veículo para a normalização. Não se trata mais, como na arqueologia, de observar o direito em sua estrita faceta de legalidade, em oposição aos mecanismos de normalização.

Na arqueologia, a norma fora representada como o código bipolar normal/patológico presente na gênese das ciências empíricas e, por decorrência, também das ciências humanas, porém fora do âmbito do direito. Já na genealogia a norma é estudada no seu aspecto de *tecnologia positiva de poder* e, nessa condição, deixa de ser apenas um veículo para a interdição (a regra que restringe), prestando-se ao *agenciamento da produção de condutas esperadas* – a normalização<sup>282</sup>. Concomitantemente à função *ativa* (positiva) de conformação da realidade, a norma expressa também a *legitimação* do poder, uma vez que porta, em si, uma *pretensão de poder*<sup>283</sup>.

O surgimento das ciências humanas, como visto, importou em um novo olhar sobre o ser humano, do qual surgiram as condições para que o sujeito se descobrisse como “*uma espécie viva num mundo vivo*”, que possui “*um corpo, condições de existência, probabilidade de vida, saúde individual e coletiva, forças que podem se modificar, e um espaço em que se pode reparti-las de modo ótimo*”<sup>284</sup>. O ser humano, assim, aprende a se ver como um *sujeito de possibilidades*.

Surge daí novo fenômeno: a influência do *biológico* sobre o *político*. No absolutismo, o poder do soberano era também sobre a vida e a morte do indivíduo; a partir de quando o pensamento humano e a ação política lograram

---

<sup>282</sup> FONSECA. Op. cit., p. 87.

<sup>283</sup> Op. cit., p. 89.

<sup>284</sup> FOUCAULT. *A vontade de saber*, p. 134.

substituir a vontade do príncipe pela soberania fundada no poder constituinte do povo, o poder voltou-se para a vida (não mais a morte) do homem<sup>285</sup>.

No que Foucault denomina *biopolítica*, a vida e seus mecanismos entraram para o domínio dos cálculos explícitos do poder e, com isso, o poder-saber surgiu como agente de transformação da vida humana<sup>286</sup>.

O *biopoder* marcou uma nova relação da história com a vida. A vida sempre estivera fora da história e, de certa forma, ainda continuava, ao mesmo tempo em que se inseria na historicidade humana, "*infiltrada por técnicas de saber e de poder*".

Saber e poder se fundem no biopoder:

O saber diz respeito a matérias formadas (substâncias) e as funções formalizadas, repartidas segmento a segmento sob as duas grandes condições formais, ver e falar, luz e linguagem: ele é, pois, estratificado, arquivado, dotado de uma segmentaridade relativamente rígida. O poder, ao contrário, é diagramático: mobiliza matérias e funções não-estratificadas, e procede através de uma segmentaridade bastante flexível.<sup>287</sup>

Ganha importância o papel da norma, mais que do direito, lançando mão de tecnologias de poder centradas na vida e do desenvolvimento gradativo de aparelhos de funções majoritariamente reguladoras<sup>288</sup>. Chega-se a *biopoder*,

---

<sup>285</sup> Reiteramos o entendimento, fundado na arqueologia foucaultiana, de que a *episteme* da história natural do século XVII está na base dos saberes produtores da filosofia política do período das revoluções burguesas. Possibilitando uma nova maneira de o ser humano olhar para si, a história natural lançou as bases para a imbricação entre o biológico e o político, e conseqüentemente para o ideário político burguês, do qual o constitucionalismo é um dos frutos mais perenes.

<sup>286</sup> FOUCAULT. Op. cit., p. 134. Esse é o cerne da concepção de biopoder: "*o homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política sua vida de ser vivo está em questão*" (idem).

<sup>287</sup> DELEUZE, Gilles. *Foucault*, p. 81. (esse sentido será importante, adiante, à compreensão da conquista).

Assim, "*esse novo mecanismo de poder apóia-se mais nos corpos e seus atos que na terra e seus produtos. É um mecanismo que permite extrair dos corpos tempo e trabalho mais do bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente através de vigilância e não descontinuamente por meio de sistemas de taxas e obrigações distribuídas no tempo; que supõe mais um sistema minucioso de coerções materiais do que a existência física de um soberano. Finalmente, ele se apóia no princípio, que representa uma nova economia do poder, segundo o qual se deve propiciar simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina*" (FOUCAULT. *Soberania e disciplina*, p. 188).

<sup>288</sup> FOUCAULT. *A vontade de saber*, p. 135.

cuja atuação gira em torno de dois pólos: a *anatomo-política do corpo humano* e os *controles reguladores* (a biopolítica da população)<sup>289</sup>.

Regular é *assujeitar*, é intervir sobre o processo de *subjetivação* por que passa qualquer indivíduo, é incutir-lhe saberes e valores, moldando-o conforme a norma, normalizando-o<sup>290</sup>.

Quanto à relação entre fins e fundamentos do exercício do poder pelo Estado, Foucault propôs o termo *governamentalidade*<sup>291</sup>, remetendo à distinção entre três momentos históricos da dinâmica entre Estado e governo no Ocidente (as três “grandes economias de poder”): o Estado de justiça, o Estado *administrativo* e o Estado de governo<sup>292</sup>.

O Estado de justiça representa as formas de poder do período medieval europeu, correspondendo grosso modo a uma *sociedade da lei*<sup>293</sup>. Neste modelo, o soberano (o Príncipe) mantinha uma relação de *transcendência* em relação ao Estado (o principado). Titular do poder por sucessão ou pela conquista, o governante era exterior ao principado, ao qual se unia por laços de violência ou de tradição, não por laços jurídicos. Logo, a relação de exterioridade com o principado e a fragilidade dos laços obrigavam o príncipe a

---

Para a importância do conceito de *linearidade* (espécie de normalização) para a abordagem quantitativa que dominou os estudos geográficos na primeira metade do século XX e os problemas daí decorrentes, remetemos a: SANTOS, Milton. *Por uma geografia nova*, p. 65-75.

<sup>289</sup> RABINOW; ROSE. *Thoughts on the concept of biopower today*, p. 1.

<sup>290</sup> *Assujeitamento e subjetivação* são termos que remetem à formação do discurso no âmbito do sujeito; para Foucault esse é um processo que sofre condicionamentos internos (a *interdição*, o binômio *separação/rejeição*, a oposição entre *verdadeiro e falso*) e externos (o *comentário*, as *disciplinas* e o *autor*, esse último no sentido de “princípio de agrupamento” do discurso), e passa também por procedimentos de seleção (o *ritual*, as *sociedades de discurso*, a *doutrina* e a *apropriação social* dos discursos). Para uma síntese, veja-se: ALVAREZ, Marcos César. *Michel Foucault e a ordem do discurso*, p. 75-78.

<sup>291</sup> *Gouvernementalité*, no original. Algumas traduções brasileiras utilizam *governabilidade*. Não se trata de boa escolha, já que o termo original também não existe na língua francesa. A intenção de Foucault era identificar de forma original um determinado processo histórico. Interessante ressaltar ainda que etimologicamente o substantivo *governabilidade* remete ao adjetivo *governável*, enquanto *governamentalidade* guarda relação com o adjetivo *governamental* (a esse respeito: VEIGA-NETO, Alfredo. *Governabilidade ou governamentalidade?*).

<sup>292</sup> FOUCAULT, Michel. *A governamentalidade*, p. 292.

<sup>293</sup> Idem.

desenvolver uma *arte de governar* que lhe permitisse identificar os perigos e manipular as relações de força com vistas à manutenção do poder<sup>294</sup>. Um dos principais componentes dessa arte de governar era a justiça proporcionada aos súditos, ou seja, a solução justa dos conflitos<sup>295</sup>. O governo era principalmente um *governo das pessoas*.

O Estado administrativo equivale ao que é comumente chamado Estado nacional, "*nascido em uma territorialidade do tipo fronteiro nos séculos XV-XVI*"<sup>296</sup>.

A expansão e estabilização das fronteiras nacionais interferiram na arte de governar na medida em que a economia se tornou uma preocupação central de governo.

No Renascimento, a palavra *governar* se referia ao governo dos indivíduos e dos grupos; nessa nova fase, governar se restringe às *coisas do Estado*. Destarte, o governo não deveria mais necessariamente perseguir o bem comum, mas sim "*uma pluralidade de fins específicos*"<sup>297</sup>.

Entre os séculos XVI e XVII surge a ciência do Estado. Paralelamente aos aparelhos de governo e ao domínio do território, desenvolve-se um saber

---

<sup>294</sup> Op. cit., p. 279. O texto que melhor representa essa visão é, sem dúvida, *O Príncipe* de Maquiavel.

<sup>295</sup> Não raro, os termos dessa justiça eram dados pelo costume, cabendo ao príncipe apenas garantir a efetividade das soluções.

<sup>296</sup> FOUCAULT. Op. cit., p. 293.

<sup>297</sup> Op. cit., p. 284. Nesse sentido, importa para a presente pesquisa destacar: "*para atingir estas diferentes finalidades deve-se dispor as coisas. E esta palavra dispor é importante, na medida em que, para a soberania, o que permitia atingir sua finalidade, isto é, a obediência à lei, era a própria lei; lei e soberania estavam indissoluvelmente ligadas. Ao contrário, no caso da teoria do governo não se trata de impor uma lei aos homens, mas de dispor as coisas, isto é, utilizar mais táticas do que leis, ou utilizar ao máximo as leis como táticas. Fazer, por vários meios, com que determinados fins possam ser atingidos. Isto assinala uma ruptura importante: enquanto a finalidade da soberania é ela mesma, e seus instrumentos têm a forma de lei, a finalidade do governo está nas coisas que ele dirige, deve ser procurada na perfeição, na intensificação dos processos que ele dirige e os instrumentos do governo, em vez de serem constituídos por leis, são táticas diversas. Na perspectiva do governo, a lei não é certamente o instrumento principal; e este é um tema freqüente nos séculos XVII e XVIII que aparece nos textos dos economistas e dos fisiocratas, quando explicam que não é certamente através da lei que se pode atingir os fins do governo*" (idem). Foucault identifica as bases teóricas dessa mudança na literatura "anti-Maquiavel" dos séculos XVII e XVIII, dentre cujos autores são analisados mais detidamente Guillaume de la Perrière e François de la Mothe le Vayer. É de Perrière a definição de governo como "*correta disposição das coisas de que se assume o encargo para conduzi-las a um fim conveniente*".



específico acerca dos "*diversos elementos, dimensões e fatores da força*" do próprio Estado<sup>298</sup>. O Estado adquire uma *racionalidade própria*. Governa-se com base em regras racionais que não são naturais ou divinas, que não provêm da sabedoria nem da prudência, e sim da *razão de Estado*<sup>299</sup>.

Essa nova arte de governar teve seu desenvolvimento obstado durante o século XVII em razão de uma série de fatores, o que somente se alterou quando a problemática da *população* tornou-se central. O desenvolvimento da estatística, dentro dos quadros administrativos do Estado, revelou a *regularidade própria* da população (número de mortos, taxas de acidentes etc.) e seus fenômenos peculiares (grandes epidemias, a dinâmica entre trabalho e riqueza etc). O governo tornou-se governo da população, voltado para a melhoria de dados estatísticos<sup>300</sup>.

Essa é a característica principal do Estado de governo, que passou a utilizar os dispositivos de segurança (*disciplinas*) e a instrumentalização da economia para operar sobre as características da população, e assim geri-la<sup>301</sup>.

Foucault situa no século XVIII o nascimento tanto da economia política quanto da ciência política<sup>302</sup>. Da relação entre governo, população e economia política decorre a idéia de *governamentalidade*, com o triplo sentido de:

---

<sup>298</sup> Op. cit., p. 285.

<sup>299</sup> Op. cit., p. 286. Saliente-se que o autor rejeita qualquer conotação pejorativa para a expressão, que importe em supressão de princípios do direito ou da equidade em nome do interesse exclusivo do Estado.

<sup>300</sup> Op. cit., p. 288-289.

<sup>301</sup> Op. cit., p. 293.

Em outras palavras, emerge a função de "*gerir e controlar a vida numa multiplicidade qualquer, desde que a multiplicidade seja numerosa (população), e o espaço extenso ou aberto. É lá que "tornar provável" adquire sentido, entre as categorias de poder, e que se introduzem métodos probabilísticos. Em suma, as duas funções puras nas sociedades modernas serão a "anatomopolítica" e a "biopolítica", e as duas matérias nuas, um corpo qualquer, uma população qualquer*" (DELEUZE. Op. cit., p. 80).

Sobre a *razão de Estado* e a importância da biopolítica (demografia, estatística) para o incremento da arrecadação fiscal que possibilitou o nascimento dos Estados modernos, veja-se: ROMANO, Roberto. *Sobre golpes de Estado*, p. 39.

<sup>302</sup> FOUCAULT. Op. cit., p. 290.

1 – o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança.

2- a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros – soberania, disciplina, etc. – e levou ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes.

3 – o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado.<sup>303</sup>

Para Foucault foi esse processo que permitiu ao Estado sobreviver às mudanças e se consagrar universalmente como a forma institucionalizada de exercício do poder<sup>304</sup>. O aparelho de Estado se insere na malha das relações de poder, nunca o contrário.

---

<sup>303</sup> Op. cit., p. 291-292.

Em outras palavras, a governamentalidade "*abrange a variedade de modos de problematizar e interferir na conduta individual ou coletiva, em prol de certos objetivos cuja origem ou ponto de referência não é o Estado*" (RABINOW; ROSE. Op. cit., p. 5: "*to encompass the variety of ways of problematizing and acting on individual and collective conduct in the name of certain objectives which do not have the State as their origin or point of reference*").

A governamentalidade inclui o *biopoder* e a *biopolítica*, regidos por técnicas de normalização incidentes sobre o *homem-vida*, e não, como no caso das *disciplinas*, sobre o *homem-corpo*: "*a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Logo, depois de uma primeira tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante o modo da individualização, temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante mas que é massificante, se vocês quiserem, que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie. Depois da anátomo-política do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século, algo que já não é uma anátomo-política do corpo humano, mas que eu chamaria de uma "biopolítica" da espécie humana*" (FOUCAULT. *Em defesa da sociedade*, p. 289). Com a *biopolítica* surge um novo corpo, que não é o corpo do indivíduo nem o corpo social definido pelos juristas, mas o "*corpo múltiplo*" que constitui, ao mesmo tempo, um problema científico, político, biológico e de poder: a população (Op. cit., p. 293).

<sup>304</sup> Deve-se apontar a esta altura que, embora a violência possa surgir como *conseqüência* do poder, ela não lhe é *constituinte*. Este é um corolário da concepção de poder como *força*, não como *forma*. O poder não existe como *ente*, nem tampouco pode existir no singular, pois, como *força*, está sempre em relação com outras forças: "*é que a violência afeta corpos, objetos ou seres determinados, cuja forma ele destrói*

Dessa apertada síntese, conclui-se que não há em Foucault a possibilidade de uma teoria pura do direito. Se não há domínio de saber isento de relações de poder<sup>305</sup>, seria impossível ao direito delas se desvincular. Não há saber puro; tampouco o direito pode aspirar a tal condição asséptica. A normatividade é sua característica principal, expressa na imperatividade que lhe confere substância. Sua função de regulação das estruturas da legalidade lhe torna um instrumento privilegiado dos processos de normalização<sup>306</sup>.

O positivismo do século XIX pretendeu ter logrado sintetizar em uma ciência *positiva e racional*, ora em conflito ora em cumplicidade, as diversas intuições diferentes acerca da *vida* que caracterizaram as ciências naturais de pouco antes. Nesse sentido, as limitações do método positivista levaram ao impasse:

a obrigação de dividir o saber em duas tramas que se imbricam, embora estranhas uma à outra: a primeira, definida pelo saber já acumulado (a herança aristotélica ou escolástica, o peso do cartesianismo, o prestígio de Newton), a segunda, pelo que ainda se ignorava (a evolução, a especificidade da vida, a

---

*ou altera, enquanto a força não tem outro objeto além de outras forças, não tem outro ser além da relação: é “uma ação sobre a ação, sobre as ações eventuais ou atuais, futuras ou presentes”, é “um conjunto de ações sobre ações possíveis”. Pode-se então conceber uma lista, necessariamente aberta, de variáveis exprimindo uma relação de forças ou de poder, constituindo ações sobre ações: incitar, induzir, tornar fácil ou difícil, ampliar ou limitar, tornar mais ou menos provável... Essas são as categorias do poder” (DELEUZE. Op. cit., p. 78).*

<sup>305</sup> FONSECA. Op. cit., p. 154.

<sup>306</sup> A crítica que se faz à teoria pura do direito a partir de Foucault não deve ser entendida como negação de sua importância. Não há dúvidas que a estrutura lógica do ordenamento normativo concebida por Kelsen é de extrema operatividade para a compreensão do funcionamento dos sistemas jurídicos de origem continental. Por outro lado, tampouco defendemos que o juízo de validade das normas fundamentais de um determinado ordenamento deva remeter a direitos *naturais*. Não comungamos desse pensamento, a despeito de entender que a aferição de validade não deve se reduzir a critérios formais. Negamos, isso sim, a existência de valores transcendentais que possam servir de critério para aferição da validade jurídica do ordenamento estatal. As normas principais, fundantes do ordenamento, remetem a valores, sem dúvida; contudo, tratam-se de valores *institucionalmente construídos*, produtos da cultura de um determinado corpo social que migraram da esfera moral para o direito, e não dados da *natureza* ou do *espírito humano*. Feitas as ressalvas, a presente crítica remete à impossibilidade de existência de uma teoria pura do direito desvinculada da ação do poder. No universo das *práticas* ou no dos *saberes*, o direito não está imune às relações de poder.

noção de organismo); e, sobretudo, a aplicação de categorias que são rigorosamente anacrônicas em relação a esse saber.<sup>307</sup>

### 3.2.3. A tutela como normalização: disciplinas e biopolítica

Com sua genealogia, Foucault realiza a passagem da concepção belicista de poder para a noção de governo como "*um conjunto de práticas ou técnicas de direção de consciência*"<sup>308</sup>.

Nas Américas toda a história do *governo dos índios* foi pautada pela lógica da *conquista*; por isso as idéias de Foucault se mostram tão úteis à compreensão da relação entre direito e governamentalidade quanto aos índios brasileiros<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> FOUCAULT. *As palavras e as coisas*, p. 174.

<sup>308</sup> NEVES. Op. cit., p. 194.

<sup>309</sup> Afinal, já não importa se a soberania se constitui por instituição (pacto social) ou por aquisição (conquista), na medida em que o fundamento do Estado é entendido como um cálculo realizado pelos sujeitos, onde estão representadas suas forças e as dos demais, buscando a segurança e a sobrevivência (NEVES. Op. cit., p. 208).

Nesse ponto torna-se crucial, ainda que de passagem, a menção à distinção feita por Foucault entre a *teoria jurídica clássica* e a *concepção marxista geral*, para ele os dois modelos jurídicos mais usuais acerca do poder. Para a primeira, o poder constitui um *direito* que se possui e pode ser alienado ou transferido através de um ato jurídico. A soberania (poder político) é constituída pelo conjunto dos poderes concretos dos indivíduos, cedidos ao ente político em uma *operação jurídica de caráter contratual*: as teorias contratuais se fundam na analogia entre o *poder* e os *bens* (riqueza), passíveis de se tornarem objeto de um negócio jurídico. A concepção marxista geral, por sua vez, lida com a *funcionalidade econômica* do poder, cujo papel é de "*manter relações de produção e reproduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e uma modalidade própria de apropriação das forças produtivas tornaram possível*". Logo, o traço que une esses modelos é o *economicismo*: o poder situado em posição secundária em relação à economia, com a diferença de que, enquanto para a teoria jurídica clássica a economia assume uma função *formal* no procedimento de troca, para a concepção marxista ela constitui a *razão de ser histórica* do poder político.

Foucault rejeita ambas as visões, pois "*o poder não se dá, não se troca nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação*"; logo a questão fundamental é identificar como se dá esse exercício, essa mecânica. Para superação do esquema economicista do poder, são dois os modelos que Foucault identifica: a *hipótese de Reich* e a *hipótese de Nietzsche*. Em Reich (e também em Hegel e Freud) o poder é essencialmente repressivo; ele reprime "*a natureza, os indivíduos, os instintos, uma classe*", logo seu estudo depende da compreensão dos mecanismos de repressão. É em Nietzsche, contudo, que fica mais claro o equívoco das teorias contratuais do poder: se o poder é o desdobramento de uma relação de força, não se deve analisá-lo sob o prisma do contrato (cessão, alienação), mas sim da guerra (combate, confronto). O poder é um prolongamento da guerra, logo, invertida a célebre máxima de Clausewitz, *a política é a guerra prolongada por outros meios*.

Da hipótese de Nietzsche decorrem três conclusões: a) as relações de poder de uma dada sociedade têm por base uma *relação de força* estabelecida pela guerra em um determinado momento de sua história, importando necessariamente em um desequilíbrio de forças, que por sua vez é sancionado e reproduzido pela política; b) no interior desta *paz civil* que caracteriza o sistema político, as modificações das relações de força (ou seja, os confrontos pelo poder) constituem continuações da guerra, "*episódios*,

A conquista é forma de guerra, uma espécie verdadeiramente insidiosa de conflito. Guerra não é apenas confronto aberto e destruição do outro; ela pode ser também uma *"via constitutiva de novas relações sociais, base de múltiplos sistemas de aliança e antagonismo"* <sup>310</sup>. Eis a hipótese de Nietzsche: o poder como guerra contínua.

A conquista envolve um grau de alteridade muito mais radical do que a guerra, e por isso *"se faz possível também por procedimentos interpretativos, representativos e improvisados"*, logo *"a aparente dicotomia apresentada entre abordagens da ciência política, entre os aspectos simbólicos (cênicos, sobretudo) do poder e linhas teóricas calcadas na relação guerra-poder (como a teoria dos jogos), está aqui dissolvida, e pretende-se, de fato, que esteja reconciliada"* <sup>311</sup>.

Se a alteridade possibilita várias formas de reação e de interação (a negação do *outro* ou sua aceitação, sua valoração de modo positivo ou não, a posição de neutralidade, de distanciamento ou de assimilação etc), a conquista

---

*fragmentações e deslocamentos da própria guerra"; e, c) "o final da política seria a última batalha, isto é, só a última batalha suspenderia finalmente o exercício do poder como guerra prolongada".*

As hipóteses de Reich e de Nietzsche não se excluem; ao contrário, articulam-se. Na juspublicismo clássico o abuso da soberania resultava em opressão; já na junção das teorias anti-economicistas a repressão constitui uma consequência política da guerra (FOUCAULT. *Genealogia e poder*, p. 174-176; *Em defesa da sociedade*, p. 19-24).

<sup>310</sup> LIMA, Antônio Carlos de Souza. *Um grande cerco de paz*, p. 46.

Quanto à conquista, cabe apontar que os direitos de Portugal sobre o território brasileiro foram assegurados em 1494 com o Tratado de Tordesilhas, portanto antes da viagem de Cabral, o que constituiu, à luz do direito internacional da época, um ato jurídico perfeito (CUNHA, Cláudio. *O atual regime jurídico das terras indígenas*, p. 35-36).

<sup>311</sup> LIMA. Op. cit., p. 47. Conquistar depende, primeiramente, da ação de uma organização militar conquistadora legitimada por um poder simbólico (o poder do príncipe, a nação, o direito divino); nesse sentido por *povo* deve se entender *"o conjunto de unidades sociais sujeitas (de diferentes modos e com distintos graus de dependência) a uma direção comum e reconhecendo uma identidade social comum, ainda que esta se superponha a outras múltiplas"*. O derradeiro elemento da conquista é o *butim* (lucro, proveito). A interação desses elementos pode se dar de várias formas, menos ou mais agressivas, geralmente por meio de alianças e estratégias de aproximação; o fim é a transformação do povo conquistado em butim (Op. cit., p. 52).

exige a *interpretação do outro*; um esforço para sua compreensão e a produção de "respostas positivas" que viabilizem o estabelecimento da relação<sup>312</sup>.

Conquistar e governar depende do *agenciamento* dos corpos dos índios, seu disciplinamento (objetivação) e governo (subjetivação)<sup>313</sup>: "*para a vida cotidiana dominação é primariamente administração*"<sup>314</sup>.

Foucault chegou a afirmar que o tema maior de suas pesquisas não era o poder, mas o *sujeito*. A genealogia estuda a constituição do sujeito como resultado de um processo de objetivação – o sujeito como um corpo dócil e útil – e também de subjetivação – o sujeito preso à sua própria identidade pela consciência de si<sup>315</sup>.

Em seus estudos sobre as penas, dos suplícios físicos à prisão, Foucault concluiu que o surgimento dos mecanismos de disciplina traduzia uma tática de poder incidente sobre as multiplicidades humanas, com três fins básicos: tornar o menos custoso possível o exercício do poder e intensificar ao

---

<sup>312</sup> Op. cit., p. 56. Desde as disputas entre capuchinhos e jesuítas até a República e seus aparelhos estatais laicos e especializados, permanece um ponto comum: "*se a violência física está afastada, os processos em jogo na guerra podem se transformar para permanecer, compondo diferentes aspectos de um poder que envolve sempre os termos presentes na conquista: um outro humano que é desconhecido em maior ou menor grau, associado a um espaço geográfico intocado pelo conquistador, sobre o qual pretende atuar; uma organização militar (onde devem ser incluídos os especialistas no deslinde/atribuição de significações inauditas) com diferentes tipos de direção centralizada a definir e representar a unidade da empresa, muitas vezes parcialmente fictícia; o(s) povo(s) de origem na organização*" (Op. cit., p. 48).

<sup>313</sup> Por esse motivo, "*o genealogista repudia a fenomenologia, por ele considerada "pré-estruturalista", para recolocar o corpo num plano em que ele aparece como superfície histórica dos acontecimentos políticos, em que vêm se inscrever as relações de poder, como materialidade biológica de força composta, ordenada, regulada, produzida, atravessada por relações de força que atuam sobre os corpos assim agenciados*". De tal constatação decorre que: "*o entendimento ou consenso não funcionam, quando consideramos as dimensões daquilo que Foucault chamou de "ordem do discurso", como um telos ideal, universal dos discursos, passíveis de serem resguardados ou regulados por uma ética procedimental do discurso, por uma pragmática universal da linguagem. O crítico hoje não deve propor grandes modelos ou justificativas para a ação, e sim promover análises que dêem conta da constituição e do funcionamento histórico de seus próprios objetos*" (NEVES. Op. cit., p. 191).

<sup>314</sup> LIMA. Op. cit., p. 18.

<sup>315</sup> FONSECA, Márcio. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*, p. 25.

máximo os seus efeitos, e ao mesmo tempo ligando o crescimento do poder ao rendimento dos aparelhos em que ele é exercido<sup>316</sup>.

Para consecução desses fins, são diversos os instrumentos (a vigilância, o controle sobre o desenvolvimento, a sanção normalizadora, o exame) e as funções disciplinares (a distribuição espacial, o controle das atividades, a capitalização do tempo, a composição de forças)<sup>317</sup>.

Precisamente, a normalização opera tendo *o poder como exercício e o saber como regulamento*. Daí a microfísica do poder, não como *"uma simples miniaturização das formas visíveis ou enunciáveis, mas como um outro domínio, um novo tipo de relações, uma dimensão de pensamento irredutível ao saber: ligações móveis e não localizáveis"*<sup>318</sup>.

A técnicas de normalização utilizadas pelos aparelhos poder estatal (oficiais, leigos ou, antes de Pombal, religiosos) foram várias. As técnicas de governo dos índios da segunda metade do séc. XX, por sua vez, foram legatárias de saberes acumulados desde o período colonial<sup>319</sup>.

As ordens religiosas foram *"os primeiros continuadores teóricos e práticos de um saber sobre as estratégias de conversão e anulação da diferença cultural; a este saber que não cessou de se acumular oficialmente, reproduzido pelo sistema de ensino, podem ser remetidos muitos dos planos para civilização de índios surgidos do período colonial ao SPI"*<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> Op. cit., p. 49. Assim, *"com as disciplinas começam a funcionar mecanismos de poder que não mais se apóiam naquilo que por eles era extraído (produtos, dinheiro), mas integram-se à eficácia da produção dos aparelhos, subsistindo o princípio da "retirada-violência", pelo princípio da "suavidade-de-produção-lucro" no norteamo da economia do poder"* (FOUCAULT. *Vigiar e punir*, p. 192).

<sup>317</sup> FOUCAULT. Op. cit., p. 117-161. FONSECA. Op. cit., p. 53-71.

<sup>318</sup> DELEUZE. Op. cit., p. 82.

<sup>319</sup> *"Se considerarmos a idéia de estudos de desenvolvimento a longo prazo, o governo dos nativos foi uma das atribuições da primeiras estruturas administrativas implantadas pelos portugueses. Delas o Império seria caudatário, e valeria pensar o quanto ainda perpassam, tornadas condições passadas, esquecidas e implícitas, alguns dos problemas hoje por nós enfrentados"* (LIMA. Op. cit., p. 12).

<sup>320</sup> Op. cit., p. 60.

No período colonial as técnicas de governo dos índios começaram da diferenciação entre bravios e mansos, com conseqüências no plano jurídico. Ao mesmo tempo se incrementava a política de descimentos e aldeamentos, com vistas a reunir os índios em espaços reduzidos, tornando sedentários os povos nômades<sup>321</sup>.

Além da importância fundamental para o sucesso do trabalho de catequese e conversão<sup>322</sup>, a política de aldeamento visava três objetivos fundamentais: ocupação do território, sua defesa e a formação de uma reserva de mão-de-obra para o desenvolvimento da colônia.

Antes da chegada dos primeiros negros africanos, igualmente crucial para a expansão econômica foi a escravização de índios. A justificação legal dependia da decretação de guerra justa, e o abuso no manejo dos critérios para tanto foi tamanho que tornou necessária a coibição pela Coroa.

---

É importante salientar que o pensamento de Nóbrega, além da importância doutrinário-teológica, criou no *Plano Civilizador* (1558) a justificação política para a intervenção do poder secular no governo colonial (EISENBERG, José. *As missões jesuíticas e o pensamento político moderno*, p. 109). Nesse sentido, "o *Plano Civilizador* banii os pajés e esvaziou o poder dos caciques ao submetê-los todos à autoridade do Protetor da Aldeia. Não bastasse isso, os jesuítas se arrogaram o monopólio sobre a adjudicação de conflitos e a punição de crimes e pecados cometidos na Aldeia. Dessa maneira, portanto, enquanto no início das missões os jesuítas se fizeram passar por carabas aos olhos dos índios, agora, no sistema das Aldeias, os padres se apropriam da maioria das funções que tradicionalmente eram exercidas pelo conselheiro de anciões nas sociedades Tupi" (Op. cit., p. 115).

<sup>321</sup> Como foi dito, a política de aldeamento surgiu da doutrina de Nóbrega quanto à dimensão da liberdade reconhecida aos índios, que lhes permitiria alienar a *própria liberdade*. Ao elemento contratual (*consentimento*) do liberalismo clássico, a Companhia de Jesus acrescentou um conceito original de *direito subjetivo*, a partir de Hugo Grotius e do teólogo jesuíta Luís de Molina, contestando a doutrina jusnaturalista dominicana pela qual os *direitos naturais* seriam dádivas divinas inalienáveis (Op. cit., p. 18-19).

<sup>322</sup> A partir dos escritos de Nóbrega, especialmente o *Diálogo sobre a conversão do gentio* (1556-7) e o *Plano Civilizador* (1558), desenvolveu-se a doutrina jesuíta pela qual o consentimento do índio com a conversão e a aceitação da fé cristã podiam ser obtidos através do *medo*. De fato, "(...) naquelas cartas Nóbrega desenvolveu um dos alicerces da teoria política jesuíta – a legitimação da autoridade através do consentimento gerado pelo medo – que foi mais tarde sistematizada pelo teólogo jesuíta Juan de Mariana, em seu *De Rege et Regibus Institutione* (1599). Tanto Mariana quanto Nóbrega, assim como os dominicanos antes deles, argumentam que a legitimidade do poder político se assenta no consentimento voluntário dos súditos. Mas diferentemente de seus pares dominicanos, os dois jesuítas argumentam, como Hobbes argumentaria mais tarde, que o medo é a causa do consentimento que legitima a autoridade política" (Op. cit., p. 91-92).



Com o tempo, as estratégias passaram a incluir a incitação das hostilidades entre povos<sup>323</sup>, o despovoamento dos sertões por força da escravização (para o que muito contribuíram as epidemias), a educação de indígenas na língua e hábitos europeus<sup>324</sup>, a escravização de índios por índios como forma de inserção econômica na sociedade civilizada, levando também ao abandono da antropofagia<sup>325</sup>, a introdução do conceito de propriedade da terra, superando as tradições coletivistas<sup>326</sup> e a utilização de população indígena para o povoamento de regiões específicas<sup>327</sup>.

No período pombalino a política de miscigenação entre europeus e nativos, um dos pontos de atrito com os jesuítas, representava uma estratégia de Estado para obtenção do reconhecimento de direitos sobre o território. Para isto os antigos aldeamentos adquiriam nova feição, com a instituição de estruturas de governo e de representação (Câmaras municipais), a imposição de padrões arquitetônicos para as moradias a pretexto de desestimular práticas imorais e, possivelmente o mais importante, a proibição do uso das línguas nativas. Além disso, repetimos, foi com Pombal que se iniciaram as políticas de territorialização do Estado e de assujeitamento dos nativos, na construção da Nação brasileira.

No Império, a tutela orfanológica instituída da Lei de 1831, como se viu, deveria se aplicar apenas aos indígenas recém-libertos da escravização por guerra. Estendeu-se, porém, aos índios em geral; para tanto foi fundamental o

---

<sup>323</sup> MONIZ BANDEIRA. Op. cit., p. 199.

<sup>324</sup> "Os padres da Companhia de Jesus, que chegaram ao Brasil com Tomé de Sousa, foram os que mais se empenharam na catequese dos índios e entenderam que os trariam mais facilmente para a Igreja se respeitassem sua organização social e seus costumes. Trataram, por isto, de aproveitar as formas comunitárias da sociedade tribal e nelas estabeleceram rígida disciplina, em função de seus objetivos econômicos, políticos e religiosos" (Op. cit., p. 162).

<sup>325</sup> Op. cit., p. 88.

<sup>326</sup> Op. cit., p. 162.

<sup>327</sup> MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, p. 44.

Decreto de 1833 sobre os bens dos índios, pelo qual se instituiu faticamente a incapacidade relativa dos indígenas, cujo disciplina legal só veio com o Código Civil republicano<sup>328</sup>.

Criada declaradamente em benefício e para assistência aos índios, a legislação falou em *posse* e da *tutela*, conceitos viciosamente interpretados e aplicados pela administração. A confusão deliberada entre capacidade civil e regime jurídico das terras, entre direito público e privado, articula-os de modo nefasto: Emancipados os índios, deixam também de ser titulares de direitos territoriais<sup>329</sup>.

A tutela, na realidade, representava um beco sem saída: enquanto tutelado, o índio não podia agir autonomamente; se emancipado, perdia totalmente a proteção e seus eventuais direitos com natureza de *discriminação inversa*<sup>330</sup>. Esse modo de governar foi decerto legatário de saberes acumulados desde as primeiras estratégias de aproximação desenvolvidas pelas ordens religiosas, processo aprofundado pela política de aldeamento do

---

<sup>328</sup> Ao analisar a opinião de João Mendes Junior acerca da aplicabilidade do regime tutelar, por juízes de órfãos, à totalidade da população indígena na época do Império por força da Lei de 1831, Marco Antonio Barbosa afirma, de modo preciso: “*parece no mínimo interessante, se não sintomático, o concurso nessa época desses vários componentes, ou seja: obtem-se a Independência de Portugal, ocasião em que já era grande a miscigenação entre brancos e índios, além dos africanos. Aldeias tornam-se municípios. Índios aldeados ou municipalizados mais penderam a uma identidade brasileira do que étnico-grupal. A primeira Constituição do Estado brasileiro declara como brasileiros todos que tenham em tal território nascido, de modo que “já não puderam ser considerados nações, porque os aldeados se amalgamaram, pelos cruzamentos, na nação brasileira, e os não aldeados foram considerados cidadãos brasileiros, desde que como taes, na forma do artigo 6º da Constituição do Imperio, foram declarados todos os que no Brazil tiverem nascido”*. A colocação é perfeita para demonstrar que não houve saída: são brasileiros ou porque se amalgamaram os aldeados, ou são também brasileiros os não aldeados e que não se amalgamaram porque a Constituição do Brasil assim os declarou. No entanto, ainda há mais a se observar: com a Lei de 1831 revoga-se a servidão, dando-se liberdade aos que naquela condição se encontravam, mas, para protegê-los, considera-se necessário o tratamento destinado aos órfãos. Mais uma vez um beco sem saída, como se dissesse: não estais mais em servidão, estais em tutela orfanológica. E ainda não sois mais guarani ou xavante, sois índio brasileiro tutelado, relativamente capaz” (BARBOSA. Op. cit., p. 211. Com Norbert Rouland, o autor observa que processo semelhante se deu nos Estados Unidos).

<sup>329</sup> CARNEIRO DA CUNHA. *Os direitos do índio*, p. 22.

A superação da armadilha depende, evidentemente, do abandono do paradigma liberal clássico dos direitos individuais de *primeira geração*.

<sup>330</sup> Nomenclatura presente em: NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 177.

Regulamento das Missões de 1845, voltada para o controle e aceleração da assimilação das populações indígenas pela comunhão nacional.

O trabalho de Rondon frente ao SPI encarnou uma das principais biopolíticas implantadas pela nascente República<sup>331</sup>. A governamentalidade implantada pelo SPI se fundou no monopólio da ação indigenista por um único órgão estatal e laico<sup>332</sup>, tendo lançado mão, em diferentes períodos, das mais variadas estratégias: as expedições como técnicas de aproximação e pacificação<sup>333</sup>; o estabelecimento dos postos a partir do estudo do perfil econômico, social e geográfico da coletividade em questão<sup>334</sup>; a *povoação indígena* como estágio entre nomadismo e produção agrícola<sup>335</sup>; a criação do *status* jurídico de índio<sup>336</sup>; a imposição de um padrão educacional com papel de

---

<sup>331</sup> O positivismo de origem liberal inspirador do SPI é fruto de uma ruptura histórica, da qual surgiu uma espécie de poder que não pode ser completamente abarcado pelo direito: "*temos, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até hoje, por um lado, uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder; e por outro, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta efetivamente a coesão deste mesmo corpo social. Ora, este sistema disciplinar não pode absolutamente ser transcrito no interior do direito que é, no entanto, o seu complemento necessário. (...) As disciplinas são portadoras de um discurso que não pode ser o do direito; o discurso da disciplina é alheio ao da lei e da regra enquanto efeito da vontade soberana. As disciplinas veicularão um discurso que será o da regra, não da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra "natural", quer dizer, da norma; definirão um código que não será o da lei mas o da normalização; referir-se-ão a um horizonte teórico que não pode ser de maneira alguma o edifício do direito mas o domínio das ciências humanas; a sua jurisprudência será a de um saber clínico*" (FOUCAULT. *Soberania e disciplina*, p. 189; e, no mesmo sentido: *A vontade de saber*, p. 136).

<sup>332</sup> LIMA. Op. cit., p. 23, 64.

Não se pode deixar de apontar que Rondon foi doutrinado no Apostolado Positivista do Brasil. Além do ideário positivista ortodoxo (em especial a crítica ao racismo e a defesa da espontaneidade no processo de incorporação dos índios à sociedade), o positivismo religioso defendia a possibilidade dos *silvícolas* saltarem do *fetichismo primitivo* diretamente ao ápice da evolução – o *estado positivo* – sem passar pela fase religiosa. Conseqüentemente, fornecia as bases doutrinárias para a defesa do governo leigo dos índios (KURY, Lorelai. *Marchar com fé*, p. 27).

<sup>333</sup> LIMA. Op. cit., p. 161-166.

<sup>334</sup> Idem.

<sup>335</sup> MIRANDA, Manuel; BANDEIRA, Alípio. *Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena*, p. 51. As táticas da biopolítica seguiam uma seqüência lógica de aproximação/atração/concentração/prestação de assistência/sedentarização (LIMA. Op. cit., p. 178-197).

<sup>336</sup> LIMA. Op. cit., p. 198-216. O autor lembra que, iniciada a conquista, o gerenciamento da exploração do butim depende do "*desdobramento da organização militar conquistadora em uma dada forma de administração*" e também da "*transmissão de alguns dos elementos culturais e valores principais do invasor, capazes de, por sua presença, definirem o pertencimento dos ocupantes daqueles territórios a uma totalidade social mais inclusiva e com maior dependência funcional entre suas partes*" (LIMA. Op. cit., p. 53.).

*reprodutor monocultural*<sup>337</sup>; a classificação dos *estágios de evolução* dos silvícolas a partir de um mecanismo de dupla normatividade<sup>338</sup>; sua equiparação a órfãos; a transmissão de valores cívicos e de pertencimento à nação brasileira<sup>339</sup>.

A Constituição de 1891, além de não trazer normas específicas relativas aos índios, incentivava os Estados a expandirem as áreas de colonização<sup>340</sup>.

Quanto à legislação, o Decreto n. 5.484/28, ao classificar as populações indígenas em graus evolutivos de civilização, positivou em definitivo o paradigma da integração e operacionalizou a regra de incapacidade criada pelo Código Civil de 1916. A consolidação da tutela nas normas sobre a capacidade civil viria com o acréscimo do parágrafo único ao art. 6º, III, do Código, fortalecendo os mecanismos de que dispunha o Estado para o governo dos índios<sup>341</sup>.

A classificação dos graus de contato servia ao principal objetivo da ação do SPI: a *sedentarização* dos índios, etapa essencial na tarefa de transformá-

---

<sup>337</sup> SOUZA FILHO, Carlos Marés. *As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios*, p. 56.

<sup>338</sup> Edgard Roquette-Pinto, médico e antropólogo da expedição que Rondon chefiou em 1912 na Serra do Norte, nos confins do Mato Grosso onde depois viria a ser criado o território de Rondônia, classificou os índios Nambiquaras como uma civilização fóssil, em plena idade lítica (LIMA, Nísia; SÁ, Dominichi. *No rastro do desconhecido*, p. 25).

<sup>339</sup> O que pode ser chamado de *cidadanização* (OLIVEIRA FILHO, João P. "*O nosso governo*", p. 178). Para Rondon, os índios constituíam os *alicerces fundadores da Nação* (KURY. Op. cit., p. 29). Esse processo guardava estreita relação com o objetivo de guarda das fronteiras, que nunca deixaram de contar com postos indígenas, mesmo variando de local e nome, ao longo dos 57 anos de existência do SPI (LIMA. *Um grande cerco de paz*, p. 298).

<sup>340</sup> Art. 63: "*uma lei do Congresso Nacional distribuirá aos Estados certa extensão de terras devolutas demarcadas à custa deles, fora da zona da fronteira da República, sob cláusula de as povoarem, e colonizarem dentro em determinado prazo, devolvendo-se, quando essa ressalva se não cumprir, à União a propriedade cedida*".

A governamentalidade inspiradora da norma é evidente; quanto às suas conseqüências nocivas para as populações indígenas, veja-se: MIRANDA; BANDEIRA. Op. cit., p. 50.

<sup>341</sup> O conceito de incapacidade relativa se funda em um mecanismo de dupla normatividade (o binômio normal/patológico associado a uma norma de gradação da anormalidade). Dele deriva o propósito de normalização, ou seja, de instituição do padrão de normalidade, de forma a normalizar indivíduos desviantes. No caso dos indígenas, ser considerado anormal (incapaz) significava não possuir as prerrogativas legais para exercer a própria autonomia; ser considerado normal (capaz), por outro lado, importava perder o direito à proteção legal (a tutela) que compensaria sua situação de assimetria em relação à sociedade circundante.

los em produtores rurais. A sedentarização se articula com a tutela, considerando descabida a demarcação das terras de índios não tutelados<sup>342</sup>. No mesmo sentido, visava-se inculcar nos índios o sentimento de pertencimento à nação brasileira.

Pode-se afirmar, mesmo, que a tarefa por excelência da *proteção oficial* era, na realidade, a de descaracterizar progressivamente o "*ser indígena original*"<sup>343</sup>.

A governamentalidade de Rondon e seu círculo, misto de convicção positivista e espírito cívico de construção de uma nação, inspirou esses textos legais e ainda viria a render um fruto temporário, a Lei n. 6001/73 ou Estatuto do Índio, que adotou e reformulou a classificação de graus de contato das comunidades indígenas com a *civilização*, adotada pelo Decreto n. 5.484/28<sup>344</sup>.

É interessante destacar que os encarregados pelos postos indígenas tinham sua atuação avaliada pela direção do SPI com base em critérios que constituíam parâmetros de constatação do grau de sucesso da própria normalização, quais sejam: a *manutenção da ordem* (para cuja avaliação se atribuíam diferentes graus de gravidade aos eventuais conflitos), o

---

<sup>342</sup> LIMA. "A 'identificação' como categoria histórica", p. 181. O autor menciona que Luiz Bueno Horta Barbosa, um dos principais formuladores da legislação protecionista da época, defendeu expressamente a vinculação entre demarcação de terras e tutela e, um pouco adiante, afirma: "*um estudo sobre as terras efetivamente demarcadas pelo SPI poderia facilmente demonstrar como a fusão entre a percepção dos povos indígenas dentro dos quadros do paradigma evolucionista e a ideologia da "civilização" do índio pelo trabalho, que em muito precede as teorias evolucionistas, fusão esta que se corporifica na idéia de transitoriedade do índio, atua como esquema mental norteador da prática de proteção fraternal*" (Op. cit., p. 185).

<sup>343</sup> Op. cit., p. 177.

<sup>344</sup> "*Note-se que a preocupação de Cândido Rondon demonstrava claramente a relação que se estabelecia entre extensão de terra-ritmo de transformação-integração (no léxico positivista, incorporação). Não se trata apenas de ditames de um velho e venerado positivista, pois se nos preocuparmos em esquadrihar os relatórios do SPI supracitados, encontraremos, travestidos pelo jargão antropológico da época, os mesmos pressupostos. Por outro lado, este é mais um elemento a apontar no sentido do que sempre foram os "ideais rondonianos" (poderíamos dizer militares) no tocante à questão indígena: a "evolução natural" deveria ser propiciada, as terras liberadas e a assimilação perseguida*" (Op. cit., p. 193).

desempenho das atividades assistenciais (educação, fornecimento de remédios etc) e o desenvolvimento de atividades agrícolas<sup>345</sup>.

Esses critérios eram aferidos conforme parâmetros burocraticamente definidos (governamentalizados), ficando os inspetores autorizados a aplicar certas retaliações contra indivíduos indígenas de comportamento desviante ou indesejado (técnicas de disciplina), podendo até mesmo interferir para coibir eventuais atos de violência praticados ritualmente<sup>346</sup>.

Já no período da Funai, a governamentalidade colonialista, conjugando o refinamento técnico-burocrático com uma ideologia de cunho empresarial, traduziu-se principalmente na participação ativa na expansão da frente colonial

---

<sup>345</sup> OLIVEIRA FILHO. Op. cit., p. 230-235.

<sup>346</sup> Idem. Em seu estudo acerca do governo dos Ticuna no Alto Solimões, o autor identifica diferentes critérios utilizados pelo SPI para escolha dos chefes de postos indígenas: "1°) quando as demandas da administração são relativamente poucas e o grau de exigências e expectativas da parte dos índios é igualmente pequeno, a função de capitão pode ser preenchida pelo líder de um grupo local (...); 2°) quando surgem demandas limitadas e periódicas da parte da administração, um grupo vicinal pode ampliar-se operando em bases transacionais, satisfazendo às expectativas da administração e restando para si os benefícios derivados de sua maior proximidade dos brancos (...); 3°) no caso de a administração ter uma rápida elevação do seu nível de demandas, exigindo uma colaboração regular de determinados elementos para isso melhor capacitados e/ou dispostos, a solução pode ser a convocação para o cargo de capitão de um indivíduo que possua as qualificações e atue com a eficácia de um funcionário (...). Estas três alternativas constituem de fato diferentes esquemas de poder e autoridade sobre os quais se pode estabelecer os suportes e as fontes de legitimidade do capitão". E, mais adiante: "De certo modo a primeira alternativa é de ocorrência mais freqüente nas primeiras fases de contato interétnico, quando o grau de conhecimento mútuo dos atores é muito pequeno e as expectativas ainda mal definidas ou mesmo inexistentes. A segunda alternativa corresponde a um esquema apenas possível enquanto as exigências de controle da administração sobre os índios são temporárias e instáveis, não induzindo à criação de líderes ou grupos especializados. Em certo sentido este esquema compete com o anterior, constituindo-se em uma possibilidade que pode ser acionada desde as fases iniciais do contato interétnico, inviabilizando-se à medida que se delineia uma interdependência e vinculação efetiva entre os grupos etnicamente diferenciados. Já a terceira alternativa aponta para o desenvolvimento de certos papéis especializados em estabelecer e reproduzir a dominação de um grupo sobre o outro, fato que caracteriza etapas mais avançadas do processo de integração, quando os agentes coloniais (indigenista, missionários ou empresários) delineiam um plano bem estruturado para a população dominada e essa começa a adotar expectativas de vida e padrões ideológicos que a homogeneizem com segmentos da população branca. Uma fase seguinte corresponderia à alternativa em que a articulação entre estrutura tutelar maior e comunidade local não se fizesse por papel de liderança, assumido por apenas um indivíduo, mais sim por unidades maiores, grupos ou facções, que operassem seja com base em fatores ideológicos, seja com base em processos transacionais, ou ainda combinando esses dois elementos. Nesse caso as unidades criam uma autonomia própria em face dos interesses individuais, podendo variar o seu quadro de colaboradores, as suas táticas e as bandeiras de luta, preservando no entanto uma unidade religiosa, política ou econômica" (Op. cit., p. 253-254).

Quanto aos relatórios de resultados produzidos pelo SPI, veja-se ainda: LIMA. "A 'identificação' como categoria histórica", p. 187.

na Amazônia<sup>347</sup>; na manipulação dos *critérios de indianidade*, de modo a dificultar o reconhecimento da condição de índio e com isso sufocar a nascente mobilização política desses povos<sup>348</sup>; e nas iniciativas de exploração do patrimônio indígena para obtenção de recursos supostamente necessários à auto-sustentação das comunidades<sup>349</sup>.

A criação da fundação, como se viu, visou superar a orientação militar da ação indigenista, substituindo-a por parâmetros considerados cientificamente mais avançados, com isso valorizando a atividade do antropólogo.

Freqüentemente, o desinteresse do Estado no exercício da tutela, fundado em um imperativo de auto-suficiência pretensamente decorrente do princípio da autonomia, revela o desinteresse político pela questão indígena e a cômoda conveniência consistente em transferir para os índios o ônus de

---

<sup>347</sup> ATHIAS, Renato. *Temas, problemas e perspectivas em etnodesenvolvimento*, p. 53.

<sup>348</sup> Op. cit., p. 54; SANTOS, Sílvio. *Os povos indígenas e a Constituinte*, p. 38.

No mesmo sentido: “No final da década de 70 e início de 80 teremos juntamente com a crescente militarização da Funai e do enquadramento do indigenismo no âmbito da segurança nacional teremos a passagem das Assembléias de Chefes Indígenas, já citado anteriormente, para um órgão de representação nacional com a criação da UNIND (União Nacional Indígena) e posteriormente denominada UNI (União das Nações Indígenas), e que teve seu estatuto aprovado em assembléia geral realizada entre os dias 6 e 7 de setembro de 1980. Duas são as conseqüências do contexto descrito: a primeira, firmou-se um convênio entre Funai e o Serviço Nacional de Informação; o segundo, foi o enquadramento da ação indígena sob o prisma do Conselho de Segurança Nacional. Disto se pode entender as retaliações às lideranças indígenas – que iniciavam a construção de seu processo de organização, e que foram enquadrados como subversivos; o corte de bolsas de estudos de índios que se associassem a UNI; e o não reconhecimento desta organização indígena como órgão representativo por parte da Funai” (EVANGELISTA, Carlos. *Direitos indígenas*, p. 43).

<sup>349</sup> SANTOS, Sílvio. *O índio perante o direito*, p. 19.

À Funai cabe administrar as rendas do patrimônio indígena (art. 3º da Lei n. 5.371/67). Pela lei, a administração do patrimônio dos índios deve se pautar por três objetivos: a *emancipação econômica das tribos*, o *acréscimo do patrimônio rentável* e o *custeio dos serviços de assistência ao índio*.

Quanto ao Departamento de Gestão do Patrimônio Indígena (DGPI), criado em 1972, Souza Lima ironiza: “muito se tem falado acerca da conta da renda indígena e pouquíssimo se sabe dela ou de toda a mecânica financeira da Funai. Este é talvez um dos estudos mais significativos a serem feitos no que tange à ação indigenista do Estado, e que poderia conferir uma vultosa coluna de crédito num hipotético livro-caixa da dívida da União com as populações indígenas” (LIMA. “A ‘identificação’ como categoria histórica”, p. 201).

administrar o próprio órgão indigenista, para alguns autores uma "massa falida"<sup>350</sup>.

Quanto à questão territorial, observe-se que a criação da Funai não impediu o esbulho de terras indígenas. A expropriação seguia uma lógica própria; normalmente era precedida pelo confinamento de determinada população indígena, após o que surgiam justificativas de cunho econômico (adequadas ao *desenvolvimentismo* que pautou a política macroeconômica do período militar pós-1964), ou supostas provas da *integração* daqueles índios, de modo a justificar sua remoção<sup>351</sup>.

A tutela serviu por muito tempo como disciplina, com o sentido de mecanismo de guerra sublimada, como coação, presente a retórica e ausente a violência da força física<sup>352</sup>. Essa é uma característica da tutela do período republicano anterior a 1988: pautando-se retoricamente por princípios éticos, almejando fins declaradamente nobres de proteção dos índios, a partir da criação do SPI o Estado brasileiro deu continuidade à guerra de conquista iniciada na colônia. Redesenhadas as metas relativas à marcha da civilização e à consolidação do poder estatal sobre o território e a população, novas ferramentas e estratégias se fizeram necessárias.

---

<sup>350</sup> BRAND, Antônio. *Mudanças e continuísmos na política indigenista pós-1988*, p. 35.

Para alguns, a desarticulação das estruturas políticas e sociais indígenas é deliberada, justamente para esvaziar as afirmações de soberania, anteriormente reconhecidas, a exemplo do ocorrido nos Estados Unidos (BARBOSA. *Autodeterminação*, p. 212).

<sup>351</sup> SEEGER, Anthony. *Os índios e o desenvolvimento nacional*, p. 27.

<sup>352</sup> LIMA. *Um grande cerco de paz*, p. 61. O autor entende a tutela a partir do modelo de tríade de Georg Simmel; nesse sentido, a conquista se funda em três termos: organização administrativa conquistadora, povos conquistados e aliados do conquistador, enquanto o poder tutelar é capaz de "*mediar sem tomar partido em disputas, acumulando poder desta maneira; arbitrá-las decidindo-se por uma das partes, beneficiar-se em proveito próprio do conflito, ou – para usar a expressão romana apropriada por Simmel – divide e impera intencionalmente produzindo o dissenso, são algumas das possibilidades interativas viáveis para se interpretar aspectos de seu exercício em análises de relacionamentos historicamente singularizados*" (Op. cit., p. 55). O modelo tripartite de Simmel, diga-se, é compatível com a tríade de Foucault: soberania-disciplina-gestão governamental (cf. FOUCAULT. *O olho do poder*, p. 209-227). Quanto à tutela como instrumento de aniquilação das peculiaridades culturais (ou seja, de normalização), veja-se: LEITÃO, Ana Valéria. *Direitos culturais dos povos indígenas*, p. 234.



Concluindo, é importante salientar que a identificação dos mecanismos estatais de normalização das populações indígenas não importa afirmar que a conquista tenha sido um fenômeno ditado unilateralmente, vale dizer, a dominação não pode ser entendida como *sujeição absoluta*. A moderna antropologia política tem desnudado os *fundamentos internos* da dominação, evidenciando a articulação entre instituições coloniais e instituições nativas, entre pólo dominador e pólo dominado<sup>353</sup>.

### 3.2.4. O ser como potência: ética e resistência

Levada ao extremo a análise foucaultiana do poder, chega-se a um ponto em que o ser humano se torna um espectro, um "*resíduo da totalidade dos sistemas de repressão*"<sup>354</sup>.

Sua obra, por outro lado, oferece diversas possibilidades de estudo da temática do poder e de sua relação com os outros campos. Não se pode, porém, superdimensionar o poder a ponto de transformá-lo em uma hipótese metafísica<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> "A dominação não é apenas um fato externo, imposto por forças estranhas ao grupo humano diretamente observado. A forma e a função concreta que assume decorre de virtualidades (existência real, lacunas, ou ambigüidades) das próprias instituições nativas, aproveitadas no interesse de reforçar o poder de indivíduos ou de grupos situados no pólo dominador" (OLIVEIRA FILHO. Op. cit., p. 10). Essa pesquisa acerca dos primeiros contatos entre o SPI e os Ticuna (que, por sua vez, àquela altura já travavam relações de cunho econômico com desbravadores estabelecidos na região), demonstra como esse povo reagiu às interações com servidores públicos e com os "patrões" seringueiros, desenvolvendo estratégias de adaptação a partir da incorporação de elementos dessa nova realidade aos próprios mitos e fábulas sobre os quais se assenta sua cultura (Op. cit., p. 175-183).

<sup>354</sup> NEGRI. Op. cit., p. 46.

É interessante apontar que a releitura feita por Negri expande a ação do biopoder, para afirmar que todas as formas contemporâneas de política são, na verdade, biopolíticas (RABINOW; ROSE. Op. cit., p. 3).

<sup>355</sup> WOLIN, Richard. *The seduction of unreason*, p. 42.

Das várias críticas feitas às teorias de Foucault, as mais contundentes o acusam de haver desconstruído a *razão* até o limite do niilismo, ao ponto de torná-la uma impossibilidade e uma ilusão – o limite intransponível do *irracionalismo* (BILLOUET. Op. cit., p. 17). Richard Wolin, professor da *City University* de Nova York, sintetiza com precisão as críticas contemporâneas às correntes do pensamento pós-moderno, com raízes em Nietzsche e Heidegger, e as agrupa em um fenômeno – por ele denominado *Contra Iluminismo* –, no bojo do qual, interessantemente, a direita política e a intelectualidade de esquerda teriam encontrado no desprezo aos ideais iluministas um ponto comum. No caso da esquerda pós-moderna, o cinismo quanto à razão, à democracia e aos pressupostos do humanismo seria a principal

Tal equívoco, em última instância, leva à negação da possibilidade do *agir desinteressado*, do *falar francamente*. Não há democracia que possa prescindir do *sujeito ético*.

Se o poder é entendido como inerente às relações humanas, isso não importa concluir que seja impossível fugir a seus subterfúgios: “*não é que a vida tenha sido exaustivamente integrada em técnicas que a dominem e gerem; ela lhes escapa continuamente*”<sup>356</sup>.

---

característica do pensamento de Foucault, Deleuze e Derrida, assim como de Bataille, Barthes, Lyotard, Althusser... (WOLIN. Op. cit., p. 3-4).

Por outro lado, há que se dizer em primeiro lugar que Foucault não pretendeu propor um modelo geral para as ciências: “*legislar para toda a ciência é o projeto positivista; achar um lugar para a geografia seria o mesmo que dizer que a arqueologia do saber tem um projeto de recobrimento total e exaustivo de todos os domínios do saber, o que de modo algum é o que tenho em mente. A arqueologia do saber é simplesmente um modo de abordagem*” (FOUCAULT. *Sobre a geografia*, p. 156).

Além disso, a desconstrução por ele proposta, em certo sentido, não se dirige propriamente à razão mas sim ao conhecimento: “*o conhecimento foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana. O conhecimento não constitui o mais antigo instinto do homem, ou, inversamente, não há no comportamento humano, no apetite humano, no instinto humano, algo como um germe do conhecimento. De fato, diz Nietzsche, o conhecimento tem relação com os instintos, mas não pode estar presente neles, nem mesmo por ser um instinto entre os outros; o conhecimento é simplesmente o resultado do jogo, do afrontamento, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos. É porque os instintos se encontram, se batem e chegam, finalmente, ao término de suas batalhas, a um compromisso, que algo se produz. Este algo é o conhecimento*” (FOUCAULT. *A verdade e as formas jurídicas*, p. 16).

<sup>356</sup> FOUCAULT. *A vontade de saber*, p. 134.

Para Foucault a crítica à modernidade e à razão não deve ser *transcendental*, não deve buscar estruturas formais de valor universal; ela deve ser, isso sim, *genealógica* em sua forma e *arqueológica* em seu método: “*arqueológica – e não transcendental – no sentido de que não buscará identificar as estruturas universais de todo saber e de toda ação moral possível, mas buscará analisar as instâncias de discurso que articulam o que pensamos, em tantos eventos históricos. E esta crítica será genealógica no sentido de que não deduzirá da forma daquilo que somos o que nos é impossível fazer e saber; mas ela diferenciará, da contingência que nos fez o que somos, a possibilidade de não mais ser, fazer ou pensar o que somos, fazemos ou pensamos. Não se trata de tentar tornar possível uma metafísica tornada ciência; trata-se de buscar dar um novo ímpeto, tão forte e abrangente quanto possível, à inacabada construção da liberdade*” (FOUCAULT. *What is Enlightenment?* p. 45-46: “*Archaeological -- and not transcendental -- in the sense that it will not seek to identify the universal structures of all knowledge or of all possible moral action, but will seek to treat the instances of discourse that articulate what we think, say, and do as so many historical events. And this critique will be genealogical in the sense that it will not deduce from the form of what we are what it is impossible for us to do and to know; but it will separate out, from the contingency that has made us what we are, the possibility of no longer being, doing, or thinking what we are, do, or think. It is not seeking to make possible a metaphysics that has finally become a science; it is seeking to give new impetus, as far and wide as possible, to the undefined work of freedom.*”).

No trabalho mencionado, Foucault analisa o célebre texto de Kant: *Was ist Aufklärung?*, escrito em 1784 em resposta à enquete promovida por um jornal de Berlim sobre a natureza do Iluminismo. Em exaustiva crítica, Foucault conclui que do ponto de vista *positivo* o *ethos* da modernidade deve, em primeiro lugar, ser uma *postura-limite*, no sentido de que a verdadeira crítica consiste sempre em analisar e refletir acerca de limites. Foucault toma o questionamento de Kant – sobre quais limites a razão deve renunciar a

Para Deleuze, um dos aspectos mais originais do pensamento de Foucault foi a demonstração de como o poder *produz realidade*, tornando sem sentido ordenar idealmente o direito a partir da dicotomia entre lícito e ilícito<sup>357</sup>.

Por isso se faz necessário entender as tramas do poder, suas diversas manifestações e relações com outros saberes e práticas humanas, para somente assim tentar limitá-lo ou controlá-lo, realizando o ideal do direito.

A genealogia foucaultiana representa acima de tudo um diagnóstico, e muito original, da transição histórica pela qual passou o poder estatal, em sua doutrina e seus mecanismos, da soberania dos Estados nacionais de cunho liberal ao Estado de governo dos séculos XIX e XX. Como todo estudo histórico, às suas conclusões não deve ser dado um significado fatalista e que coloque o ser humano impotente frente ao poder; antes disso, elas oferecem subsídios para a compreensão e o aprimoramento do Estado, em suas relações com a sociedade e os indivíduos<sup>358</sup>.

Em Foucault o sujeito é *produtivo*<sup>359</sup>. Trata-se de um ponto crucial, na medida em que essa é a característica humana que interessa ao poder. Por

---

transgredir – e o inverte em uma perspectiva positiva, nos seguintes termos: dentre aquilo que nos é apresentado como obrigatório e universal, qual o lugar ocupado pelo que é, na realidade, contingente, o produto de limitações arbitrárias? Esse é o contexto do trecho transcrito.

<sup>357</sup> DELEUZE. Op. cit., p. 38-39.

Nesse particular, a maior parte das correntes críticas do direito envereda por análises lingüísticas e semiológicas, desprezando assim as dimensões sociais do discurso jurídico e seu papel *constituente* nas relações sócio-econômicas. Para evitar tal equívoco, a crítica há de ser pragmática e deve se voltar para as *dimensões de poder das linguagens jurídicas* (WARAT, Luís. *À procura de uma semiologia do poder*, p. 347).

<sup>358</sup> Mesmo um virulento crítico da racionalidade eurocêntrica, denunciador das estratégias sorrateiras de colonização dos povos americanos como Enrique Dussel, entende que a crítica ao poder deve se ater à razão dominante e violenta. Há que se preservar o que chama de “núcleo racional” (DUSSEL. Op. cit., p. 24).

<sup>359</sup> NEGRI. Op. cit., p. 46. Nesse sentido, em Foucault *“o sujeito, (...) através da condição política, potencializa-se na medida em que é capaz de produzir algo novo, de promover uma ruptura com o existente, devendo ser, portanto, politicamente muito bem controlada. O espaço público moderno representaria a anulação, a negação dessa ontologia política fundamental”* (NEVES, Marcelo. *Poder, direito e verdade*, p. 204).

isso o *biopoder* que busca dominar a potencialidade do ser humano, seja para anulá-la ou direcioná-la para algum objetivo.

A soberania do Estado pertence ao povo; ao Estado cabe mediá-la<sup>360</sup>, e por isso não lhe é facultado anular a potência do ser. Afinal, na potência reside a capacidade de realização humana, dela brota a resistência ao poder.

As pesquisas de Foucault promoveram uma “*desarticulação crítica do real*”, para depois “*reabrir construtivamente um processo que assume a desarticulação como condição positiva*”. Assim, do caminho através da necessidade se abre espaço a um processo de liberdade, na medida em que:

O homem aparece em Foucault como um conjunto de resistências que engendram uma capacidade de liberação absoluta, longe de qualquer finalismo que não seja expressão da própria vida e da sua reprodução. No homem, libera-se a vida, que se opõe a tudo que a encerra e aprisiona. Ora, o que mais importa salientar é que esta relação entre sujeito e procedimento é livre: após demonstrar que o poder é capaz de sujeitar o homem até fazê-lo funcionar como elemento da máquina totalitária (na sua especificidade, este uso do termo “totalitarismo” pode ser aceito), Foucault mostra que o processo constitutivo que atravessa a vida – a biopolítica, o biopoder – conhece um movimento absoluto (e não totalitário). Absoluto porque absolutamente livre das determinações exteriores à ação de liberação, ao *agencement vital*.<sup>361</sup>

Assim, o paradigma da subjetividade deve ser desenvolvido como *lugar de recomposição das resistências e do espaço público*<sup>362</sup>: o homem é livre-arbítrio<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> MACHADO PAUPÉRIO, A. *O direito político de resistência*, p. 17. Aponte-se ainda que, por ser anterior ao direito positivo, a resistência não pode ser considerada um direito subjetivo (Op. cit., p. 242).

<sup>361</sup> NEGRI. Op. cit., p. 45-46. Esses conceitos são desenvolvidos com base nos três volumes da História da Sexualidade de Foucault.

<sup>362</sup> Idem. De fato, não é outra a conclusão que pode decorrer da afirmação de Foucault quanto à necessidade de luta contra a *opressão* – o poder segundo o esquema jurídico-contratual – e a *repressão* – a “hipótese de Nietzsche” ou o poder como guerra contínua (FOUCAULT. *Em defesa da sociedade*, p. 24).

<sup>363</sup> Essa é uma proposição fundamental comum ao pensamento de Foucault e de autores tão díspares como Descartes, Fichte e Sartre (BILLOUET. Op. cit., p. 218).

A *microfísica*, nesse sentido, desnuda as relações de poder em sua capilaridade mais extrema, possibilitando o debate quanto à luta contra as formas de assujeitamento e subjetivação<sup>364</sup>.

Seus estudos genealógicos, tendo como ponto de partida a concepção nietzschiana de conhecimento como vontade de saber, revelam a norma "*na ordem das maldades, dos instintos em luta, dos interesses mesquinhos que estabelecem relações de verdade sempre provisórias, sempre sujeitas a reversões e retomadas estratégicas*"<sup>365</sup>.

Nessa trajetória, é equivocado considerar que se tenha realizado uma "*cisão no tradicional elo que unia insight e emancipação*", do que decorreria a imaturidade do indivíduo para se livrar das amarras das relações de poder, como se as tentativas de emancipação estivessem sempre fadadas à frustração<sup>366</sup>.

Na realidade, desconstruída a razão pelo pensamento pós-estruturalista, resta ao ser humano dois caminhos: o retrocesso a antigos mitos, à magia ou à

---

<sup>364</sup> É importante insistir que a ação do biopoder não se dá de forma absoluta, totalitária. Nos contatos interétnicos, pesquisas de campo realizadas em bases metodológicas mais avançadas têm procurado superar abordagens reducionistas (o contato pela ótica de apenas um dos lados, isoladamente considerado), demonstrando que a eficiência das estratégias de colonização depende, em grande parte, da maneira como os estímulos são internalizados pelas culturas locais e por seus próprios mitos, em uma dinâmica de "*reencantamento do cotidiano*". Nesse sentido, "*a constituição (apreendida e/ou experimentada) de um conhecimento sobre outras culturas é algo tão mais urgente para o nativo quanto mais situações que envolvem o indivíduo podem muito precariamente ser definidas, entendidas e previstas usando apenas os elementos da tradição. Mas capacitar-se a entender e a atuar dentro dessas situações não significa adotar tal qual o código do branco, ou realizar uma idêntica leitura da situação. O conhecimento que ele tem do outro cria para si próprio alternativas de ação inexistentes na tradição. A situação de contato interétnico amplia o leque das escolhas, fazendo surgir contextos onde as referências tradicionais podem ser reajustadas e reinterpretadas, ou inversamente trocadas por outras. Contudo, quaisquer que sejam essas novas referências, elas procedem do nativo e continuarão a ser diferentes das definições dadas pelos brancos às situações de contato interétnico. O conhecimento que ele (o nativo) tem do outro, respondendo a um processo adaptativo e a diferenças profundas de língua e cultura, não se confunde de modo algum com o conhecimento que o outro tem de si próprio. O contato entre grupos étnicos com culturas distintas pode levar a complexificar os esquemas mentais e os padrões de ação de cada um, abolindo as diferenças mais óbvias de contextos (presentes/ausentes) e de fins declarados, criando modalidades de adaptação mútua, interdependência e dominação, sem no entanto suprimir as diferenças nos modos próprios de pensar, sentir e agir, tornadas agora mais sutis e mais difíceis de captar*" (OLIVEIRA FILHO. Op. cit., p. 265).

<sup>365</sup> NEVES. Op. cit., p. 194.

<sup>366</sup> WOLIN. Op. cit., p. 188.

loucura<sup>367</sup>, a submissões e medos, ou, ao contrário, a busca de um novo fundamento para a ética<sup>368</sup>. Quanto aos direitos dos índios, a Constituição de 1988, pioneiramente na história constitucional brasileira, fornece o horizonte para tanto.

---

<sup>367</sup> Op. cit., p. 21.

<sup>368</sup> PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*, p. 58.

O novo fundamento para a ética, acrescentamos, deve, como exigência do Estado de Direito, partir da Constituição. No Brasil, a Constituição de 1988 representa um pacto fundamental rico em compromissos éticos, assumidos pelo poder constituinte em um momento de transição democrática e que, no caso dos índios, representa um tardio "acerto de contas" com um passado de abusos.

Nesse sentido, "*o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética*" (BARROSO; BARCELLOS. *O começo da história*, p. 336).

Daí também a opção, explicitada adiante, pela metódica de Friedrich Müller, cujo objetivo é justamente buscar a concretização de normas constitucionais com alto grau de abstração, ao mesmo tempo em que restaura, como lembra o tradutor Olivier Jouanjan, a pretensão da razão de "*fornecer as condições de validade de um saber seguro de si mesmo*", rejeitando, conseqüentemente, o voluntarismo por "justiça" que importe em desconectar o agir humano de qualquer controle racional (*Présentation du Traducteur*; In: MÜLLER. *Discours de la méthode juridique*, p. 18).

## 4. A Constituição e os índios

### 4.1. O paradigma da Constituição de 1988

#### 4.1.1. O conceito de programa normativo constitucional

O presente trabalho visa identificar os contornos do *programa normativo* do art. 231 da Constituição Federal, conforme proposta da chamada *metódica constitucional*.

Buscando a *concretização* dos direitos fundamentais, a metódica constitucional propõe ir além do pensar propriamente filosófico, para conferir maior rigor à interpretação e à aplicação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Para Canotilho o *programa normativo* e o *domínio (ou setor) normativo* são os principais componentes da norma. O programa normativo representa um resultado parcial decorrente da interpretação textual da norma; logo, o domínio normativo surge da análise dos elementos empíricos – os dados da realidade *recortados* pela norma<sup>369</sup>.

A investigação do programa normativo de uma norma constitucional visa *densificá-la*. Nas palavras de Canotilho:

Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto.<sup>370</sup>

---

<sup>369</sup> CANTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1179.

<sup>370</sup> Op. cit., p. 1165. Trata-se de decorrência da abstração característica das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, assim como de princípios e de programas (pautas) de ação. Na aplicação concreta do direito (o que foge ao objeto do presente trabalho), a interpretação jurídica, no sentido de *busca de uma solução adequada*, não se aperfeiçoa fora do caso. Enfatizar tal ponto seria até redundante, pois a *concretização* visa justamente à realização da norma, à sua *concretude na realidade*.

A proposta de Canotilho é legatária do pensamento de Friedrich Müller, cuja inovadora metódica constitucional<sup>371</sup> propõe parâmetros para o controle da interpretação de normas constitucionais, após as críticas pós-modernas à dogmática positivista terem desnudado as limitações e condicionamentos que incidem sobre o trabalho do intérprete.

Para Müller o pseudonaturalismo característico dos tradicionais *métodos de interpretação jurídica* não é imune à desconstrução por que passaram o a doutrina e a prática do positivismo; a hermenêutica filosófica pós-fenomenológica tampouco oferece solução, uma vez que a própria normatividade do direito nasce da busca por formulação mais rigorosa das exigências de vigência e obrigatoriedade da norma<sup>372</sup>.

A concretização se faz necessária na medida em que "*o texto da norma não "contém" a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro*"<sup>373</sup>.

A metódica jurídica busca a concretização da Constituição não apenas em sede judicial – como costuma ser o caso da hermenêutica jurídica –, mas

---

<sup>371</sup> O tradutor Peter Naumann propõe verter o original *Methodik* por *metódica*, e não *metodologia*. Isto por entender que metodologia guarda relação com o metaplano, ou seja, com o *discurso sobre o método*, não o plano do método (cf. Nota do Tradutor em: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*).

Para uma excelente introdução à metódica de Müller: BORNHOLDT, Rodrigo. *Métodos para resolução do conflito entre direito fundamentais*.

<sup>372</sup> MÜLLER. Op. cit., p. 1. E ainda: "*metódicas jurídicas não fornecem à ciência jurídica e às suas disciplinas setoriais um catálogo conclusivo de técnicas de trabalho que podem ser aplicadas genericamente e devem ser tratadas canonicamente, a ciência jurídica se interessa menos pela sua tradicional delimitação diante das ciências naturais e muito mais pela peculiaridade material das normas jurídicas e de sua normatividade específica*" (idem).

Olivier Jouanjan, tradutor da obra de Müller, observa que, a despeito do crescimento do interesse pela filosofia do direito constitucional, as questões de método têm sido relativamente pouco exploradas (cf. *Présentation du Traducteur*; In: MÜLLER. *Discours de la méthode juridique*, p. 6).

<sup>373</sup> MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 41. Além disso, "*conceitos jurídicos em textos de normas não possuem "significado", enunciados não possuem "sentido" segundo a concepção de um dado orientador acabado (eines abgeschlossenen Vorgegebenen). Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho concretizador ativo do "destinatário" e com isso à distribuição funcional dos papéis que, graças à ordem (Anordnung) jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito*" (idem).



também pelos os órgãos e demais manifestações dos entes políticos do poder constituído: o governo, a administração pública, a legislação<sup>374</sup>. Com isso, a metódica se mostra mais adequada à fundamentação da ação estatal nas esferas propriamente administrativas<sup>375</sup>.

No momento inicial de densificação da norma constitucional, cabe situá-la historicamente em relação às normas correlatas que a precederam, desnudando sua *ratio* e seu *telos*<sup>376</sup>. O estudo histórico desenvolvido no primeiro capítulo visou identificar os contornos do programa normativo do caput do art. 231 da Constituição de 1988, uma vez que a mutação legislativa ao longo da história é capaz de revelar os pontos de semelhança, similitude ou de identidade entre a atual Carta e os programas normativos dos textos precedentes<sup>377</sup>.

A abordagem dos efeitos práticos da tutela dos índios ao longo da história a partir das concepções de Foucault pretendeu demonstrar como a dinâmica histórica entre textos legais e efeitos práticos da ação estatal sobre os índios, largamente desfavorável a esses últimos, pode também fornecer

---

<sup>374</sup> Daí a metódica constitucional ser concebida como uma teoria da *produção* do direito, não da justificação, como bem aponta Jouanjan (*Présentation du traducteur*; In: MÜLLER. *Discours de la méthode juridique*, p. 14).

<sup>375</sup> Por elementar que pareça, não é demais destacar que o postulado de *submissão à ordem constitucional* deve abranger todas as atividades estatais, pois *"o Estado nascido de um ato institucional limitativo da sua atividade e tendo por finalidade a edição e realização do direito, tem necessariamente de conformar à ordem jurídica o desenvolvimento da sua ação"* (SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 114). Logo, se por um lado a função legislativa é cronologicamente *"a primeira manifestação de vitalidade do organismo político estatal"*, o fim primeiro da administração é, por sua vez, o de *realizar* o direito (Op. cit., p. 20).

<sup>376</sup> A interpretação histórica é comumente compreendida pela doutrina como relativa à gênese do texto e aos trabalhos e estudos preparatórios ocorridos no processo legislativo. Nesse sentido, porém, é mais correto se falar em *interpretação genética*; a *interpretação histórica* se ocupa, isto sim, da história do direito ou da história legislativa (MÜLLER. Op. cit., p. 265).

<sup>377</sup> Nesse sentido: *"l'interprétation historique (...) utilise pareillement la comparaison avec d'autres prescriptions, en ce que celle-là introduit dans la réflexion des textes de normes d'époques révolues, sortis de vigueur ainsi que les normes juridiques élaborées au moyen de ces textes et dont le programme normatif est identique, similaire ou à tout moins fonctionnellement comparable à celui de la norma en cause"* (idem).

elementos à compreensão do estágio atual da relação entre os índios brasileiros e o direito oficial e à concretização da vigente Constituição<sup>378</sup>.

Ao ressaltar a complexidade característica ao processo de interpretação da norma constitucional, Canotilho adverte que o programa normativo<sup>379</sup> não resulta apenas "*da mediação semântica dos enunciados lingüísticos do texto*"; mais além, o intérprete deverá levar em consideração quatro outros elementos fundamentais da interpretação: a *sistemática* do texto, sua *genética*, sua *história* e sua *teleologia*<sup>380</sup>.

O presente estudo busca identificar fundamentos para o início de concretização da norma do *caput* do art. 231 da Constituição de 1988, de inegável natureza de direito fundamental<sup>381</sup>, sem olvidar que todo processo

---

<sup>378</sup> Nesse sentido, é importante apontar que o *campo normativo* via de regra é formado por elementos *produzidos pelo direito* e também por outros *não produzidos pelo direito*, e raramente apenas por elementos da primeira espécie (Op. cit., p. 191).

Acrescentamos que em uma perspectiva foucaultiana a relação entre os elementos produzidos e não produzidos pelo direito remete à *normalização*, a qual pode se dar *pelo direito* (o direito como veículo para a normalização) ou *sob o direito* (o direito como justificação da normalização).

<sup>379</sup> Há uma pequena diferença na terminologia, pois o que Canotilho denomina *domínio* ou *setor* normativo (os dados da realidade recortados pela norma), é chamado por Müller de *campo* normativo. Isso não interfere na substância da teoria; o importante, como lembra Jouanjan, é que a coesão entre os elementos conceituais da norma (o programa normativo e, do outro lado, o domínio ou setor ou campo normativo), que opera em sua própria estrutura, distingue-se dos conceitos da teoria jurídica tradicional e a oposição entre ser e dever-ser, entre condição legal e consequência jurídica, ou entre norma e circunstâncias de fato. A coesão dos componentes da norma permite que a estrutura normativa concreta (o domínio ou campo normativo) não se contamine por "*tentativas sociologistas*", determinando-se a partir de uma "*seleção operada a partir do programa normativo*", que permita alcançar a "*normatividade factual*" (MÜLLER. Op. cit., p. 16).

<sup>380</sup> CANOTILHO. Op. cit., p. 1182.

Quanto aos métodos tradicionais da interpretação jurídica, Streck lembra que nenhum *exercício de interpretação* pode *deixar de ser*, por exemplo, gramatical, teológico ou sistemático (STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 307-308). Nesse sentido, Luís R. Barroso afirma que a *nova interpretação constitucional*, pós-positivista, não importa em abandono do método subjuntivo clássico (o silogismo representado pela subsunção do fato à norma) nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico (BARROSO; BARCELLOS. *O começo da história*, p. 331).

De fato, na metódica constitucional os chamados métodos clássicos de interpretação não são estanques; nesse sentido, a interpretação histórica se relaciona estreitamente com as interpretações genética, sistemática e teleológica, delimitadas todas elas pela interpretação gramatical (MÜLLER. Op. cit., p. 267).

<sup>381</sup> Na precisa síntese de Jouanjan, a metódica visa *estruturar o processo de produção das normas*, tarefa para qual se faz necessário "*identificar, avaliar, classificar e ordenar entre eles (pela regra de preferência) os elementos de concretização em vista das exigências normativas (princípios da segurança jurídica, da clareza e honestidade de métodos) impostas, principalmente, pelo princípio do Estado de Direito*" (*Présentation du Traducteur*; In: MÜLLER. *Discours de la méthode juridique*, p. 17: "*c'est-à-*

criativo capaz de interferir na liberdade dos indivíduos – a exemplo da metódica constitucional – é um processo político, como costumam ser os temas limítrofes do direito constitucional<sup>382</sup>.

#### 4.1.2. A Constituição de 1988 e o paradigma da interação

A Constituição de 1988 foi a primeira lei fundamental brasileira a conter uma norma específica para os direitos dos índios<sup>383</sup>.

---

*dire d'identifier, évaluer, classer e ordonner entre eux (par des règles de préférence) les éléments de concrétisation em fonction des exigences normatives (princípios de sécurité juridique, de clarté des méthodes, d'honnêteté des méthodes) imposées, notamment, par le principe de l'Etat de droit").*

A respeito da teoria estruturante do direito, veja-se: MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 56-58.

<sup>382</sup> O que é ainda mais verdadeiro em se tratando do exercício do poder tutelar sobre os povos indígenas: "a natureza, portanto, da noção de tutela é eminentemente política, seja do indivíduo, seja da comunidade, e isto nunca deixará de ser verdade, abordada a noção, seja como proteção, seja como dominação, inclusive. Reconhecidos o indivíduo e a comunidade indígenas como menores em termos sociológicos, a finalidade da tutela é exatamente, via assistência, tentar equilibrar a balança de duas relações com a sociedade brasileira. A temporalidade, assim, da tutela é a própria temporalidade da nossa própria sociedade, entendida enquanto coisa social contínua no tempo. Sem dúvida alguma que isto, que poderá parecer uma condenação a alguns, é a única via que poderá realizar o projeto nacional brasileiro que inclua o índio" (BASTOS, Rafael. *Sobre a noção de tutela dos povos e indivíduos indígenas pela União*, p. 56).

Trata-se de raciocínio preciso e que evita a armadilha de, em considerando o termo *tutela* no sentido civilista, não se conseguir harmonizá-la com o interesse público que deve pautar as ações do Estado na esfera pública, em caso de choque entre esse e os interesses ou direitos específicos das comunidades indígenas (como no caso de: SOUZA FILHO. *O renascer dos povos indígenas para o direito*, p. 103-105).

<sup>383</sup> O cerne do regime constitucional dos direitos dos índios está no art. 231; porém, a Constituição de 1988 traz normas esparsas de interesse, a saber: art. 20, XI (inclui as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios entre os bens da União); art. 49, XVI (estabelece como competência exclusiva do Congresso Nacional "autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais"); art. 109, XI (fixa a competência da Justiça Federal para julgamento da "disputa sobre direitos indígenas"); art. 129, V (estabelece como função do Ministério Público "defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas"), art. 176, § 1º (determina que a lei ordinária que vier a regulamentar a exploração de jazidas minerais e do potencial hidrelétrico contemple um regime específico para as terras indígenas); art. 210, § 2º (garante às comunidades indígenas a utilização, no ensino fundamental, "de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem"); art. 215, § 1º (protege as manifestações culturais indígenas, populares e afro-brasileiras); e art. 232 (estabelece que "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").

Quanto à situação do movimento pró-índio à época da Assembléia Constituinte, veja-se: OLIVEIRA FILHO. *Contexto e horizonte ideológico*, p. 26-28. Para um minucioso relato da participação de indígenas e da atuação do lobby pró-índio na Constituinte na Subcomissão encarregada do tema e junto aos parlamentares que dela participaram, veja-se: EVANGELISTA, Carlos. *Direitos indígenas*, p. 48-70.

De forma sintética, pode-se dizer que a questão indígena na Assembléia Constituinte polarizou duas correntes; de um lado o discurso de que "há muita terra para pouco índio" e do outro o lobby pró-índio, que logrou grandes êxitos na redação final do capítulo *Dos índios*, o último da Constituição (cf. LIMA; BARROSO-HOFFMANN. *Questões para uma política indigenista*, p. 14).

O *caput* do art. 231 da Constituição – “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” – é genuína norma de direito fundamental, apartada do rol dos direitos e garantias fundamentais<sup>384</sup>. Na classificação ora adotada, tem-se um direito fundamental de quinta geração<sup>385</sup>.

Como tal, o *caput* do art. 231 da Constituição se inclui entre os direitos mercedores de proteção máxima pelo ordenamento jurídico, integrantes do núcleo inalterável da Constituição, as chamadas *cláusulas pétreas*<sup>386</sup>.

---

Para uma visão mais geral dos trabalhos da Assembléia Constituinte: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 73-74; BARROSO, Luís R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 41-45.

<sup>384</sup> Incontestavelmente, não é exaustivo o elenco de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição. Os direitos fundamentais dispersos no texto constitucional têm um fundamento comum, já que todos derivam do princípio da *dignidade da pessoa humana* – ponto de partida do *sistema aberto e flexível de direitos fundamentais* (SARLET. Op. cit., p. 81-86. O autor se funda em Hesse e Vieira de Andrade).

É evidente, nesse sentido, a relação entre o *caput* do art. 231 da Constituição – a proteção da diversidade étnica e cultural, o respeito à herança cultural autóctone e o reconhecimento dos direitos originários dos índios às terras tradicionalmente ocupadas – e o princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>385</sup> Diversas são as classificações quanto às *gerações* de direitos fundamentais, variando de acordo com as opções metodológicas dos autores. Uma das mais consagradas pela literatura brasileira, por exemplo, situa os direitos difusos e coletivos como de terceira geração (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, p. 131). Canotilho aponta que, a depender da concepção, os direitos das minorias podem se situar na terceira ou na quarta geração (CANOTILHO. Op. cit., p. 380).

Aguda síntese é feita por Marcelo Neves, que parte do *núcleo da cidadania* representado pelo princípio da igualdade para destacar o pensamento de T.H. Marshall, para quem a primeira geração dos direitos fundamentais foi a dos direitos *individuais* ou *da liberdade* (séc. XVIII), a segunda, a dos direitos *políticos* ou *de participação* (séc. XIX), e a terceira a dos direitos *sociais* ou *à satisfação das necessidades* (primeira metade do séc XX). A essas se somam, agora com Capelletti, a quarta geração representada pelos direitos *difusos e coletivos*, para, por fim, chegar-se à quinta fase, a dos direitos à *discriminação inversa* (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 175-177).

Por outro lado, entendemos não se tratar de preciosismo semântico a observação de que o termo *geração* transmite a equivocada idéia de substituição ou superação das fases anteriores. Ao contrário, os direitos se acumulam e expandem. Por isso, mais adequado dizer *dimensões* dos direitos fundamentais (SARLET. Op. cit., p. 53; CANOTILHO. Op. cit., p. 380).

Por fim, interessante apontar a preocupação de alguns autores quanto ao risco de que o excessivo alargamento do conceito de cidadania leve à “*diluição de seu significado histórico e funcional*” (NEVES. Op. cit., p. 177, nota de rodapé 129; a observação é feita com base na doutrina italiana de Bobbio e Danilo Zolo).

<sup>386</sup> O que Canotilho denomina *núcleo duro irrevisível* da Constituição. O mesmo autor, no que toca às diversas propostas para identificação dos genericamente denominados direitos humanos, aponta como traço caracterizador, *prima facie*, dos “direitos, liberdades e garantias” a *função de defesa*. Excluem-se da classificação, assim, “os direitos fundamentais que consistam, e na medida em que consistam exclusivamente, em prestações do Estado, por serem fundamentalmente constituídos a nível político-

A função de defesa, característica dos direitos e garantias fundamentais, é explícita na norma em questão<sup>387</sup>, o que evidentemente não exclui a necessidade de políticas estatais ativas de promoção do bem-estar das comunidades indígenas. Sem prejuízo dessa atuação do Estado, a ampla proteção constitucional (das tradições, crenças, línguas, costumes, organização social e terras) visa propiciar aos povos indígenas condições ideais para seu próprio desenvolvimento.

A pesquisa histórica da legislação brasileira desde seus primórdios, realizada na primeira seção do trabalho, evidenciou que os direitos originários dos índios às suas terras e à proteção legal de sua identidade cultural sempre foram declarados e reconhecidos pelo direito positivo – ainda que de forma mitigada na teoria política jesuíta e revestida de uma nova espécie de humanismo no integracionismo positivista – e também sistematicamente violados.

---

*legislativo*". Não se deve incorrer, porém, no equívoco de entender que isso importe em "uma conexão necessária entre uma pretensão jurídica autônoma e a justiciabilidade dessa pretensão" (CANOTILHO. Op. cit., p. 395).

<sup>387</sup> Direitos fundamentais são, em grande parte, *contra o Estado*. Para Dworkin os direitos contra o Estado são aqueles anteriores à legislação (*legislature*), constituindo *trunfos políticos*: "os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. XV).

Em outro momento, baseado no *Bill of Rights* (em entendimento perfeitamente extensível a qualquer declaração de direitos fundamentais), o autor afirma que a Constituição se destina "a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum" (Op. cit., p. 209). Sem dúvida, trata-se de critério pertinente para a identificação do que denominaremos *direitos subjetivos públicos*, no sentido geral de *direitos fundados diretamente na Constituição e de titularidade dos cidadãos* (individual ou coletivamente). Essa concepção, diga-se, é mais clara que a anterior, demonstrando que os direitos subjetivos públicos são oponíveis não apenas contra o Estado, *mas também contra decisões fundadas no assentimento da maioria dos cidadãos*, se contrárias à Constituição. Nesse sentido, trata-se de uma *limitação constitucional ao poder da vontade popular de inovar o direito*, a vinculação, de que falava Jefferson, das gerações vindouras pela geração que estabelece a Constituição.

Nesse sentido, "assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que isto não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta" (CANOTILHO. Op. cit., p. 1031).

Entre a declaração formal dos direitos e sua efetiva proteção sempre existiu um imenso lapso, o que naturalmente serviu a certos fins, entre os quais a consolidação do poder estatal e das bases econômicas do país. Após quase cinco séculos de uma história persistentemente genocida, a sociedade avançou a ponto de firmar um pacto jurídico-político de avançadas intenções democratizantes, contendo norma específica de reconhecimento e proteção dos direitos dos índios.

A inovação, pois, mais do que de conteúdo de direitos, é antes de paradigma. Toda a legislação brasileira precedente foi pautada pelo fim de *integração* dos índios. Esse é o ponto comum do pensamento jesuíta e ao positivismo de Rondon. Sempre foram reconhecidos os direitos dos índios às suas peculiaridades sócio-culturais, mas paradoxalmente se buscava a integração dos mesmos ao país e à *comunhão nacional*.

Tomada a Constituição de 1988 em seu conjunto, a ruptura de paradigma realizada pode ser sintetizada em dois pontos principais: o reconhecimento, em contraposição a *direitos individuais*, de *direitos coletivos* e *difusos* (ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio cultural etc) e o abandono do *princípio da integração*, que regia a relação entre Estado e índios desde os primeiros contatos<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> SOUZA FILHO. *As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios*, p. 49-50.

Em outro trabalho o autor faz uma síntese mais pormenorizada: "(A Constituição de 1988) avançou significativamente em relação a todo o sistema anterior porque (1) ampliou os direitos dos índios reconhecendo sua organização social, seus usos, costumes, religiões, línguas e crenças; (2) considerou o direito à terra como originário, isto é, anterior à lei ou ato que assim o declare; (3) conceituou terra indígena incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias à sua reprodução física e cultural; (4) pela primeira vez, em nível constitucional, admitiu-se no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja concedendo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais e o de postular em juízo; (5) tratou com mais detalhes, estabelecendo assim maiores garantias, da exploração dos recursos naturais, especialmente os minerais, para o que exige prévia anuência do Congresso Nacional; (6) proibiu a remoção de grupos indígenas, dando ao Congresso Nacional a possibilidade de estudo das eventuais e estabelecidas exceções; (7) mas acima de

O *paradigma da interação* consagra a diversidade cultural como um interesse de natureza difusa, reflexo da própria riqueza cultural da humanidade, patrimônio construído ao longo da trajetória humana sobre a Terra<sup>389</sup>. A outra face desse direito difuso é o direito, de natureza coletiva, que cada povo indígena possui de defender a integridade de suas culturas<sup>390</sup>, protegendo-as contra as pressões vindas de fora<sup>391</sup>.

O paradigma da interação consagra o *direito à sociodiversidade*, abrangendo e protegendo os direitos territoriais e culturais e à organização social própria<sup>392</sup>.

---

*tudo chamou os índios de índios e lhes deu o direito de continuarem a sê-lo" (SOUZA FILHO. O renascer dos povos indígenas para o direito, p. 90-91).*

<sup>389</sup> A Constituição de 1988, desse modo, filiou o direito brasileiro à tendência pela *inclusão* dos povos indígenas nos processos políticos nacionais, respeitadas suas peculiaridades culturais, o que já havia sido consagrado por diversos outros textos constitucionais latino-americanos, a partir do pioneirismo representado pela Constituição venezuelana de 1811 (cf. CLAVERO, Bartolomé. *Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América*, p. 658).

<sup>390</sup> Nesse mesmo sentido: *"é preciso distinguir para os povos indígenas dois direitos diferentes, um pertencente a toda humanidade e outro pertencente a cada povo. O primeiro pode ser chamado de direito à sociodiversidade, que é o direito de todos à existência e manutenção dos diversos povos, obrigando cada um deles ao respeito pelo outro. Esse é o verdadeiro direito à alteridade, e tem estreita relação com o direito à biodiversidade: é o direito à existência de todos os povos e de todas as espécies naturais, sem considerar os indivíduos. O segundo não pertence a todos, mas apenas àquele povo determinado. Esses direitos das minorias étnicas e dos povos se comparam aos direitos nacionais quanto à titularidade, ou seja, são titulares somente os membros daquele povo. É claro que também são direitos coletivos, porque não são mera soma de direitos subjetivos individuais e pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial, sendo cada um obrigado a promover sua defesa, que beneficia a todos. Não são passíveis de alienação, são indivisíveis entre os titulares – uma divisão do objeto fará com que os titulares do todo continuem titulares das partes –, imprescritíveis, inembargáveis, impenhoráveis e intransferíveis"* (SOUZA FILHO. *As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios*, p. 52).

Historicamente, a inflexão no pensamento antropológico, no sentido de valorização do etnodesenvolvimento e da sociodiversidade, veio com o Simpósio *Fricção Interétnica na América do Sul*, realizado em Barbados em 1971, que deu origem à Declaração de Barbados e serviu de inspiração para o surgimento de diversos movimentos em prol dos indígenas brasileiros (cf. SANTOS, Sílvio. *Os povos indígenas e a Constituinte*, p. 33-35).

<sup>391</sup> Interessante observar que, ao passo em que o reconhecimento do direito à diversidade cultural expressa uma conquista ética do mundo contemporâneo, é também típico da atualidade globalizada o marcante incremento das pressões econômicas e culturais *verticais* sobre as culturas de *dinâmica horizontal*: *"as horizontalidades, pois, além das racionalidades típicas das verticalidades que as atravessam, admitem a presença de outras racionalidades (chamadas de irracionalidades pelos que desejariam ver como única a racionalidade hegemônica). Na verdade, são contra-racionalidades, isto é, formas de convivência e de regulação criadas a partir do próprio território e que se mantêm nesse território a despeito da vontade de unificação e homogeneização, características da racionalidade hegemônica típica das verticalidades."* (SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*, p. 110).

<sup>392</sup> SOUZA FILHO. Op. cit., p. 52.

Quanto à questão territorial, a expressão "*direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*" expressa, à luz do paradigma da interação, a superação do objetivo integracionista, pelo qual o conceito de terra indígena era provisório, válido enquanto os indígenas respectivos não se integrassem, após o que sua terra se tornava *disponível* como as demais<sup>393</sup>.

Em outras palavras, a Constituição reconhece o território no sentido de "*espaços simbólicos de identidade*" das coletividades indígenas<sup>394</sup>.

No aspecto cultural, a norma constitucional garante:

O direito de cada povo manter sua cultura, seu saber, sua religião, sua medicina e seu Direito, mas também beneficiar-se dos avanços, descobertas e saberes que possam de alguma forma melhorar sua vida, segundo sua vontade e cosmovisão, subentendendo que somente a ele cabe dizer se deseja ou não esse benefício, que sempre tem um custo social, muitas vezes fatal para a sua cultura. Esses direitos, assim, dizem respeito à relação entre os povos indígenas e o Estado e interferem nas políticas públicas de educação, na biodiversidade e nos conhecimentos indígenas associados a ela e em seu patrimônio cultural e artístico.<sup>395</sup>

---

<sup>393</sup> Op. cit., p. 54. É importante que se diga que a expressão *direitos originários* veio a consagrar, em definitivo, a teoria do indigenato, desenvolvida por João Mendes Junior décadas antes. Nesse sentido, equivale à expressão "direitos congênitos" (BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*, p. 55).

<sup>394</sup> PEREIRA, Deborah. *O Estado pluriétnico*, p. 46.

Cabe menção à idéia, difundida no meio militar, de que a demarcação de terras indígenas pode constituir ameaça à segurança nacional, encobrindo alguma espécie de plano imperialista de conquista das riquezas da selva equatorial a partir da reivindicação de secessão por parte das nações autóctones. Há um sítio na internet sobre o assunto: <[www.brasil.iwarp.com](http://www.brasil.iwarp.com)>, no qual se encontra um pertinente protesto: "*cabe ainda lembrar que o Exército, na sua atuação em territórios ocupados por populações indígenas, durante toda a nossa História, jamais representou qualquer ameaça à sua preservação. Enquanto isso, o passado das nações desenvolvidas lhes retira autoridade para nos dar lições de manutenção de florestas ou de respeito aos povos nativos que foram alvo de sua colonização*".

O que pode parecer paranóia ganha eco em respeitadas doutrinas: "*não é sem razão que a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo sob sub-república pressão internacional, em verdade não responde aos interesses de nosso índio, mas aos desígnios predatórios da cobiça imperialista, empenhada já na ocupação dissimulada do espaço amazônico e na preparação da promulgação da independência das tribos indígenas como Nações encravadas em nosso próprio território, do qual se desmembrariam*." (BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*, p. 183).

O temor do emérito constitucionalista cearense, como se vê, reside na possível vinculação dos *direitos originários* às terras tradicionalmente ocupadas à *autodeterminação*, chegando à possibilidade de secessão das *nações indígenas*.

<sup>395</sup> SOUZA FILHO. Op. cit., p. 56. Sobre o assunto, veja-se, do mesmo autor: *O renascer dos povos indígenas para o direito*, p. 157-160; e ainda: LEITÃO, Ana Valéria. *Direitos culturais dos povos indígenas*, p. 227-234.



Já o direito à organização social própria inclui a preservação das formas de poder interno, como também o direito de representação e de solução de conflitos<sup>396</sup>.

O modelo da Constituição de 1988 pode ser considerado o de *Estado pluriétnico*, no qual se busca ir além do simples respeito às peculiaridades culturais dos povos indígenas, cabendo ao Estado proteger "*as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional*" (art. 215, § 1º).

Ora, se os indígenas eram os únicos donos das riquezas do Brasil, não há conquista sem expropriação. Não se deu de forma diversa a marcha da *civilização*. A conquista, como manifestação do poder constituinte, é capaz de legitimar o ordenamento jurídico; há o limite, porém, imposto pelo princípio da dignidade humana, mesmo porque não há leis que não se fundamentem em princípios nobres e não busquem realizar objetivos dignos. Se meramente retórica a fundamentação, cabe aos aplicadores do direito buscar sua efetivação.

Rompendo expressamente com o paradigma evolucionista que pautara a legislação indigenista desde sempre, a Constituição de 1988 instituiu um novo patamar para a relação com o *outro*. A norma do *caput* do art. 231 da Carta, nesse sentido, não pretendeu superar a tensão histórica entre o *eu* e o *outro*. Pelo contrário, seu paradigma se funda na constatação da inevitabilidade dessa tensão, estabelecendo parâmetros fundamentais para a relação entre os povos indígenas, a sociedade dominante e o próprio Estado.

---

<sup>396</sup> Op. cit., p. 58. Relativamente às polêmicas históricas quanto ao reconhecimento do direito dos índios das Américas à própria organização social e jurídica, remontando aos escritos de Bartolomé de las Casas, veja-se: SOUZA FILHO, Carlos Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*, p. 71-76.

## 4.2. Os princípios constitucionais da tutela-proteção e da autonomia dos povos indígenas

### 4.2.1. O caráter principal do *caput* do art. 231 da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 nasceu de uma importante transição histórica e representa o fruto jurídico do processo político de restabelecimento da democracia no Brasil. E, como tal, reflete as próprias contradições inerentes a esse processo. Não poderia ser diferente em se tratando do poder constituinte genuíno – ou seja, produto da ruptura com o sistema político precedente – e democrático – o que pressupõe a participação efetiva e mais ampla possível, na elaboração da Constituição, da maior parte das forças políticas e dos segmentos sociais que a ela irão se submeter.

Somente assim se pode falar verdadeiramente em pacto político, uma das dimensões clássicas do *fenômeno* Constituição; afinal, no atual estágio de desenvolvimento do mundo ocidental, causa repúdio que o direito seja produzido de forma não democrática, hipótese inadmissível em um *Estado Democrático de Direito* como o consagrado pela Constituição de 1988<sup>397</sup>.

Logo, não se trata de buscar um fundamento *material* (axiológico) para o direito<sup>398</sup>, mas sim uma fundamentação de natureza político-processual, na

---

<sup>397</sup> Em outras palavras, “o Estado é legítimo enquanto exercer o seu poder com base em uma Constituição que contém um determinado estoque nuclear (*Kernbestand*) de “princípios” da família constitucional” (MÜLLER. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*, p. 104).

Nesse sentido, “a nação é uma narrativa histórica, uma tradição fabricada, a imagem de um território, os símbolos de uma unidade imaginada. Ela também é um Estado, um contrato político, as instituições públicas, uma identidade material que confere substância aos direitos da cidadania” (MAGNOLI, Demétrio. *A segunda Waterloo*, p. 90).

<sup>398</sup> Interessante observar que no século XIX surgiram correntes radicais de crítica ao direito, que apontavam sua impotência diante do poder real; nessa linha, os ordenamentos jurídicos seriam meras fachadas para a dominação e o próprio direito um instrumento de violência. Embora aparentemente anti-metafísica, a crítica, dessa forma, permanece presa a uma concepção transcendental, na medida em que

medida em que mesmo a base axiológica do direito deve ser definida a partir do consenso, vale dizer, os valores fundamentais de um determinado sistema jurídico são aqueles erigidos como tais pelo corpo social através de um processo democrático<sup>399</sup>. O direito, assim, deve surgir "*da livre interação dos segmentos sociais por meio da ação de seus atores*"<sup>400</sup>.

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

---

pressupõe que o poder deve ser limitado por um direito "fundamental" (cf. FOUCAULT, Michel. *A vontade de saber*, p. 85). Por outro lado, é inegável a historicidade dos direitos fundamentais e, logo, seu caráter *relativo*, o que de modo algum importa em um "relativismo" amoral (Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 19).

<sup>399</sup> Para ser bem sucedido o Estado constitucional deve ser uma estrutura de poder *funcionalmente democrática*. Daí se afirmar que "*não basta a legitimação através da fixação democrática de valores básicos, é necessário igualmente que o "povo inteiro" beneficie da implementação desses valores básicos*" (CANOTILHO. Op. cit., p. 82).

Este cerne processual é que torna a Constituição o espaço garantidor das relações democráticas entre direito e sociedade de que fala Streck, aquela zona relativamente segura de mediação entre legalidade e legitimação e, mais profundamente, entre legitimidade e justiça (STRECK. Op. cit., p. 244).

Nesse particular, comungamos da *tese dos direitos* de que fala Dworkin (uma das vertentes, analisadas pelo autor, da teoria da decisão judicial no direito norte-americano), segundo a qual a *história institucional* de uma determinada sociedade é capaz de revelar os *direitos políticos* que os cidadãos possuem, na medida em que tais direitos "*são criação tanto da história, quanto da moralidade*" (DWORKIN. Op. cit., p. 136).

Por fim, apontamos a importância para o pensamento de Dworkin da capacidade que o direito possui de "absorver" conteúdos "migrados" do campo moral. Esse ponto é analisado longamente por Habermas em seu tratado jurídico. O pensador alemão parte da constatação de que os três principais grupos de teorias acerca da "racionalidade da jurisprudência" – a hermenêutica filosófica, o realismo de tradição norte-americana e o positivismo jurídico – possuem vários defeitos, para em seguida apontar que a solução mais satisfatória é dada pelo *construcionismo* de Dworkin, capaz de satisfazer às exigências jusfilosóficas de aceitabilidade racional e de consistência nas decisões (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*, tomo 1, p. 241-295).

<sup>400</sup> PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*, p. 107. Não se trata, é certo, de incorrer no equívoco de negar *validade* ao direito produzido por sistemas políticos não democráticos. Em uma ditadura, o direito não perde sua natureza porque autocraticamente produzido. Continuará sendo direito, com a ressalva de que, aponta o autor, excluída a participação político-popular do processo de produção da norma, resta acentuada sua face de pura dominação.

Diferentemente das regras, os princípios são *otimizáveis*, passíveis de diferentes graus de concretização; daí a possibilidade de coexistência no interior da Constituição de princípios entre si conflitantes<sup>401</sup>, que co-existem sem gerar antinomia e devem ser sopesados (ponderados) face à situação concreta.

Os princípios, portanto, não são, como as regras, aplicados disjuntivamente (atribuição de validade ou invalidade, face ao fato concreto); sua dimensão é de *peso* ou *importância*, variável de acordo com a situação em exame<sup>402</sup>.

Tomando por base a classificação proposta por Canotilho<sup>403</sup>, os princípios implícitos no texto constitucional e de interesse para a presente investigação – da tutela-proteção e da autonomia – possuem natureza de *princípios-garantia*, pois visam garantir a integridade física e cultural dos povos indígenas brasileiros.

---

<sup>401</sup> CANOTILHO. Op. cit., p. 1124-1126.

Paulo Bonavides, a partir de Boulanger, Bobbio, Dworkin e Alexy e, em seguida, Larenz, Esser, Müller e Crisafulli, situa as teorias principiológico-constitucionais no chamado pós-positivismo, que rendeu frutos já consolidados: *"a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios"* (BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 294).

<sup>402</sup> Na realidade, *"as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido"* (BARROSO; BARCELOS. Op. cit., p. 332). Os autores, em seguida, aprofundam a distinção entre princípios e regras nos planos do *conteúdo*, da *estrutura normativa* e das *particularidades de aplicação* (Op. cit., p. 340-344).

<sup>403</sup> O autor português identifica quatro espécies: princípios jurídicos fundamentais (*Rechtsgrundsätze*), princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia (CANOTILHO. Op. cit., p. 1128-1131).

De fato, não é outra a função primordial da principiologia constitucional que proteger os direitos já conquistados, combatendo alterações pretendidas “por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade”<sup>404</sup>.

Da norma do *caput* do art. 231 da Constituição de 1988 decorrem dois princípios implícitos<sup>405</sup> fundamentais à concretização dos direitos dos índios: o princípio da *tutela-proteção* e o da *autonomia dos povos indígenas*.

Semanticamente os termos tutela e autonomia parecem exprimir idéias opostas. De fato, quanto mais autônomo, menos tutelado, e vice-versa. A incompatibilidade é apenas aparente, pois nenhum dos princípios pode ser excluído: ambos devem se equilibrar, calibrando um a aplicação do outro.

#### **4.2.2. O princípio da tutela-proteção**

A Constituição de 1988 não faz menção expressa a um órgão indigenista específico ou tampouco à tutela dos índios, na forma regulada pelo Estatuto do Índio – o que leva, inclusive, alguns autores a defender que a norma constitucional teria pretendido simplesmente extinguir o instituto<sup>406</sup>. Tal conclusão, se não chega a ser absurda, é sem dúvida radical, principalmente considerando que a Constituição impõe à União o dever de “*proteger e fazer respeitar*” os bens dos índios e os frutos das terras tradicionalmente ocupadas.

---

<sup>404</sup> STRECK. Op. cit., p. 254.

<sup>405</sup> Quanto à fundamentação histórico-dogmática dos princípios fundamentais *implícitos na Constituição*, remetemos a: BARROSO; BARCELOS. Op. cit., p. 336.

<sup>406</sup> BARBOSA. *Autodeterminação*, p. 209.

A idéia de *tutela-proteção* se contrapõe à concepção, de origem civilista, de *tutela-incapacidade*<sup>407</sup>, consagrada pelo Código Civil de 1916 e cujo significado se revela no pensamento de que os índios "*podem ser equiparados quase a crianças*" de "*educação muito lenta e difícil*"<sup>408</sup>.

Faz-se importante um esclarecimento. O termo *tutela* pode se referir tanto ao indivíduo quanto à coletividade indígena. No primeiro caso, seu sentido é aquele do direito civil, pelo qual o tutor pratica atos e toma decisões em nome e no interesse do incapaz. No segundo, *tutela* designa a atividade estatal de administração propriamente dita dos direitos e interesses de comunidades indígenas específicas – pressupondo, por princípio, que a mesma se exerce sempre em prol dessas coletividades e na forma da lei.

Não interessa ao presente estudo a tutela do *indivíduo* indígena, uma vez que as respectivas normas do Código Civil de 1916, que já poderiam ser consideradas de recepção discutível pela Constituição de 1988, foram revogadas pelo Código de 2002. Porém, é importante destacar que mesmo no passado ela não se justificava como regra geral, mas somente se provada no caso concreto a incapacidade do tutelado, ainda que relativa<sup>409</sup>.

---

<sup>407</sup> A nomenclatura e a distinção são propostas de Helder Girão Barreto, juiz federal em Roraima, em obra resultante de dissertação de mestrado (BARRETO, Helder. *Direitos indígenas*, p. 38).

<sup>408</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, p. 181.

<sup>409</sup> Anteriormente à vigência do novo Código Civil a questão da tutela do indivíduo indígena motivou grandes polêmicas, uma vez que o Código de 1916 considerava os *silvícolas*, em sua totalidade, relativamente incapazes.

O caso paradigmático quanto à extensão da aplicabilidade da norma civilista ocorreu em 1980 no julgamento dos Habeas Corpus n. 4876 e n. 4880, impetrados perante o Tribunal Federal de Recursos em favor do cacique xavante Mário Juruna e relatados pelo ministro Adhemar Raymundo. Juruna havia sido convidado a participar, como jurado, do IV Tribunal Bertrand Russell, em Roterdã (Holanda), mas não logrou obter da Funai autorização para a viagem, além de ter o pedido de passaporte negado pela Polícia Federal.

Os motivos alegados pela Funai para o indeferimento do pedido são dignos de menção: "*que os processos em discussão do tribunal referiam-se a grupos distintos do grupo de Juruna; que não fazia parte da cultura tradicional indígena pronunciar-se ou representar outros índios; e o não reconhecimento do Brasil de jurisdição e competência para julgar o que se propunha (genocídio e etnocídio indígena nas três Américas)*" (cf. EVANGELISTA. Op. cit., p. 46).

Sem essa distinção conceitual não é possível trabalhar de modo ordenado e juridicamente criterioso. Constatase, porém, que a legislação freqüentemente emprega o vocábulo *tutela* de modo indistinto<sup>410</sup>, como se inexistisse diferença relevante entre o instituto aplicado ao indivíduo e aquele que tem como destinatária a coletividade – o que é evidentemente absurdo. A rigor pode-se mesmo falar em duas categorias jurídicas derivadas dos mesmos princípios e com a mesma denominação, apesar de claramente distintas.

Destarte, a deficiente técnica legislativa acabou por desorientar a própria doutrina que trata do assunto; embora não tenha escapado a alguns autores a arbitrariedade do "salto" promovido pela lei entre as duas categorias de destinatários<sup>411</sup>, não se percebe, por outro lado, maiores esforços em promover esta importante distinção<sup>412</sup>.

A confusão turva o próprio debate:

---

O extinto TFR deferiu os pedidos, declarando que *"a condição de tutelado do índio não lhe expropria a, primordial, de pessoa e, hierarquicamente logo abaixo desta, a de brasileiro nato; a incapacidade relativa do índio deve ser vista, antes, com capacidade relativa a tornar-se plena a assistência do tutor – a Funai, por delegação da União; entenda-se, pois, tal assistência no sentido propiciativo e não limitativo, enquanto, pois, proteção, não dominação; finalmente, o fato de um indivíduo indígena saber operar os códigos da Sociedade Brasileira não lhe elimina a "indianidade" – para usar esse neologismo tão a gosto do Indigenismo Oficial – e, assim, a condição de membro de uma minoria (sociológica) sob proteção do Estado Brasileiro"* (cf. BASTOS, Rafael. *Sobre a noção de tutela dos povos e indivíduos indígenas pela União*, p. 54).

Quanto à fundamentação da incapacidade dos *silvícolas* no Código de 1916, veja-se: AGOSTINHO, Pedro. *Incapacidade civil relativa e tutela do índio*, p. 71-77.

O art. 4º do novo Código Civil remete a questão da capacidade dos índios à legislação especial. Trata-se de decisão acertada; o problema persiste em grande parte, porém, já que a legislação aplicável permanece sendo o Estatuto do Índio, com todas suas imperfeições e anacronismos.

<sup>410</sup> A começar pelo art. 7º do Estatuto do Índio: *"os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei"*.

<sup>411</sup> BASTOS. Op. cit., p. 53; SOUZA FILHO. *O renascer dos povos indígenas para o direito*, p. 99-103. O segundo autor aponta que o Estatuto do Índio, em alguns momentos, parece retornar a conceitos da época do Império e da tutela orfanológica, o que significa um verdadeiro retrocesso em relação ao Decreto 5.484/28, o qual, por sua vez, mesmo se fundando no evolucionismo e no paradigma da integração, instituiu uma modalidade de tutela com genuína natureza de direito público.

<sup>412</sup> Com a notável exceção de Carlos Marés: *"tutela é um termo tecnicamente problemático. Não há divergências conceituais a respeito da Tutela como instituto do Direito de Família, desde Roma até o direito pós-moderno, como uma proteção substitutiva do pátrio poder, como meio jurídico de proteger uma incapacidade individual. Outra coisa é dizer genericamente que o Direito, o Estado, ou a Lei tutela determinado bem, direito ou situação; nesta acepção conceitual, a tutela é imprecisa, vaga e indica apenas que o Direito se preocupa com determinada coisa, não indica uma instituição, mas uma ação, um processo, um iter de proteção"* (SOUZA FILHO. *Tutela aos índios*, p. 307).

(...) A discussão sobre tutela indígena tem sido nos últimos tempos muito acalorada e objeto de partidários e de severas críticas; os primeiros sempre entenderam que a tutela indígena no Brasil não poderia ser encarada como uma verdadeira inferioridade de capacidade, mas sim, tão apenas, como utilização de um instituto jurídico capaz de permitir uma proteção aos indígenas contra lesões de seus direitos. A tutela, nessa perspectiva, não deveria ser encarada em razão de qualquer tipo de inferioridade ou incapacidade mental atribuível aos índios; ela seria instrumento jurídico tão apenas para proteger os indígenas de oportunistas e desonestos. Caso não houvesse a proteção tutelar, os aproveitadores se valeriam da diferença cultural, ou dizendo de outra maneira, da ignorância dos indígenas, relativamente à língua portuguesa falada e escrita, dos códigos legais e sociais, do sistema de valores, enfim, de todo o conjunto de elementos que compõe a sociedade ocidental ou brasileira e com isso, facilmente os ludibriariam, e enganariam. Por sua vez, os críticos da tutela afirmam que ela é sim e sem dúvida um instrumento de inferiorização do índio e uma vez que existe tutela é óbvio que há reconhecimento de incapacidade ou tratamento do tutelado como incapaz.<sup>413</sup>

O espírito da tutela, em verdade, reside em compensar a assimetria de forças natural ao contato entre *silvícolas* e *civilização*. Civilizar não é simplesmente colonizar, pois pressupõe a observância de princípios morais norteadores da ação do Estado.

Afinal, segundo Cícero, "*quem governa a República é tutor que deve zelar pelo bem de seu pupilo e não o seu*"<sup>414</sup>. Ao príncipe, Maquiavel aconselhou respeitar "*leis e costumes sob os quais o povo vive desde longa data*"<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 209. Além e também por causa disso, lembra o autor, é justamente a ausência de menção a um órgão indigenista oficial no atual texto constitucional que permite a conclusão de alguns de que a Constituição de 1988 pretendeu simplesmente extinguir a tutela.

Bem antes disso, Beviláqua já antevira a necessidade de normas especiais para o trato da questão indígena, buscando o entendimento entre a lei estatal e o direito indígena (BEVILÁQUA, Clóvis. *Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista*, p. 77).

<sup>414</sup> *Dos deveres*, I, XXV.

<sup>415</sup> *O Príncipe*, V.



Do princípio da tutela decorre para o Estado um poder-dever; articulado com o princípio da proteção, isso importa no dever de zelo pelas populações indígenas e de investimento nos recursos e estruturas necessárias à efetiva presença do Estado junto a elas.

O exercício responsável desse poder-dever, que busque concretizar a norma constitucional, deve visar primariamente a proteção dos indígenas, não em decorrência de sua suposta *incapacidade* mas por força da evidência de que as pressões culturais e econômicas exercidas pela sociedade *civilizadora* são substancialmente mais fortes que as possibilidades de resistência cultural<sup>416</sup>.

Nesse sentido é interessante observar, por exemplo, que, ao tratar das hipóteses de intervenção da União em áreas indígenas (art. 20), o Estatuto do Índio elenca como fatores autorizadores desta medida extrema a "*imposição da segurança nacional*" (§1º, c) e o "*desenvolvimento nacional*" na forma de realização de obras ou exploração de riquezas do subsolo (§ 1º, d e f). É de se apontar, porém, que interesse público e interesse da nação indígena em

---

<sup>416</sup> No plano ideal, assim deve se dar o exercício do regime tutelar. É o que se espera de uma administração estatal republicana (laica) guiada pelos princípios inspiradores da Constituição e que, na realidade, traduzem princípios ético-jurídicos há muito adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao longo da trajetória que levou ao paradigma de 1988. Porém, a prática mostra outra realidade: "*o investigador deve indagar se o discurso genérico de defesa da existência e do direito à diferença por parte dos povos nativos não vai de par com o vazio da pesquisa, a inconsistência da reflexão e um confortável passaporte para o descompromisso, para além das barreiras da consciência culpada: parte do trabalho de um cientista social não seria propor interpretações às regularidades e criar assim as vias de surgimento de singularidades?*" (LIMA, Antônio Carlos de Souza. *Um grande cerco de paz*, p. 62). No mesmo sentido: "*a tradição antropológico-indigenista brasileira convincentemente já mostrou que toda e qualquer dificuldade que tenha o indivíduo indígena de integração na sociedade envolvente provém exatamente de sua condição de membro de sociedades indígenas, minoritárias sociologicamente falando. É evidente, portanto, que o instrumento da tutela, ao tempo em que reconhece isto, existe no sentido da correção da assimetria fundamental. Tratam-se, as sociedades indígenas, de povos colonizados, tendo contraditoriamente a metrópole gerado a tentativa de isto controlar, através do instrumento da tutela. Aguçando-se a contradição, as frações progressistas da nação tendem a utilizar o instrumento enquanto proteção; as conservadoras, enquanto dominação. Entre essas duas balizas localizam-se o pensamento e a ação brasileiros sobre a inclusão dos índios no Brasil*" (BASTOS. Op. cit., p. 55).

questão podem muito bem não coincidir, ou mesmo se oporem um ao outro, situação na qual a União deve, ao menos à luz da lei, pautar-se pelo primeiro.

Tem-se assim uma tutela de singular natureza, como bem observa Dalmo Dallari, já que:

No regime de tutela comum, a nomeação do tutor se faz com intervenção judicial e o Ministério Público fiscaliza o exercício da tutela, podendo inclusive pedir a destituição do tutor. No regime de tutela especial estabelecido para os índios não há intervenção judicial, pois a própria lei já indicou o tutor, que é um órgão vinculado ao Poder Executivo Federal e cuja responsabilidade também escapa ao controle judicial... O exercício da tutela fica, inevitavelmente, condicionado à política indigenista do Poder Executivo Federal. Se este adotar alguma providência contrária aos interesses dos índios, estes ficam, praticamente, sem defesa, pois o tutor, a quem cabe defendê-los, é órgão do governo federal.<sup>417</sup>

No vigente regime constitucional, portanto, não é cabível a concepção de tutela-incapacidade, substituída pela tutela-proteção: ao "reconhecimento" de que fala o *caput* do art. 231 se soma o parágrafo primeiro, que é claro quanto à necessidade de garantir a "*reprodução física e cultural*" dos indígenas, "*segundo seus usos, costumes e tradições*".

Não se trata, portanto, da tutela de seres primitivos e infantis, enquanto os mesmos não se integram à sociedade moderna, mas da proteção permanente de culturas, tradições e saberes anteriores (no território, ao menos), a essa própria sociedade.

A ampla proteção constitucional dos povos indígenas, aos quais a Constituição garante a integridade de sua "*organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*", gera para a administração um dever de tutela, no

---

<sup>417</sup> *Apud* CARVALHO, Maria do Rosário. *Estudo de caso: os índios Tuxá e a construção de barragem em Itaparica*, p. 125.

sentido de guarda ou proteção, e que é exercida por meio de seu ente especializado, a Funai – Fundação Nacional do Índio<sup>418</sup>.

Há quatro décadas a Funai é o órgão especializado encarregado da gestão dos assuntos indígenas e continua a atuar normalmente na vigência da atual Constituição, ainda que tenha tido grande parte de suas atribuições confiadas a outros órgãos estatais nos últimos anos, como foi visto. Considerar a tutela simplesmente extinta, retirando da autarquia os poderes que ainda detém, independentemente dos graus de contato dos diversos povos indígenas brasileiros com o *mundo dos brancos*, parece-nos uma atitude extrema e contrária à cautela que deve ser inerente ao tratamento do tema. Além do inegável interesse público que cerca a questão deve-se lembrar, por óbvio, que em se tratando da preservação de culturas autóctones certas lesões ou

---

<sup>418</sup> É inegável que o termo *tutela* remete a uma pesada carga representada por todo o histórico de ação estatal pautada pelo evolucionismo e pela finalidade de integração das populações indígenas à *comunhão nacional*. A despeito dessa constatação, representa um exagero entender que o paradigma trazido pela Constituição de 1988 importe na eliminação do próprio vocábulo; afinal, a força das palavras reside no significado que lhes seja atribuído. Também por isso se mostra tão adequada a oposição entre tutela-incapacidade e tutela-proteção. Antes, pois, que se queira tornar proscrito o termo, cabe advertir que não é possível ação indigenista desprovida de uma base normativa, na medida em que a normatividade é inerente ao próprio conceito. Nesse sentido, a organização de um campo indigenista pressupõe: a) uma hierarquia de unificação e disposição dos "atores sociais" envolvidos (o *código de autoridade*), e b) o estabelecimento de um *padrão de legalidade* que deve ser respeitado "*ainda que sua legitimidade seja circunstancial, setorial ou até mesmo amplamente questionada*", já que "*o padrão de legalidade não decorre de um consenso pré-existente, ele é fabricado pelos próprios atores envolvidos, em função de suas posições assimétricas, lançando mão das virtualidades contidas nos diferentes referenciais de ação ali existentes*" (OLIVEIRA FILHO. "*O nosso governo*", p. 194).

Em outras palavras, não importa se pautada pela integração ou pela interação, a ação estatal em relação aos índios sempre dependerá de critérios de decisão fundados em uma base normativa, que por sua vez remete aos saberes da antropologia; a não ser que se opte simplesmente pela omissão do Estado em nome da autonomia dos povos indígenas, o que não se coaduna com o poder-dever estabelecido pela Constituição de 1988.

Quanto à noção de *campo indigenista* é importante dizer sua organização não se dá de forma unilateral, baseada em uma "*homogeneidade de códigos, significados ou referenciais de ação*", pois "*o estabelecimento de um padrão de legalidade, que garante a unidade desse campo, não exclui de modo algum a existência de uma leitura múltipla dos mesmos papéis por diferentes atores. É justamente esse entendimento diferenciado que permite a constituição desse campo, como um jogo que se realiza dentro de um quadro de tensões, manipulações e alternativas. O padrão de legalidade não é algo externo e imposto aos autores, mas um conjunto de atualizações pelos atores de virtualidades contidas nos diferentes referenciais aí envolvidos, surgindo como um aproveitamento de lacunas/presenças, de similitudes e homologias, de sobreposições e acasalamentos de significados e normas de ação*" (Op. cit., p. 266).

prejuízos que venham a ocorrer podem ser de reparação praticamente impossível, fato que reafirma a necessidade de exercício da tutela-proteção.

#### 4.2.3. Autonomia e autodeterminação

Quando os portugueses chegaram à costa brasileira, os índios do tronco tupi ensaiavam os primeiros passos de uma revolução agrícola, saindo desse modo da condição paleolítica, dez milênios mais tarde que as populações do continente europeu<sup>419</sup> – fenômeno interrompido pela conquista do território e a chegada da *civilização*.

Na conquista, as identidades coletivas indígenas foram tidas como irracionais e subversivas à unidade nacional. Isso explica que atualmente o *direito ao reconhecimento* (intimamente relacionado às idéias de *sociodiversidade* e de *Estado pluriétnico*) seja tido como uma das aspirações fundamentais da pessoa humana<sup>420</sup>.

Parece-nos uma decorrência inescapável da norma do *caput* do art. 231 da Constituição o direito dos povos indígenas à autonomia, já que a eles pertence a mais genuína percepção de suas singularidades e necessidades. Neste sentido, a autonomia pode ser definida como "*auto-administração em questões que lhes dizem respeito especificamente; participação com o Estado nas decisões a eles relativas dentro do conjunto nacional e participação nas decisões e na vida política do Estado como um todo*"<sup>421</sup>.

---

<sup>419</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*, p. 31.

Não há consenso quanto à população total do Brasil na época da chegada do colonizador europeu; as estimativas variam de dois a oito milhões de habitantes, que falavam o impressionante número aproximado de 1300 línguas diferentes (cf. ARRUDA, Rinaldo. *Territórios indígenas no Brasil*, p. 133-135).

<sup>420</sup> CARVALHO, Edgard. *Identidade étnico-cultural e questão nacional*, p. 67.

<sup>421</sup> BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação*, p. 326.

Trata-se, primeiramente, de reconhecer a dignidade e garantir a proteção das estruturas sociais, políticas e jurídicas desses povos. Afinal, não há sociedade sem direito, o qual constitui uma condição para a própria socialização. Certo grau de uniformidade na *maneira de vida* é necessário, quando menos para o trato dos temas intrinsecamente coletivos; nesse sentido é possível se falar no desenvolvimento de um *caráter social*, para que a satisfação dos direitos individuais se dê de modo compatível com os desejos da sociedade e através de meios socialmente reconhecidos<sup>422</sup>.

Anteriormente à Constituição a defesa dos direitos dos índios era feita por órgãos indigenistas ou entidades de apoio ao índio, ou seja, quase que exclusivamente por não índios. A criação de organizações propriamente indígenas tornou-se realidade após a Carta de 1988<sup>423</sup>.

Deve-se apontar que, por força de lei, coube à Funai administrar as *rendas do patrimônio indígena*, tendo como fim principal o da *emancipação econômica das tribos*<sup>424</sup>. Esse dispositivo legal evidencia a política oficial de integração por meio da inserção das coletividades nativas na cadeia econômica, objetivo articulado com a emancipação legal dos respectivos povos – os quais, assim, deixavam de fazer jus à tutela. Tratava-se de evidente distorção do princípio da autonomia, entendida em seu aspecto puramente

---

<sup>422</sup> SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*, p. 27.

A rigor, o que distingue o *homo sapiens* de seus antepassados primitivos é o fato de possuir *cultura*, ou a capacidade de adquirir conhecimento e de elaborar conceitos abstratos, transmitindo esse patrimônio imaterial para as gerações seguintes. São duas as principais correntes teóricas que explicam o surgimento da cultura: para Leslie White, o ser humano adquiriu cultura a partir do momento em que seu cérebro se tornou capaz de gerar símbolos. Já para Claude Lévi-Strauss, a cultura surgiu quando os seres humanos convencionaram a primeira regra, a primeira norma (LARAIA, Roque. *Cultura*, p. 54).

<sup>423</sup> EVANGELISTA. Op. cit., p. 36-37. O autor aponta a importância do papel pioneiro assumido pelo CIMI – Conselho Indigenista Missionário, entidade ligada à CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que organizou os primeiros encontros nacionais de chefes indígenas, dando início à até então inédita mobilização dos diferentes povos espalhados pelo território nacional (Op. cit., p. 39-40).

<sup>424</sup> Os outros dois fins fixados pela lei eram o *acréscimo do patrimônio rentável* e o *custeio dos serviços de assistência ao índio* (art. 3º, Lei n. 5.371/67).

econômico e que, uma vez concretizada, dispensava qualquer medida especial de proteção estatal aos indivíduos e coletividades *civilizados*.

Não pode ser esse o sentido do princípio da tutela-proteção à luz da vigente norma constitucional. Cabe aqui uma importante distinção. *Autonomia* é um conceito menos amplo que *autodeterminação*; o limite conceitual se situa nas restrições constitucionalmente impostas pelo princípio da soberania. De forma objetiva pode-se dizer que o direito à autonomia se insere no interior de uma dada ordem jurídica, enquanto a autodeterminação pertence ao plano do direito internacional.

A idéia de autodeterminação decorre da doutrina da chamada "descolonização interna" (posto que o ciclo histórico da descolonização "externa" dos países da periferia econômica global se consumou na década de 1970). Por ela, povos indígenas reivindicam direito de soberania, anterior à ocupação pelas potências européias e "*nunca renunciada*"<sup>425</sup>.

Por essa linha de pensamento, a emergência dos Estados-Nações importou em "*eliminação de toda sociedade parcelar, das comunidades humanas preexistentes e de suas solidariedades tradicionais e relações recíprocas*" e, com isso, em negação dos fenômenos das coletividades<sup>426</sup>.

Para autores como Marco Antonio Barbosa, a separação entre direito e moral constitui uma decorrência, no plano jurídico, do pensamento evolucionista característico da antropologia do séc. XIX. A produção do direito migrou do grupo (costume) para o Estado (lei), inicialmente substituindo a

---

<sup>425</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 325.

<sup>426</sup> Op. cit., p. 85. Ao analisar a gênese do conceito de nação, o autor traça um paralelo entre o contratualismo francês na vertente de Sieyès e a concepção "espiritual" de matriz germânica (o *Volksgeist*), para concluir que ambas as linhas de pensamento importaram no "abandono à própria sorte" das comunidades e grupamentos locais.

sanção primitiva (vingança) pela pena legal<sup>427</sup>, até concluir pela natural inferioridade das sociedades cujo direito fosse menos abundante em regras – inobstante o fato de que as pesquisas antropológicas, até meados do séc. XIX, apoiavam-se em frágeis coletas de dados de campo, isso quando simplesmente não prescindiam da pesquisa empírica<sup>428</sup>.

Nessa linha, com apoio em pesquisas contemporâneas da antropologia social que demonstram a complexidade e estabilidade dos sistemas jurídicos de grupos indígenas de diferentes regiões do globo, chegou-se à conclusão:

Os homens passam a obedecer ao direito porque o interiorizam, ou porque temem as sanções ou porque o consideram razoável. Sua principal característica seria a de assegurar a reciprocidade porque a força que liga os indivíduos e os grupos e permite a vida social é, portanto, resultado dessas relações obrigacionais entre indivíduos e grupos e não de uma sanção ou de uma ameaça de sanção advinda de uma autoridade central.<sup>429</sup>

A par de se negar o monopólio estatal na produção do direito válido, coloca-se em cheque a própria possibilidade de um pensamento histórico cumulativo, típico da racionalidade ocidental. Para Barbosa o corolário do pensamento de Lévi-Strauss reside na *"negação do direito de se querer pensar, avaliar, inferir sobre sociedades e organizações humanas diferentes da do analista com os valores da sociedade a que este pertence"*, ou seja, nega-se *"a possibilidade de que sejam julgadas e avaliadas outras sociedades com os instrumentais da racionalidade do estrangeiro; de modo que apenas a*

---

<sup>427</sup> Sem pretender fugir do objeto da presente pesquisa, releve destacar o importante papel que as modernas sanções penais exerceram na estruturação dos Estados a partir do séc. XVIII, como técnicas de *controle dos corpos* e de *normalização* (FOUCAULT. *Vigiar e punir*, terceira parte).

<sup>428</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 116-118.

<sup>429</sup> Op. cit., p. 120. O autor se baseia em pesquisas de Lévi-Strauss, Boas e Bronislaw Malinowski.

*própria sociedade é capaz de refletir sobre si mesma, nada autorizando outras a fazê-lo com alguma validade"*<sup>430</sup>.

Embora não se possa negar a contribuição da antropologia contemporânea para a compreensão da complexidade das sociedades ditas *primitivas* e dos malefícios a elas causados pelos mecanismos de biopoder dos Estados nacionais, é evidente a tautologia da conclusão acima. Não é possível ao ser pensar o mundo ou qualquer coisa de outro modo que não a partir da realidade e da cultura que o cercam.

Tendo como referência histórica paradigmática o ciclo de descolonização e independências das nações africanas e asiáticas, ocorrido entre as décadas de 1940 e 1980, pretende-se estender às sociedades indígenas o direito de autodeterminação plena. Interessante observar que o vocábulo *autodeterminação* não se confunde com a idéia de *soberania*, na medida em que o Estado, embora soberano, não pode se arrogar o direito de autodeterminação, que pertence ao povo. Em outras palavras, o Estado não age por ele mesmo e sim pelos governados<sup>431</sup>. Daí se associar o termo autodeterminação ao direito de resistência à tirania e à dominação.

É nesse sentido que o princípio da autodeterminação dos povos, declarado no artigo primeiro da Carta das Nações Unidas de 1945, passa a ser reconhecido como direito na Resolução 1514 da Assembléia Geral da ONU, de 1960 – a *Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais* –; na forma de direito à livre determinação do status político e do desenvolvimento econômico, social e cultural. No mesmo sentido o *Pacto*

---

<sup>430</sup> Op. cit., p. 152. Para uma reflexão no mesmo sentido, levando porém a uma conclusão menos peremptória, veja-se: OLIVEIRA FILHO. "O nosso governo", p. 263-267.

<sup>431</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 315.



*Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, ambos de 1966.

Partindo dos pressupostos: a) de que o direito dos povos à autodeterminação se tornou uma norma de direito internacional ampla, imperativa e inderrogável; b) de que o dito princípio tem como limite o contexto em que foi produzido, ou seja, o processo de descolonização, Barbosa, socorrendo-se de doutrina estrangeira<sup>432</sup>, defende que o direito à autodeterminação deve ser reconhecido aos povos indígenas, oponível aos Estados independentes em cujos territórios tradicionalmente vivam.

Para tanto, propõe que o vocábulo *estrangeiro*, presente na referida Resolução 1514 da Assembleia Geral da ONU – *"a sujeição dos povos a uma subjugação e a uma exploração estrangeira constitui desrespeito aos direitos fundamentais do homem, é contrária à Carta das Nações Unidas e compromete a causa da paz e da cooperação mundial"* – seja aplicado aos Estados que abriguem povos indígenas, considerando-os estrangeiros em relação a esses mesmos povos<sup>433</sup>.

É de se frisar que a referida Resolução repele expressamente *"toda tentativa visando destruir parcial ou totalmente a unidade nacional e integridade territorial de um país"*. Contudo, isso não impede Barbosa de aduzir que:

Não seria coerente ter-se publicado uma Declaração sobre a independência dos povos colonizados que tivesse por finalidade preservar a integridade territorial de Estados; além disso, o princípio da não ingerência em assuntos internos vale apenas para os estrangeiros e não para os habitantes de um dado território, de modo que a interpretação da Resolução 1514 presa à questão da defesa da integridade territorial e da não ingerência anularia por

---

<sup>432</sup> Marianne Wilhelm, professora visitante em Princeton, na *New York School of Law* e no *Washington College of Law*; Norbert Rouland, um dos mais destacados autores da antropologia do direito em língua francesa; e Maivân Clech Lâm, professora da Academia Federal de Pedagogia de Viena.

<sup>433</sup> Op. cit., p. 319.

completo justamente o que ela visa proteger, que é o direito à autodeterminação dos povos.<sup>434</sup>

Por extravagante que tal conclusão possa parecer aos olhos da maior parte dos juristas e em vista do princípio da soberania estatal, não se trata de doutrina isolada. Embora reconhecidamente minoritário, tal entendimento reflete o pensamento de autores estrangeiros pouco difundidos nos círculos jurídicos brasileiros (a rigor, o livro de Barbosa parece ser a única obra nacional a abordar o estado da arte da questão), mas de influência e visibilidade não apenas em ambientes acadêmicos como também nos foros internacionais em que o tema da autodeterminação dos povos indígenas é objeto de discussão<sup>435</sup>.

---

<sup>434</sup> Op. cit., p. 321.

<sup>435</sup> Além da Organização Internacional do Trabalho (OIT), entidade internacional que há mais tempo se ocupa da questão indígena, o principal foro, a par diversos órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA), é o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas implementado pela Resolução 1982/34 do Conselho Econômico e Social da ONU, no bojo do qual vem sendo discutido há alguns anos o *Projeto de Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas*.

Quanto à importância de se atentar para a evolução do direito internacional concernentemente aos direitos dos índios, é importante destacar que do ponto de vista da teoria política, a esfera das relações internacionais entre países independentes é a mais adequada para a apreciação da procedência, ou não, dos movimentos populares de resistência contra a opressão (MACHADO PAUPÉRIO. *O direito político de resistência*, p. 247). De fato, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, os pactos e declarações internacionais se tornaram os instrumentos mais efetivos para o reconhecimento (*consensus humani generis*) e a conseqüente positivação, pelos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, de novas *gerações* de direitos humanos (a esse respeito, veja-se: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 25-46).

Nessa linha também merece menção a Diretriz Operacional 4.20 do Banco Mundial, de 1991, que estabeleceu condições para os projetos que pretendam obter verbas da instituição. Os problemas relativos à aplicação da Diretriz, em especial quanto aos critérios de identificação de populações indígenas, às condições de salvaguarda e às formas de participação das comunidades no desenvolvimento dos projetos, são objeto de análise em: OLIVEIRA FILHO. *Cidadania e globalização*, p. 105-119.

A propósito das agências multilaterais, deve-se dizer que o acesso dos povos indígenas a seus recursos com base em uma "participação informada" que não inclui necessariamente o intermédio de órgãos estatais, inclusive com previsão de monitoramento independente do andamento dos projetos (§ 5º, h, da D.O. 4.20), constitui clara demonstração da mitigação do conceito de Estado nacional na contemporaneidade "globalizada". Esse fato pode ser assim sintetizado: "*a unidade primária não é mais a Nação que expressa seu espírito único no direito como um fenômeno cultural, que não pode ser dividido com outras nações. Os ordenamentos jurídicos nacionais – comparáveis às economias nacionais – foram se soltando de sua "base" original e abrangente da cultura de uma sociedade. Processos de globalização criaram nesse meio tempo uma rede mundial de comunicações jurídicas autônomas em relação a seu fundo social. Nesse sistema jurídico mundial, as ordens jurídicas dos Estados nacionais são somente partes regionais, que estão em constante comunicação umas com as outras*" (TEUBNER, Gunther. *Irritações jurídicas*, p. 161).

Nesse sentido a afirmação:

Para bem compreender o contexto em que a autodeterminação deveria ser percebida é necessário se levar em conta situações contemporâneas, pois o ato de dominação não se limita à situação colonial ou pós-colonial. O ato de dominação ocorre também no interior dos Estados constituídos; além disso, as lutas sociais também não se situam exclusivamente nos campos do político e do econômico, atingindo também o plano da cultura, de modo que seria reducionista querer resumir a autodeterminação aos aspectos políticos e econômicos porque não pode haver real independência sem também o respeito à identidade cultural, tanto que é exatamente pela busca da afirmação de uma identidade cultural específica, própria, que se sustentam diversos movimentos de emancipação política de vários povos.<sup>436</sup>

A questão central, desse modo, passa a ser a extensão a ser conferida ao termo *povos*, presente nos referidos instrumentos de direito internacional mas sem uma definição expressa, de modo a se estabelecer se o mesmo deve abranger, ou não, as nações indígenas, para considerá-las povos colonizados.

Reconhecer tal abrangência, diga-se, não importaria que os povos indígenas necessariamente pleiteassem a secessão. Para os defensores da tese, porém, apenas o direito à secessão, ainda que não se pretenda exercê-lo, é capaz de assegurar a plena autodeterminação<sup>437</sup>.

---

O trecho transcrito acima representa uma abordagem de base sistêmica pela qual o direito é entendido como conjunto de normas decorrentes de relações interpessoais, especialmente de natureza econômica, cujos atores (indivíduos, empresas, agências multilaterais, órgãos estatais) se encontram espalhados pelo planeta globalizado, o que gera conseqüências ("irritações") nos ordenamentos jurídicos nacionais. Não se trata, pois, de alguma teoria pós-moderna de suposta superação do modelo de Estado nacional, mesmo porque sua aplicabilidade perde força fora do campo das relações entre economia e direito; por outro lado, mostra-se de grande utilidade para o estudo dos efeitos desses novíssimos fenômenos para as ordens jurídicas soberanas.

Por fim, uma análise do relevante papel estratégico assumido, a partir da década de 1970, pela primeira grande agência de cooperação internacional a ter atuado junto a índios brasileiros, a OXFAM (*The Oxford Committee for Famine Relief*), veja-se: ATHIAS, Renato. *Temas, problemas e perspectivas em etnodesenvolvimento*, p. 55-86.

<sup>436</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 324.

<sup>437</sup> Op. cit., p. 325. O próprio autor adverte, contudo, não ser unânime na doutrina que a autodeterminação inclua o direito de secessão. Veja-se também: "a questão que fica pendente, portanto, é a seguinte: pode um povo ter direito à autodeterminação sem desejar constituir-se em Estado? Do ponto de vista do Direito internacional parece que não. Do ponto de vista de cada povo, evidentemente que sim, porque a

Por fim, cabe a referência às Convenções 107 e 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Em 1926 a OIT criou um comitê para o estudo e propositura de normas internacionais de proteção do trabalho indígena<sup>438</sup>, o que resultou na elaboração de algumas convenções, culminando em 1957 na Convenção 107, "*concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais ou semitribais nos países independentes*", com vigência a partir de 1959. Inspirada pelo paradigma evolucionista (vale dizer, etnocêntrico e paternalista), a Convenção 107 pressupõe que a melhoria das condições de vida e de trabalho dos povos indígenas depende da completa integração à sociedade circundante, para se chegar à igualdade civil.

Os índios do mundo, maiores interessados na questão, não participaram dos debates travados durante a elaboração da convenção, e justamente deles

---

*opção de não constituir-se em Estado e de viver sob outra organização estatal é uma decisão de autodeterminação. Mais do que isso, os povos que vivem sem Estado, hoje, precisam apenas de Estado que os proteja do próprio Estado, das classes que têm poder no Estado de outros Estados. Esse é o seu paradoxo"* (SOUZA FILHO. *O renascer dos povos indígenas para o direito*, p. 79-80).

Quanto às conotações do termo *povos* e suas possíveis repercussões no âmbito do direito, veja-se: CUNHA, Cláudio. *O atual regime jurídico das terras indígenas*, p. 26-29.

Há autores, por outro lado, que entendem a *autodeterminação* não como poder soberano, mas em um sentido mais aproximado daquele que, no presente trabalho, entende-se como *autonomia*, como é o caso de: SILVA, Letícia. *Povos indígenas, direitos humanos e a Convenção 169 da OIT*, p. 131-133.

A rigor, autodeterminação é a autonomia levada ao máximo, livre de qualquer disciplina ou constrangimento, e por isso, soberana: "*contra as usurpações da mecânica disciplinar, contra a ascensão de um poder ligado ao saber científico, estamos hoje numa situação tal que o único recurso aparentemente sólido que nos resta é exatamente o recurso ou o retorno a um direito organizado em torno da soberania. Quando se quer objetar algo contra as disciplinas e todos os efeitos de poder e de saber que lhes estão vinculados, o que se faz concretamente, o que faz o sindicato da magistratura e outras instituições semelhantes senão invocar precisamente este direito, este famoso direito formal, dito burguês, que nada mais é do que o direito da soberania? Creio, porém, que chegamos assim a uma espécie de beco sem saída: não é recorrendo à soberania contra a disciplina que os efeitos do poder disciplinar poderão ser limitados, porque soberania e disciplina, direito da soberania e mecanismos disciplinares são duas partes intrinsecamente constitutivas dos mecanismos gerais do poder em nossa sociedade. Na luta contra o poder disciplinar, não é em direção do velho direito da soberania que se deve marchar, mas na direção de um novo direito antidisciplinar e, ao mesmo tempo, liberado do princípio da soberania"* (FOUCAULT. *Soberania e disciplina*, p. 190).

<sup>438</sup> É importante destacar que a OIT foi criada em 1919, portanto muito antes da própria ONU.

surgiu o movimento de resistência ao texto normativo, que se fortaleceu ao longo dos anos<sup>439</sup>.

Com isso, em 1989 a OIT revisou a Convenção 107 e passou a adotar a Convenção 169, vigente a partir de 1991. Inspirada no paradigma da interação, a Convenção preconiza a manutenção e o desenvolvimento dos povos indígenas como coletividades em certo grau distintas das sociedades em que se inserem<sup>440</sup>. O Brasil ratificou a Convenção 169 em 2002<sup>441</sup>.

Os países signatários se comprometem a proteger de forma ampla os direitos dos índios (item 2 do art. 2º), o que deve incluir, além da garantia de exercício dos mesmos direitos de titularidade dos demais cidadãos e da eliminação das desigualdades sócio-econômicas, a *"plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e suas instituições"*.

Como tal declaração de princípios já demonstra, a Convenção 169 não significa substancial inovação em relação ao paradigma adotado pela Constituição de 1988, na medida em que ambas representam frutos dos avanços da antropologia contemporânea e do novo patamar ético alcançado pelo ser humano e pelos Estados democráticos<sup>442</sup>.

---

<sup>439</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 226.

<sup>440</sup> Marco Antonio Barbosa entende que a Convenção 169 consagrou o direito ao etnodesenvolvimento e à autodeterminação (Op. cit., p. 227).

Quanto à autodeterminação, cabe destacar o item 3 do artigo 1º da Convenção: *"a utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional"*.

<sup>441</sup> Decreto Legislativo 143, de 20/06/02.

<sup>442</sup> Há, porém, alguns pontos de distinção, como no caso do grau de participação assegurado aos povos indígenas na elaboração de normas legais e na implantação de medidas administrativas de seu interesse (arts. 6º e 7º da Convenção 169) e, principalmente, na garantia de *propriedade e posse* das terras tradicionalmente ocupadas (art. 14, § 1º), já que o § 2º do art. 231 da Constituição de 1988 garante aos índios a *posse permanente* das terras e o *usufruto exclusivo* de suas riquezas, mas não a *propriedade* (quanto à inadequação do conceito de "propriedade", e mesmo da própria dicotomia direito público/direito privado, para a compreensão da relação entre os indígenas e a terra, veja-se: SOUZA FILHO. Op. cit., p. 64-67).

O significativo atraso na ratificação da Convenção em comparação a outros países do continente<sup>443</sup>, mais do que a incompatibilidades pontuais entre ela e a Constituição de 1988, deveu-se principalmente à expressão *povos indígenas e tribais*, considerando que o vocábulo *povos* poderia abrir margem a interpretações jurídicas que fundamentem a autodeterminação das *nações autóctones*<sup>444</sup>. Essa expressão foi cuidadosamente evitada pelo constituinte de 1986-88, e somente aceita pelo Estado brasileiro após grande resistência<sup>445</sup>.

Nesse ponto, deve-se salientar que a Constituição de 1988 não utiliza as expressões *povos* e *nações* mas, por outro lado, não prima pelo rigor técnico: ora menciona *comunidades indígenas* (arts. 210, § 2º; e 232), ora *grupos* (art. 231, § 5º), ou *índios* (arts. 20, XI; 231, *caput* e §§ 1º e 2º; e 232), *populações* (arts. 22, XIV; e 129, V) ou *organizações indígenas* (art. 232)<sup>446</sup>.

Marco Antonio Barbosa entende que *"toda cultura europeio-ocidental, sua história econômica, industrial e intelectual a partir da Revolução Francesa caracteriza-se pelo desenraizamento que define ainda hoje a chamada cultura moderna"*. A partir de tal constatação, aponta as posições extremadas quanto ao suposto universalismo ou reducionismo que podem ser associados ao desenvolvimento do mundo ocidental, para em seguida concluir pela

---

Outro ponto da Convenção 169 de delicada aplicação à realidade brasileira consiste no direito à facilitação dos contatos e cooperação entre os povos indígenas em regiões de fronteira, incluindo atividades de cunho econômico, social, cultural, espiritual e ambiental (art. 32), o que, conforme já prevê a própria Convenção, depende de medidas diplomáticas e acordos internacionais entre as nações soberanas respectivas.

<sup>443</sup> O Brasil foi um dos últimos países latino-americanos com expressiva população indígena a ratificar a Convenção 169, muito depois de Bolívia, Colômbia, Peru, Paraguai, Costa Rica, Guatemala, Honduras e México, fato que acabou por gerar diversas críticas e pressões diplomáticas de organismos e entidades civis estrangeiras (BARBOSA. Op. cit., p. 245-246; SOUZA FILHO, Op. Cit., p. 154).

<sup>444</sup> MAIA, Luciano. *Comunidades e organizações indígenas*, p. 259.

<sup>445</sup> Quanto ao risco de secessão, reiteramos, por entendê-la crucial, a menção ao item 3 do artigo 1º da Convenção: *"a utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional"*.

<sup>446</sup> Sobre a resistência da Assembléia Constituinte em adotar os termos, veja-se: SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 853-854.

impossibilidade de negação de dois fatos: a enorme diversidade dos povos e culturas que compõem a humanidade e a tendência ao universalismo que caracteriza a democracia, ela própria fruto da modernidade.<sup>447</sup>

Por seu turno, a autonomia dos povos indígenas surge como imperativo de sua própria proteção (política, econômica, cultural), não no sentido utópico da preservação e do isolamento, mas sim através da interação não-predatória com as sociedades a eles externas.

### **4.3. O Estatuto do Índio**

#### **4.3.1. O Estatuto do Índio e a integração**

O paradigma da integração norteou a elaboração do revogado Código Civil de 1916 e do ainda vigente Estatuto do Índio (Lei 6001/73)<sup>448</sup>. O Estatuto continua sendo a principal lei a regular a questão indígena no Brasil, embora a problemática de sua recepção pela Constituição de 1988 seja espinhosa.

A promulgação do Estatuto, em pleno governo militar, deveu-se em grande parte a cobranças e pressões internacionais por medidas efetivas de proteção das populações indígenas, ameaçadas, à época, tanto por ações do Estado como de particulares, no processo de expansão da colonização e da territorialização do país<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 89.

<sup>448</sup> As referências à legislação vigente se baseiam na compilação oficial editada pela Funai: MAGALHÃES, Edvard (org.). *Legislação indigenista brasileira e normas correlatas*.

<sup>449</sup> LIMA; BARROSO-HOFFMANN. *Questões para uma política indigenista*, p. 9.

Pacheco de Oliveira afirma que o fato decisivo para a promulgação do Estatuto foi a preocupação com a imagem do país no exterior. Essa peculiaridade o torna uma lei atípica, já que em regimes militares as "leis de regulação de certos grupos e processos sociais" normalmente são consequência de atritos ideológicos internos no grupo detentor do poder, fazendo surgir espaço para o altruísmo, ou de conflitos políticos ou econômicos entre grupos e classes sociais. Não foi esse o caso brasileiro; quando da promulgação do Estatuto, por outro lado, os movimentos sociais em defesa dos índios eram ainda muito incipientes (OLIVEIRA FILHO. *Contexto e horizonte ideológico*, p. 19).

O paradigma da integração é expresso logo no art. 1º: *"esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional"*<sup>450</sup>.

É importante apontar que, a rigor, *integração* não deveria se confundir com *assimilação*, uma vez que o objetivo da integração é o de articular socialmente os indígenas e a coletividade dominante, ao mesmo tempo possibilitando que mantenham a condição de índios<sup>451</sup>. Esse é o paradoxo fundamental do Estatuto: aspirar à integração dos índios em bases humanitárias.

O art. 2º elenca os deveres que cabem aos entes políticos (União, Estados e Municípios). Além do dever de assistência (inciso II), do respeito às

---

<sup>450</sup> O integracionismo inspirador do Estatuto do Índio deve muito à atualização da doutrina do SPI feita por Darcy Ribeiro. O emérito antropólogo defendia: *"a integração parece configurar uma forma de acomodação que, conquanto precaríssima, em certos casos abre aos grupos étnicos – à medida que se amoldam às exigências do convívio com civilizados, desenvolvem maior resistência às moléstias e se despojam de suas singularidades lingüísticas e culturais"*, o que significaria maiores *"oportunidades de sobrevivência e participação na sociedade nacional"* (apud SILVA, Orlando. *Os povos indígenas e o Estado brasileiro*, p. 54).

A principal inovação trazida por Ribeiro está no art. 4º, III, do Estatuto, na definição de que grupos indígenas *integrados* são aqueles *emancipados, "ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos de sua cultura"* (cf. CARNEIRO DA CUNHA; *Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais*, p. 35).

A orientação do Estatuto do Índio, na linha do integracionismo humanitário, opõe-se à aculturação traumática; sua aprovação, por sua vez, foi possível graças à existência de conceitos delineados na legislação precedente, e também ao apoio de um grupo fechado de juristas imbuídos de um mal compreendido idealismo (cf. OLIVEIRA FILHO. Op. cit., p. 20).

As críticas ao paradigma da integração ficam bem sintetizadas da seguinte forma: *"as concepções de avanço, progresso, desenvolvimento só podiam entender os índios como passageiros, provisórios, em situação de mudança, acreditando que no momento que conhecessem 'os bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce, e vivessem debaixo das justas e humanas leis que regem os povos' imediatamente deixariam, felizes, de ser índios para ser, cada um, cidadão integrado à cultura constitucional"* (SOUZA FILHO. *O renascer dos povos indígenas para o direito*, p. 83. O trecho entre aspas pertence à Carta Régia de 13/5/1808).

<sup>451</sup> CARNEIRO DA CUNHA. *Os direitos do índio*, p. 26-27.

No mesmo sentido: *"A definição normativa também confunde o preciso entendimento acerca dos termos integração e assimilação. Com efeito, a integração refere-se à articulação das sociedades indígenas com a sociedade nacional, dominante, que se manifesta nos vários planos da vida social. Essa articulação, apesar de nociva em muitos aspectos, não implica, todavia, e necessariamente, a sua assimilação, sua diluição na sociedade envolvente. A integração harmoniosa – que, em tese, é o propósito do Estatuto – não significa, portanto, que a comunidade deva deixar de ser indígena, quer de fato, quer juridicamente"* (CUNHA, Cláudio. Op. cit., p. 23-24).



peculiaridades (III) e à livre escolha dos meios de vida (IV, V), de proporcionar a colaboração dos índios nos programas em seu benefício (VII, VIII) e respeitar a plenitude de seus direitos civis e políticos (X), há também o de *"respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes"* (VI). Integrar, preservando a cultura: eis a positivação do paradoxo.

O art. 3º estabelece definições para índio ou "silvícola" (*"todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional"*) e para comunidades indígenas ou grupos tribais (*"conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados"*).

Ambas as formulações acima têm sido, há muito, passíveis de crítica. A opção pela ascendência étnica pré-colombiana como critério *biologicamente racional* não se sustenta, dada a impossibilidade de uma pesquisa genealógica além de poucas gerações<sup>452</sup>. O critério *cultural*, por sua vez, é impraticável em decorrência do dinamismo da própria cultura<sup>453</sup>.

---

<sup>452</sup> "(...) que o conceito de etnia não se assente num campo cultural e nem social propriamente ditos e se constitua por um conjunto de relações contraditório e instável entre a padronagem cultural e a historicidade dos contatos, da espoliação econômica e da dominação político-cultural" (CARVALHO, Edgard. Op. cit., p. 68).

Sobre o tema, veja-se também: SILVA, Osmar. *O índio e sua proteção jurídica*, p. 23-29; CUNHA, Cláudio. Op. cit., p. 19-22.

<sup>453</sup> CARNEIRO DA CUNHA. *Os direitos do índio*, p. 23-25; *Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais*, p. 31-34.

Desse modo, *"tal como construída, a classificação implica uma polarização entre um "índio" mais e um menos integrado, logo uma evolução entre estes tipos, e um ideal de relação entre índios e brancos, dificilmente concebível quando se pensa em termos de uma história concreta de um relacionamento em que os grupos indígenas são concebidos como sujeitos políticos ativos e não como simples pacientes de ações desenvolvidas pelo branco. Supõe, portanto, um momento estático, sem conflitos, e um modo de ser indígena igualmente estabilizado. Pensar de outra forma seria destituir a taxonomia de seu sentido. Dito*

A solução atualmente mais aceita conjuga a *auto-identificação* com a *aceitação* (critério psicológico e social): é índio quem se sinta como tal e assim seja aceito pela respectiva coletividade<sup>454</sup>. Não mais se admitem critérios raciais, comportamentais ou étnicos para a identificação do índio. Por outro lado, a fórmula do Estatuto do Índio se compatibiliza com a mais avançada norma internacional em vigência – a Convenção 169 da OIT, objeto de análise no próximo item.

Quanto às coletividades, se por um lado a locução *comunidades* não merece reparos, revela-se infeliz o termo *grupos tribais*, uma generalização de ranço colonial<sup>455</sup>.

Cabe à Funai *identificar* comunidades indígenas<sup>456</sup>. A *identificação*, evidentemente, não se confunde com a *existência* ou a *formação*. Identifica-se o que já existe previamente, não há dúvida.

---

*de outro modo, esta classificação descarta em grande medida a historicidade do contato: afinal, como é característico do evolucionismo, de modo mais geral de um certo paradigma de ciência ultrapassado que reduz em grande medida a atividade intelectual a procedimentos classificatórios, uma tal visão do contato implica uma seqüência conjectural de fases e eventos à qual todos os acontecimentos são redutíveis"* (LIMA. "A 'identificação' como categoria histórica", p. 203).

<sup>454</sup> "(Comunidades indígenas) são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas. (...) É índio quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro" (CARNEIRO DA CUNHA, Op. cit., p. 24-25)

No mesmo sentido: BARRETO. Op. cit., p. 36-38; BARBOSA. Op. cit., p. 229; SILVA, José A. Op. cit., p. 853-854.

<sup>455</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 228.

<sup>456</sup> Lei n. 5.371/67, art. 1º, III.

Duas características se consideram essenciais para o reconhecimento da condição de índio: um código lingüístico próprio e um conjunto de práticas sócio-culturais específicas, "*de preferência rotuladas como tradicionais, não-tecnologizadas, sem-classes ou mesmo arcaicas*" (CARVALHO. Op. cit., p. 67).

Quanto às limitações dos métodos naturalistas de identificação, destacamos: "*as formas culturais não revelam a mesma homogeneidade e regularidade que a transmissão genética, as unidades sociais não são tão claramente recortadas, descontínuas e permanentes como dos gêneros e espécies naturais. E, principalmente, as unidades sociais mudam com um velocidade e com uma radicalidade sem precedentes no âmbito do processo de evolução natural. As unidades sociais abandonam velhas formas culturais, recebem (e reelaboram) algumas de outras sociedades e ainda criam formas novas e distintas. Nesse quadro de mutabilidade e instabilidade, como seria possível assegurar que as unidades de que se fala são ainda as mesmas? Tendo em vista as finalidades práticas dos laudos periciais, a questão não é saber se uma etnia mantém-se como unidade apesar de suas variações, mas sim de afirmar (ou não) que, considerando o momento presente e as alterações que sofreu, ela ainda continua a ser uma etnia indígena*" (OLIVEIRA FILHO. *Instrumentos de bordo*, p. 272). Em seguida, o autor afirma a definição de *grupo étnico* adotada pela atual antropologia difere do senso comum: "*os elementos específicos de cultura*

Para constatação da existência da comunidade indígena, o fator decisivo é "*a unidade política que os nomeia e define*"<sup>457</sup>.

Independente do critério de identificação aplicado, a existência de uma legislação especificamente indigenista pressupõe a criação de um *status jurídico de índio*, distinto do índio como *estado cultural*. Trata-se de uma ferramenta imprescindível ao direito<sup>458</sup> e que, no caso do Estatuto do Índio, contamina-se pelo próprio imaginário ocidental sobre o *primitivo*. Essa é uma questão a ser equacionada no exercício da ação indigenista, tarefa inegavelmente complexa e arriscada<sup>459</sup>.

O art. 4º encerra o Título I do Estatuto do Índio, classificando os indígenas em *isolados, em vias de integração e integrados*; degraus até a absorção da cultura indígena pela sociedade moderna, tida pela lei como algo natural e inevitável<sup>460</sup>.

O paradigma inspirador da legislação ainda vigente continua a encontrar ecos na doutrina, a despeito de sua superação pelo atual texto constitucional. Quanto às inúmeras críticas que tem sofrido, o seguinte trecho, anterior à Constituição de 1988, serve como síntese:

Esta (*política estatal*), partindo de perspectivas de nítida inspiração evolucionista, admite, prevendo, que todos os índios tribais romperão um dia o isolamento em que originalmente se encontram, e no qual se "distinguem da

---

(*como os costumes, os rituais e valores comuns*) podem sofrer grandes variações no tempo ou em decorrência de ajustes adaptativos a um meio ambiente diversificado. O que importa, contudo, é a manutenção de uma mesma forma organizacional, que prescreve um padrão unificado de interação entre os membros e os não membros daquele grupo" (Op. cit., p. 273).

<sup>457</sup> MAIA, Luciano. Op. cit., p. 263.

<sup>458</sup> A lei precisa, como condição para sua operatividade, primeiramente definir índios e comunidades, mesmo que a intenção seja, como veremos quanto à Constituição de 1988, a de *discriminar positivamente*.

<sup>459</sup> OLIVEIRA FILHO. Op. cit., p. 280-281.

<sup>460</sup> A trajetória de índio, de isolado a integrado, dependia, em tese, "*de uma seqüência de atos jurídicos desencadeados por sua vontade enquanto não-integrado*", precedida de um "*conjunto de efeitos biopsicológicos e culturais*", relativos à percepção de determinadas características da sociedade nacional (AGOSTINHO. Op. cit., p. 71-78).

sociedade nacional" graças a características culturais que às dela se opõem. Rompido o isolamento, constitui-se uma situação de contato mais ou menos intenso, geradora de mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais, com crescente subordinação e perda de autonomia indígena em relação à sociedade nacional. Aos índios imersos nesse processo, a lei os considera em vias de integração, apresentando-se essa última como a meta final da política indigenista (Código Civil, art. 6º, § ún.; Estatuto do Índio, arts. 1º, 2º, 3º e 4º). No entanto, a integração – na sua definição legal antes citada – não implica a completa obliteração da cultura indígena, nem a perda da qualidade de índio (Estatuto do Índio, art. 4º, *caput* e inciso I).<sup>461</sup>

Ao antigo paradigma da integração se liga a concepção igualmente obsoleta de tutela, fundada na pressuposição de existência de *"um código comum de condutas partilhado e conhecido (ainda que com graus variáveis de conformidade) por todos os membros de um mesmo grupo social de referência"*, a partir do qual seja possível identificar *desvios de conduta* decorrentes *"de uma incapacidade física ou mental de pessoas que atingem um conhecimento apenas deficiente e parcial dos códigos dominantes, exercendo uma participação social limitada"*<sup>462</sup>.

Desse modo:

Em geral o aspecto mais destacado da tutela, aquele que a envolve de uma necessidade e que a pretende justificar, é a dimensão educativa, pedagógica, de que se reveste a relação (suposta de aprendizado e proteção) entre tutor e tutelado. Este último é sempre aquele sobre o qual se supõe que disponha de um conhecimento parcial ou deformado dos códigos culturais dominantes. (...). A finalidade da tutela é justamente transformar, através de um ensinamento e uma orientação dirigidas, tais condutas desviantes em ações e significados prescritos pelos códigos dominantes. Assim a tutela é fator de controle do grupo social sobre um conjunto de indivíduos potencialmente perigosos para a

---

<sup>461</sup> Op. cit., p. 63.

<sup>462</sup> OLIVEIRA FILHO, João P. *"O nosso governo"*, p. 223.

ordem estabelecida, uma vez que partilham, junto com os infratores, de condutas vistas como anti-sociais.<sup>463</sup>

A integração, entendida como a aquisição de direitos civis e assim da plena cidadania, tem como corolário a inserção dos indígenas no corpo social geral junto aos demais indivíduos, deixando de merecer portanto qualquer proteção (tutela) especial, uma vez "perdida" ou "superada" a condição de índio<sup>464</sup>.

Em seguida aos princípios e definições básicas contidos no Título I, o Título II do Estatuto do Índio é dividido em quatro capítulos, tratando sucessivamente dos princípios, da assistência ou tutela, do registro civil e das condições de trabalho. O Título III, por sua vez, em cinco capítulos aborda a questão das terras e da cultura, distinguindo entre terras "ocupadas" e "áreas reservadas", tratando de sua defesa, dos bens dos índios e respectiva renda, e

---

<sup>463</sup> Op. cit., p. 224. E, mais adiante: "à diferença de outras formas mais explícitas e utilitárias de dominação, a relação da tutela se funda no reconhecimento de uma superioridade inquestionável de um dos elementos e na obrigação correlata, que esse contrai (para com o tutelado e com a própria sociedade envolvente) de assistir (acompanhando, auxiliando e corrigindo) a conduta do tutelado de modo que o comportamento deste seja julgado adequado – isso é, resguarde os seus próprios interesses e não ofenda as normas sociais vigentes. São essas as duas suposições básicas sobre as quais se assenta a necessidade deste mandato: 1) o tutelado não é plenamente capaz de defender, expressar ou mesmo conhecer os seus reais interesses, havendo necessidade de alguém que atue ou decida em seu lugar para evitar que ele sofra ou seja lesado em consequência de atos que outros com ele concluíram; 2) o tutelado não domina plenamente os códigos da sociedade nacional, necessitando de alguém que o oriente, mostrando os modos corretos de proceder em cada situação, disciplinando os seus modos de manifestação e evitando que ele transgrida as normas e entre em choque com direitos, valores ou interesses alheios" (Op. cit., p. 224-225).

<sup>464</sup> Em outras palavras: "durante a colônia, a expansão territorial européia reconheceu a existência de povos diferenciados, declarou-lhes guerra e impôs-lhes a escravidão, legislando no sentido de integrar os indígenas que capitulassem às propostas dos colonizadores pelo casamento, pela catequese ou pela assimilação como "trabalhadores livres". Os Estados nacionais, por sua vez, elaboraram com ênfase ainda maior o discurso da integração de todos os indivíduos como cidadãos. Em nome de um falacioso "direito natural de adquirir direitos", esqueceram e pediram a todos que esquecessem a existência de povos. Assim, marcados no Estado nacional por uma exclusão de direitos apresentada sempre como o direito de adquirir cidadania. Em linguagem jurídica, isso significa que todos têm direitos iguais, desde que os adquiram segundo as regras legais – e sua aquisição se dá pela via patrimonial. Nessa linguagem hermética, "todos" quer dizer cada um, cada pessoa, cada titular de direitos, deixando de fora o coletivo: os grupos, as comunidades, as corporações, os povos" (SOUZA FILHO. *As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios*, p. 49).

da educação, cultura e saúde. O Título IV, por fim, traz normas de natureza penal.

Carlos Marés aponta que a partir do art. 7º o Estatuto do Índio parece retornar a conceitos da época do Império e da tutela orfanológica, importando em retrocesso em relação ao Decreto 5.484/28<sup>465</sup>.

O *caput* do art. 7º do Estatuto dispõe que o regime tutelar nele disciplinado, a cargo do "*órgão federal de assistência aos silvícolas*", aplica-se somente aos índios e às comunidades indígenas "*ainda não integrados à comunhão nacional*".

A conseqüência maléfica dessa distinção está na conclusão de que os índios ou povos considerados *integrados* deixam de fazer jus à proteção representada pelo regime tutelar. Nesse sentido, deve-se apontar que uma das características da guerra de conquista é o controle de povos *outros* em relação ao conquistador e "*cujo destino, na relação oriunda do conflito, pode oscilar entre o aniquilamento ou a plena absorção*"<sup>466</sup>.

Na medida em que a *assimilação* importe no fim de qualquer medida especial de proteção por parte do Estado, não é de se espantar que na vigência do Código Civil de 1916 nenhum indivíduo ou povo indígena, vítimas históricas de espoliação e preconceito, tenha exercido o direito legal de pleitear a emancipação expressa, sendo mais conveniente, portanto, permanecer incapaz e tutelado<sup>467</sup>.

---

<sup>465</sup> SOUZA FILHO. *O renascer dos povos indígenas para o direito*, p. 99-103.

É importante salientar que na visão desse autor a Constituição de 1988 recepcionou a tutela do Estatuto de Índio, enquanto instituto de direito público: "*a Constituição exige que o Estado proteja os bens indígenas e esta proteção pode ser efetivada pelo caminho do regime tutelar exposto no Código Civil e regulamentado pelo Estatuto*" (Op. cit., p. 107).

<sup>466</sup> LIMA. *Um grande cerco de paz*, p. 51.

<sup>467</sup> Deve-se alertar que, para Darcy Ribeiro, a integração não descaracterizaria a condição de índio, apesar do despojamento lingüístico e cultural (cf. SILVA, Orlando. Op. cit., p. 58).

Quanto à terminologia adotada pelo Estatuto, cabe questionar o significado da expressão *comunhão nacional*. Qual o sentido se deve conferir a ela? São diversas as possibilidades; afinal, deve-se entender tal comunhão em termos puramente sociais (o contato com a sociedade dominante), culturais (a incorporação de certos hábitos e regras alheios à realidade histórica destes povos, como a língua ou a religião), econômicos (o desenvolvimento de atividades econômico-produtivas de busca da mais-valia, inseridas na dinâmica econômica da sociedade circundante), políticos (a efetiva participação em procedimentos decisórios de interesse geral) ou, como talvez melhor reflita o espírito da época da promulgação do Estatuto, estritamente cívicos (a sensação de pertencimento à Nação e o respeito aos símbolos e à autoridade que a representam)?

Tal riqueza de hipóteses acaba por demonstrar, mais do que qualquer outra coisa, a absoluta inutilidade prática da locução positivada.

Para piorar, os critérios (cumulativos) que o Estatuto estabelece para se avaliar a integração à "comunhão nacional" (art. 9º) são, à exceção do requisito objetivo da idade mínima de 21 anos, meramente cognoscitivos: o conhecimento da língua portuguesa, a "*habilitação para o exercício de atividade útil*" e a compreensão *meramente razoável* dos "*usos e costumes da comunhão nacional*".

---

São também relevantes para a presente investigação o art. 8º do Estatuto, que declara nulos "*os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havida assistência do órgão tutelar competente*"; os arts. 9º e 10, que regulam a emancipação, a pedido, do indivíduo indígena; e o art. 11, que trata da hipótese, já abordada, de emancipação coletiva por decreto presidencial.

Um dos fatores que tornam tormentoso o estudo da tutela legal (ou regime tutelar) dos índios é a confusão, promovida pela própria legislação, entre a tutela individual, de natureza civilista, legatária da tutela orfanológica, e a tutela das coletividades indígenas, essa com natureza de direito público.

Além de se fundar no paradigma evolucionista, a Lei 6001/73 reflete com nitidez o ideário patriótico presente na política indigenista oficial de modo mais patente a partir da atuação do SPI. Trata-se de texto legal legatário dos mesmos fins que orientaram a ação do Estado nos primórdios da República brasileira: a incorporação dos indígenas à "comunhão nacional" como estratégia tanto de consolidação do território como de expansão da força de trabalho economicamente produtiva.

O exercício da tutela não se deu de modo uniforme no tempo e no espaço, estando sujeito a diversas variáveis, a começar pelas relações de força e interesses econômicos locais, as peculiaridades culturais de cada povo indígena e o grau de receptividade à estratégias biopolíticas, o nível de estruturação das instâncias de governa nas diferentes regiões etc. Os processos de normalização, consideradas as relações de poder em sua microfísica, assumem características singulares em cada situação concreta<sup>468</sup>.

#### **4.3.2. O Estatuto do Índio e a interação**

Embora fundado no evolucionismo e no paradigma integracionista, o Estatuto do Índio também contém normas de espírito bastante avançado, que denotam a intenção de respeitar e preservar a cultura indígena. Esse é um interessante paradoxo da lei, que reflete ao mesmo tempo a convicção evolucionista quanto à transitoriedade da condição de índio e também ao

---

<sup>468</sup> Nesse sentido, o regime tutelar deve ser entendido *"como um sistema coeso e interdependente, que se articula não somente sobre o dito e o consensual, mas fundamentalmente em razão de discursos políticos divergentes e de concepções do poder radicalmente contrárias mas que, paradoxalmente, no âmbito das práticas, se associam e se sobrepõem justamente através de diferenças, ambigüidades e silêncios. Tal postura não remete a um conhecimento de tipo generalizante e abstrato, mas a um exercício singular de resgatar a tessitura das relações sociais. Ao fim dessa busca não se encontra um tecelão único ou as regras gerais do trançado, mas sim a densidade e multiplicidade dessa urdidura, as diferentes tramas e estilos que compõem a singularidade dessa peça única"* (OLIVEIRA FILHO. "O nosso governo", p. 237).



imperativo moral de se garantir a dignidade e a autonomia das populações que originalmente habitavam o território brasileiro<sup>469</sup>.

Os aspectos avançados da Lei n. 6001/73 ficam mais evidentes à luz da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, que vem a ser a norma de direito internacional mais importante, na atualidade, para a definição dos direitos dos povos indígenas.

A comparação entre os dois textos se revela um exercício interessante. Tome-se como ponto de partida os critérios para a definição da condição de índio. Nos termos da Convenção 169, são indígenas os descendentes de populações *"que habitavam o país ou região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas"* (art. 1º, item 1, b). Há, porém, um critério adicional de crucial importância: *"a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção"* (art. 1º, item 2).

O critério adotado é misto, pois se exige a descendência ao mesmo tempo em que se estabelece como fundamental a chamada *identidade étnica*, parâmetro considerado o mais adequado pelas próprias comunidades indígenas de todo o mundo, em que pesem algumas controvérsias<sup>470</sup>.

Trata-se do mesmo critério do Estatuto do Índio, que, em uma formulação mais sintética, dispõe que *"Índio ou silvícola é todo indivíduo de*

---

<sup>469</sup> Um dos princípios norteadores a ação oficial é o dever de *"respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os ser valores culturais, tradições, usos e costumes"* (art. 2º, VI, do Estatuto do Índio).

<sup>470</sup> BARBOSA. Op. cit., p. 44.

*origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional"* (art. 3º, I).

As semelhanças não param aí. Vários dos direitos reconhecidos pela Convenção 169, como resultado dos esforços dos movimentos de afirmação indígena de todo o planeta, encontram equivalentes no Estatuto do Índio.

O item 2 do art. 2º da Convenção descreve medidas que deverão ser adotadas pelos governos dos países signatários, com vistas a assegurar aos membros de comunidades indígenas *"o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população"* e *"a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições"*, no esforço de *"eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida"*.

O art. 1º do Estatuto, por sua vez, declara o propósito de preservar a cultura indígena<sup>471</sup>, enquanto o art. 2º estende aos índios os direitos da legislação comum e o direito à assistência do Estado, além de pormenorizar princípios para a preservação de suas peculiaridades culturais, garantindo

---

<sup>471</sup> Embora também declare o propósito de integrá-los *"à comunhão nacional"*, como se fossem compatíveis os objetivos. Agostinho ainda busca conciliá-los, negando a equivalência dos termos *assimilação* e *integração* e defendendo que o segundo seja entendido em seu *"uso antropológico"*, entendido como *"um conjunto de formas de articulação entre sociedades indígenas privadas de sua autonomia e a sociedade nacional que as domina, verificadas no plano do econômico, do social e do político"* (AGOSTINHO. Op. cit., p. 67-70). Nesse sentido, a integração perseguida pela lei se avaliaria por critérios jurídicos (o reconhecimento dos plenos direitos civis, sem que isso afete os usos e costumes tradicionais), e não sociológicos (a assimilação propriamente dita).

Interessantemente, na mesma coletânea, outro artigo traz críticas veementes à referida contradição entre os objetivos declarados pela lei, apontando o sentido indubitavelmente etnocêntrico da idéia de integração (SILVA, Orlando. Op. cit., p. 40-43).

inclusive sua colaboração, sempre que possível, na execução de programas e projetos em seu benefício (inciso VII).

Prosseguindo na comparação se percebe que os pontos de semelhança vão além, com ambos os instrumentos legais reconhecendo o direito das comunidades e dos indivíduos indígenas: a) à observância de seus costumes e instituições na aplicação da legislação nacional, no que forem com ela compatíveis, em assuntos de seu interesse, reconhecidas inclusive as sanções de natureza penal (arts. 8º e 9º da Convenção; art. 57 do Estatuto)<sup>472</sup>; b) à consideração das características peculiares dos indivíduos indígenas que tenham sofrido condenação penal, relativamente ao cumprimento da pena (art. 10 da Convenção; art. 56 do Estatuto); c) aos recursos naturais existentes em suas terras (art. 15 da Convenção; art. 45, § 1º, do Estatuto); d) a garantias de sanções legais contra eventuais intrusões em suas terras (art. 18 da Convenção; arts. 34 a 38 do Estatuto); e) a medidas especiais de proteção nas relações de trabalho (art. 20 da Convenção; arts. 14 a 16 do Estatuto); f) à participação na formulação de programas e medidas para sua própria formação profissional (art. 22 da Convenção; art. 2º, VII e VIII, do Estatuto); g) a medidas de incentivo da produção econômica própria de suas culturas (art. 23 da Convenção; art. 53 do Estatuto); h) à inclusão no regime geral de seguridade social (art. 24 da Convenção; art. 55 do Estatuto).

Os dispositivos legais referidos, se não possuem exatamente a mesma redação, têm sem dúvida a mesma essência.

---

<sup>472</sup> Desse modo, é evidentemente exagerada a afirmativa: "*o Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito estatal sob a cultura constitucional é único e onipresente*", seguida da ilação de que os sistemas jurídicos nacionais da América Latina desprezam a complexidade das diferentes normas das culturas indígenas relativas a questões de família, propriedade, sucessão, casamento e crimes ou condutas anti-sociais (SOUZA FILHO. Op. cit., p. 71).

O breve exercício de comparação entre esses dois textos legais, tão distintos entre si quanto à época e às circunstâncias de elaboração, de fato leva a conclusões surpreendentes. Fruto da mobilização de povos indígenas de todo o mundo contra a antiga Convenção 107 da OIT, de 1957, os trabalhos de elaboração da Convenção 169 tiveram a participação de representantes desses povos e o resultado é, como se disse, a mais avançada norma de direito internacional no trato da questão na atualidade. O avanço representado por ela se reflete na demora em sua ratificação pelo Brasil, o que só veio a ocorrer em 2002<sup>473</sup>.

Esse interessante paradoxo, considerando as significativas semelhanças entre os textos legais e ao mesmo tempo o verdadeiro abismo teórico que os separa, é uma questão que deve ser entendida à luz do fenômeno de *mudança de paradigmas*<sup>474</sup>. Os aspectos positivos do Estatuto do Índio refletem um conteúdo humanista que perpassa toda a história da legislação indigenista brasileira, ainda que no plano retórico ou no ideal, desde o período colonial.

O imperativo moral de preservação das peculiaridades das culturas autóctones, entretanto, sempre foi afirmado e ao mesmo tempo descumprido. Tal fato é indissociável do evolucionismo pretensamente humanista que se prolonga, com as mutações filosóficas e jurídicas trazidas pelo tempo, desde o humanismo cristão das ordens religiosas e o trabalho de conversão compulsória dos gentios, até a inserção e auto-sustentação dos silvícolas,

---

<sup>473</sup> Decreto Legislativo 143, de 20/06/02.

<sup>474</sup> Daí a ênfase dada à pesquisa histórica. A ruptura de paradigmas representada pelo art. 231 da Constituição de 1998 somente pode ser entendida à luz da evolução da legislação antecedente; nesse sentido *"na interpretação a práxis e a ciência são frequentemente forçadas pelos direitos fundamentais, mas também por outras prescrições constitucionais, a recorrer a percursos de história das idéias, de história evolutiva e de história do direito e da constituição no sentido mais estrito, para obter deles por meio da comprovação da continuidade ou descontinuidade material e normativa pontos de vista para a concretização"* (MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 73).

perseguida segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo do SPI e o integracionismo econômico da Funai.

A distância entre princípios e realidade, pregação e prática, deve-se ao paradigma que guiou a ação estatal desde os primeiros contatos, passando pelo período pombalino e pelo Código Civil de 1916, até o Estatuto do Índio, com foco sempre na integração. Apenas com a Constituição de 1988 criaram-se as bases para uma nova era na relação entre povos indígenas e sociedade circundante, com base, a partir de então, no paradigma da interação.

#### **4.4. O projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas**

O paradigma da integração, ainda hoje com fortes ecos na doutrina, foi superado pela Constituição de 1988, na forma do *caput* do art. 231: "*São reconhecidos aos índios sua organização social, costume, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens*".

Sucintamente, pode-se dizer que a Constituição reconhece o direito do índio ser índio<sup>475</sup>.

A concepção de tutela-incapacidade é incompatível com a norma constitucional – daí a tutela-proteção. Enquanto o *caput* estabelece os contornos gerais dos direitos dos índios, o parágrafo 1º garante sua "*reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições*".

Não se trata, pois, da tutela de seres primitivos e infantis, enquanto não integrados à civilização. O direito à sociodiversidade e ao

---

<sup>475</sup> SOUZA FILHO. Op. cit., p. 106.

etnodesenvolvimento, direito fundamental de quinta dimensão (natureza de discriminação inversa), reconhece a riqueza representada pelo pluralismo cultural e a importância de sua preservação<sup>476</sup>.

Segundo o atual Código Civil (art. 4º) a questão da capacidade dos índios deve ser tratada pela legislação especial – ainda hoje o anacrônico Estatuto do Índio, cuja recepção pela Constituição de 1988, como visto, não constitui uma questão simples.

Tramita no Congresso Nacional projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas (PL 2.057, de 1991), de teor notadamente mais avançado que a legislação atual<sup>477</sup>.

Na versão atual o PL está dividido em sete títulos, tratando sucessivamente dos princípios e definições, da organização social, dos bens, das terras e da "assistência especial", além de um conjunto de normas penais e um último título, denominado "da pessoa do índio".

O art. 1º do PL e seus dois primeiros parágrafos apenas repetem a o texto da Constituição, com o acréscimo da menção à possibilidade de atuação dos Estados federados em caráter complementar à da União.

---

<sup>476</sup> Em oposição à associação entre *desenvolvimento e progresso*, típica da racionalidade da civilização pós-industrial, entende-se o *etnodesenvolvimento* como o desenvolvimento que mantém o diferencial sociocultural de uma sociedade ou, em outras palavras, sua *etnicidade*. (cf. AZANHA, Gilberto. *Etnodesenvolvimento, mercado e mecanismos de fomento*, p. 31-35).

Deve-se salientar que o *etnodesenvolvimento* – expressão consagrada pela Unesco na *Declaração de San José da Costa Rica sobre Etnocídio e Etnodesenvolvimento* de 1981 – deve se articular estreitamente com as políticas de proteção do meio-ambiente.

<sup>477</sup> Em 1991 foram apresentados três projetos de lei no Congresso, um de autoria do Poder Executivo (elaborado por um grupo interministerial coordenado pela Funai), o segundo apresentado pelo grupo encabeçado pelo deputado Tuga Angerami e elaborado pelo CIMI – Conselho Indigenista Missionário, e o último apresentado pelo deputado Aloizio Mercadante e de autoria do NDI – Núcleo de Direitos Indígenas, embrião do ISA – Instituto Socioambiental (cf. GONÇALVES, Wagner. *Natureza jurídica das comunidades indígenas*, p. 241).

Em 1994 foi aprovado substitutivo pela Comissão Especial da Câmara, o que não diminuiu o acirramento dos debates para sua aprovação, tendo o Poder Executivo apresentado uma proposta alternativa em 2000 (cf. ARAÚJO, Ana V.; LEITÃO, Sérgio. *Direitos indígenas*, p. 24-25).

Permanece como referência, porém, o último dos projetos originais mencionados, com as alterações posteriores; as presentes observações são feitas a partir dessa versão.

Inovações mais substanciais surgem a partir do parágrafo 3º: "a elaboração e execução de planos de defesa nacional, de ordenamento do território e de desenvolvimento econômico de âmbito nacional e regional, por parte do Poder Público, não prejudicará a aplicação dos diversos direitos reconhecidos no caput e regulados por esta lei".

Deve-se apontar que os "direitos reconhecidos no caput" referidos no art. 1º do PL são os mesmos do *caput* do art. 231 da Constituição. Constituem, como tais, direitos fundamentais de quinta geração (natureza de discriminação inversa). Não são, porém, absolutos, mesmo porque nenhum direito ou princípio fundamental o é.

A *defesa nacional* constitui um imperativo inerente ao próprio Estado, que não pode se abster de defender-se (já o *ordenamento do território* é ferramenta de defesa, não princípio autônomo). O desenvolvimento nacional é, por sua vez, princípio declarado logo no Preâmbulo da Constituição e reafirmado, como *objetivo fundamental*, no art. 3º, II – como tal, inclui-se na espécie dos princípios constitucionais impositivos<sup>478</sup>.

Logo, é descabida a intenção do PL de "absolutizar" os direitos dos índios já declarados na Constituição e também, o que é ainda mais ilógico, tentar coibir a incidência de outros princípios expressos no próprio pacto fundamental de 1988<sup>479</sup>.

Não se trata de relativizar direitos fundamentais, mas sim de estabelecer um pressuposto metódico imprescindível à operatividade da principiologia

---

<sup>478</sup> Conforme a classificação proposta por: CANOTILHO. Op. cit., p. 1130.

<sup>479</sup> A ponderação de princípios, nessa hipótese, para não importar em relativização da norma do *caput* art. 231 da Constituição, deve levar em conta "que as normas constitucionais que versam sobre a organização econômica, social e política podem ser consideradas, de certa forma, ao mesmo tempo garantias e condições de efetivação dos direitos fundamentais, sem que com estes, no entanto, venham a se confundir, já que uma diluição dos direitos fundamentais na organização estatal importaria em corromper o seu sentido" (SARLET. Op. cit., p. 86, nota de rodapé n. 180. O autor se funda na doutrina do português Vieira de Andrade).

constitucional. Nesse sentido, lembre-se, por exemplo, que a própria Constituição, inobstante declare os direitos *originários* dos índios às terras tradicionalmente ocupadas, cria norma de exceção que autoriza, *ad referendum* do Congresso Nacional, a remoção de grupos indígenas em caso de catástrofe, epidemia ou no interesse da soberania (§ 5º do art. 231).

O art. 3º do PL dispõe: "*as sociedades indígenas têm personalidade jurídica de natureza pública de direito interno e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público*". Como tais, podem representar (art. 4º) e peticionar livremente, com direito a determinados benefícios e garantias processuais (art. 5º e parágrafos).

A atribuição de personalidade jurídica de direito público é discutível face ao paradigma da interação. Afinal, cabe ao poder público reconhecer e garantir as formas de organização próprias dos índios, e não erigi-los coletivamente a uma determinada categoria jurídica<sup>480</sup>.

Aos índios se deve, isso sim, garantir o direito de preservar suas tradições, podendo se unir em um ente coletivo, ou desconstituir tal ente, conforme sua vontade. Organizar-se, fixar os próprios fins, preservar sua cultura e manter a integridade das terras tradicionalmente ocupadas; sem tais garantias não é possível concretizar o princípio da autonomia.

Correta, por outro lado, a dispensa do registro. Com ela, as sociedades indígenas não podem ser consideradas, tampouco, pessoas jurídicas de direito

---

<sup>480</sup> GONÇALVES. Op. cit, p. 242. A partir de Cretella Junior e Bandeira de Mello, o autor lembra que as pessoas jurídicas de direito público, ao contrário das comunidades indígenas, devem se pautar pelos princípios da *supremacia do interesse público* e da *indisponibilidade* de tal interesse. Já as de direito público interno (em distinção aos entes políticos) se prestam principalmente ao exercício das funções administrativas do Estado.

Por outro lado, Osmar José da Silva, embora enumere diversas dificuldades técnicas na aplicação do conceito de *pessoa jurídica*, acaba por defender como adequado às coletividades indígenas o status de *pessoas jurídicas de direito interno* e sustenta ainda que, pela legislação atual, as mesmas devam ser consideradas *sociedades de fato não personalizadas* (SILVA, Osmar. *O índio e sua proteção jurídica*, p. 37-43). À mesma conclusão chega: CUNHA, Cláudio. Op. cit., p. 30.



privado. Na formulação ideal, portanto, seriam *peças jurídicas de natureza excepcional*, nem pública nem privada. Não há, legal ou constitucionalmente, impedimento para tanto. A fórmula, ao contrário, revela-se adequada; a Constituição de 1988 garante a integridade dos direitos culturais dos povos indígenas, seus "*costumes, línguas, crenças e tradições*", justamente por lhes reconhecer a legitimidade, que deve ser respeitada pelo direito positivo.

Ao Estado cabe garantir tais direitos, estando autorizado a interferir de forma direta apenas se for essa a vontade dos interessados, ou no caso de flagrante ameaça externa à integridade física ou cultural da coletividade indígena.

É expresso no PL o direito à auto-regulação interna (art. 6º). Em caso de identificação de índios isolados, cabe à União interditar a área para garantia de sua integridade cultural, inclusive do direito de permanecer isolados. Como sanção, o art. 7º tipifica penalmente a conduta do agente público que promover ou autorizar o contato forçado.

O projeto em nenhum momento utiliza as expressões *tutela* ou *regime tutelar*. A ausência é compensada por um sistema de prevenção e compensação de danos que possam advir das relações entre índios e particulares, tidas como assimétricas por natureza: o art. 8º declara "*nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos*" os atos ou negócios realizados entre índios e terceiros, que tenham como objeto bens das comunidades indígenas e se revelem prejudiciais a elas. Em caso de prejuízo patrimonial a União ficaria obrigada a ressarcir-lo, com direito de regresso contra quem lhe tenha dado causa<sup>481</sup>.

---

<sup>481</sup> Nesse ponto, o projeto se assemelha à proposta de reformulação da tutela de lavra de Carlos Marés: "*o que significa, então, aprofundar a tutela atualmente existente e de acordo com a revolucionária*

Tanto o substitutivo de 1994 quanto a proposta apresentada em 2000 propõem o fim da tutela e da conceituação dos índios como relativamente incapazes, ao passo em que prevêm tratamento especial como proteção das peculiaridades culturais, com diversas medidas de regulação das relações dos povos com particulares e com o Estado<sup>482</sup>.

Evitando utilizar o desgastado vocábulo *tutela*, na realidade o projeto reformula o poder tutelar e o mitiga consideravelmente. O art. 11 do PL trata do patrimônio indígena, determinando que a administração do mesmo e de eventuais rendimentos cabe a cada comunidade, com a prerrogativa de delegação expressa de tal função. Em qualquer caso, cabe à União a responsabilidade pela proteção da coletividade contra qualquer ameaça ou violação por terceiros.

Trata-se de inovação importante; desde a criação do SPI e posteriormente com a Funai o patrimônio indígena tem sido administrado pela União. É relevante mencionar que o atual estatuto da Funai tem como uma das finalidades a *emancipação econômica* das comunidades indígenas (art. 28, I) – remetendo à conhecida prática de emancipar os índios para, desprotegendo-

---

*Constituição de 1988? Em primeiro lugar deve-se retomar a definição de 1928, afastando desde logo a tutela orfanológica e qualquer menção ou aplicação, mesmo que subsidiária, da legislação privada, deixando claro que aqui não se trata de Direito Privado de Família, e sim, de Direito Público. Em segundo lugar, deve ser entregue a administração dos bens aos próprios índios, segundo seus usos, costumes e tradições, mantendo a intervenção do Estado sempre que houver negócio jurídico com não índios, mas agregando a responsabilidade objetiva do Estado sempre que, em havendo sua participação, houver prejuízo ao patrimônio indígena. Estaremos assim na seguinte situação: se o negócio jurídico for feito sem a participação do Estado, é nulo e o prejuízo causado deve ser reparado pelo causador do dano, se houve assistência do Estado, o dano é reparado pelo próprio Estado. Há que ser agregado, ainda, um terceiro instrumento de proteção para os negócios que, ainda que nulos, causem danos ao patrimônio e não possam ser reparados pelo agente causador, ou porque se o desconhece ou porque não é solvente, hipótese em que o Estado deve ter a obrigação de fazê-lo. Desta forma, se estará cumprindo o desiderato da Constituição, mas muito mais do que isto, se tenta corrigir uma injustiça que já dura cinco séculos" (SOUZA FILHO. Op. cit., p. 108).*

Por outro lado, é justamente a semelhança com o regime tutelar que provoca preocupação em: BARBOSA. Op. cit., p. 214-215.

<sup>482</sup> É importante registrar que há relatos de resistências supostamente corporativas por parte dos quadros da Funai com relação às propostas de fim da tutela, inclusive com a mobilização de indígenas, por temor que tal medida leve à extinção da fundação (ARAÚJO; LEITÃO. Op. cit., p. 26).

os, conquistar suas terras e riquezas – o que, entendemos, é incompatível com a Constituição. Outra regra perniciosa determina a reaplicação da renda indígena *preferencialmente* em benefício dos índios (art. 26, §1º); ora, se deles o patrimônio, a reversão a seu favor deveria ser completa<sup>483</sup>.

Voltando ao texto do PL, há previsão de obtenção de patente, coletiva ou individual, de invenções, modelos de utilidade, modelos industriais ou desenhos industriais "*direta ou indiretamente resultantes dos conhecimentos ou modelos indígenas*" (arts. 12 a 16). Protege-se também a propriedade não patenteável (arts. 17 e 18) e o direito autoral (art. 19)<sup>484</sup>.

O projeto dispõe extensamente sobre temas cruciais, cuja especificidade e riqueza fogem aos limites da presente pesquisa: o conceito de terras indígenas, sua proteção e o processo administrativo para seu reconhecimento (arts. 20 a 47), a mineração nessas áreas (arts. 52 a 60) e o aproveitamento de seus recursos hídricos (arts. 61 e 62) – em todos os casos, garantindo a

---

<sup>483</sup> Interessam os seguintes artigos do Estatuto da Funai (Decreto n. 4.645/03): "art. 25. *Constituem bens do Patrimônio Indígena: I - as terras tradicionalmente ocupadas pelos grupos tribais ou comunidades indígenas; II - o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades integrantes do Patrimônio Indígena, sob a responsabilidade da FUNAI; e III - os bens móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título. Art. 26. A renda indígena é a resultante da aplicação de bens e utilidades integrantes do Patrimônio Indígena, sob a responsabilidade da FUNAI. § 1º A renda indígena será preferencialmente reaplicada em atividades rentáveis ou utilizada em programas de assistência ao índio. § 2º Os bens adquiridos pela FUNAI, à conta da renda do Patrimônio Indígena, constituem bens deste Patrimônio. Art. 27. O arrolamento dos bens do Patrimônio Indígena será permanentemente atualizado, procedendo-se à fiscalização rigorosa de sua gestão, mediante controle interno e externo, a fim de tornar efetiva a responsabilidade dos seus administradores. Art. 28. O Patrimônio Indígena será administrado pela FUNAI, observadas as normas e princípios estabelecidos pela Lei nº 5.371, de 1967, tendo em vista os seguintes objetivos: I - emancipação econômica das comunidades indígenas; II - acréscimo do patrimônio rentável; e III - custeio dos serviços de assistência ao índio. Art. 29. O plano de aplicação da renda do Patrimônio Indígena, distinto do orçamento da FUNAI, será anual e previamente submetido à aprovação do Ministério da Justiça. Art. 30. Responderá a FUNAI pelos danos causados por seus servidores ao Patrimônio Indígena, cabendo-lhe ação regressiva contra o responsável, nos casos de culpa ou dolo".*

<sup>484</sup> Os conhecimentos tradicionais são inerentemente coletivos e a propriedade intelectual eminentemente individual; daí a complexidade do tema da propriedade intelectual indígena, considerando ainda que "*os longos processos de acumulação de conhecimentos humanos, sempre dependentes de intercâmbios, diálogos, apropriações e releituras cuja história não podemos reconstituir de forma precisa, parecem indicar antes o interesse de uma clivagem que identifique sem margem de dúvida as diversas possibilidades de apropriação de seus resultados, permitindo que se criem mecanismos de proteção contra procedimentos que produzem a espoliação de grupos ou sociedades inteiras em benefício de poucos*" (LIMA; BARROSO-HOFFMANN. *Aspectos de uma nova regulação dos direitos indígenas no Brasil*, p. 18).

participação efetiva das comunidades interessadas nos trâmites administrativos respectivos.

No capítulo reservado ao meio-ambiente (arts. 48 a 51), a par a reiteração salutar (embora pleonástica face à Constituição) do dever do Estado de proteger os recursos naturais necessários ao bem-estar das sociedades indígenas (art. 48), chama atenção a exigência de *autorização* pelas mesmas, como condição para a criação de unidades de conservação ambiental no interior de suas terras. Havendo autorização, a criação se faria através de *contrato* firmado com "*as instâncias do Poder Público interessadas*" (art. 50).

Na forma proposta, tratar-se-ia de regra especial em relação à Lei do SNUC (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), que prevê a realização de *consulta pública* no curso do processo administrativo de criação de unidade de conservação. Tal consulta pública, diga-se, tem o objetivo precípua de subsidiar os levantamentos relativos à localização e limites da unidade de conservação a ser criada, sem o condão de transmutar o processo em um ato negocial<sup>485</sup>.

Não há impedimento para que o eventual Estatuto das Sociedades Indígenas crie regra específica para a criação de unidade de conservação em terras indígenas. Contudo, face ao regime especial previsto na Constituição, pelo qual os direitos originários dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas são exercidos no regime de *posse permanente* associada ao *usufruto exclusivo* de suas riquezas (§ 2º do art. 231), parece-nos anômalo que os mesmos possam obstar o processo, em tal hipótese revestido de natureza

---

<sup>485</sup> A realização de consulta pública, prevista no art. 22 da Lei n. 9.985/00, não constituiu nem mesmo etapa obrigatória do processo, nos termos dos arts. 4º e 5º do Decreto n. 4.340/02, regulamentador da Lei do SNUC.

Salientamos ainda que, por força do 225, §1º, III, da Constituição, uma vez criada uma unidade de conservação, sua alteração ou supressão depende de lei em sentido estrito.

contratual, ao mesmo tempo em que a mesma prerrogativa estaria sendo negada aos detentores de plena *propriedade*, nos termos do regime geral da Lei do SNUC.

Não se pode olvidar, nesse sentido, que a referida lei já prevê dois gêneros de unidades de conservação – de proteção integral e de uso sustentável –, cada qual com diversas espécies equivalentes a diferentes regimes de exploração econômica, incluindo hipóteses de vedação absoluta. Portanto, nada impede a criação de um novo gênero de unidade de conservação específico para as terras indígenas, fundado em regime legal específico de exploração das riquezas das quais os índios são usufrutuários, atentando inclusive para as formas tradicionais de utilização da biodiversidade – ao invés de simplesmente se impedir a criação da unidade de conservação em não havendo anuência por parte da respectiva coletividade. Nesse sentido, é importante destacar que a preservação da riqueza ambiental e a garantia de um "*meio ambiente ecologicamente equilibrado*" constituem direito de natureza geral e difusa, na forma do *caput* do art. 225 da Constituição.

Quanto ao tema apontamos, por fim, que as restrições ora consignadas ao modelo contratual esboçado pelo PL não nos impedem de apontar a correção da previsão de compensação das comunidades indígenas pelas eventuais restrições decorrentes da criação da unidade de conservação, permanecendo expressamente proibida a restrição ao livre trânsito dos índios (art. 50, §§ 1º a 3º).

No título reservado à assistência, o PL prevê capítulos distintos para as políticas relativas à saúde (arts. 63 a 69) e à educação (arts. 70 a 74) dos índios. Em ambos casos é respeitada a participação dos indígenas nos órgãos

encarregados da formulação das políticas públicas, embora não de forma paritária, o que seria mais apropriado. No caso da educação, o texto do projeto busca proteger de forma ampla as peculiaridades culturais de cada povo, com regras para a criação de programas e práticas específicas e a valorização das línguas e dos métodos tradicionais de aprendizado, além do incentivo à formação de profissionais naturais das próprias comunidades, garantindo ainda o reconhecimento do conteúdo curricular das escolas indígenas.

Após um corpo de normas de natureza penal (arts. 75 a 91), o PL 2.057/91 se encerra com as regras relativas à "pessoa do índio", sua identificação, nacionalidade e registro (arts. 92 a 94). Como critério de definição da condição de índio, o PL adota a auto-identificação conjugada com a aceitação (critério psicológico e social), sem qualquer referência à descendência pré-colombiana, o que, como já exposto, coaduna-se com o estado da arte da antropologia.

## 5. Conclusões

Mesmo reconhecidos e declarados de forma reiterada desde o período colonial, os direitos originários dos índios – às suas terras e aos frutos delas, à preservação de seus hábitos e de seu modo de vida – sempre foram sistematicamente desrespeitados, levando a conseqüências verdadeiramente genocidas.

Resta ao operador do direito, pois, buscar caminhos para concretizar a Constituição<sup>486</sup>. Quanto aos direitos dos índios, o presente estudo partiu da investigação histórica com o intuito de identificar os princípios jurídicos consagrados no direito brasileiro ao longo da complexa trajetória de interações entre os povos nativos e a sociedade *civilizada*, com o fim de dimensionar adequadamente a inovação representada pela Constituição de 1988<sup>487</sup>.

---

<sup>486</sup> Aqui retorna o problema da interpretação; a esse respeito, é justamente a idéia de norma constitucional como algo a ser "confirmado" o que leva Streck, a partir das idéias de F. Müller e de D. Dallari, a rejeitar a autonomia metodológica da hermenêutica constitucional, na medida em que isso importaria considerar a Constituição uma "ferramenta" de conteúdo "confirmável" (cf. STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 319).

Nas palavras de Olivier Jouanjan: *"a normatividade é uma qualidade dinâmica da norma, considerada na sua relação com a realidade: a norma ordena uma realidade ao mesmo tempo em que é, parcialmente, determinada por ela. "Por 'normatividade', designa-se a propriedade dinâmica de uma norma, desse modo concebida tanto para ordenar a realidade que lhe é subjacente – normatividade concreta – quanto para ser ela própria condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade factualmente condicionada. Daí a concepção da norma como "modelo de ordem factualmente condicionada". Se a norma é, desse modo, sachbestimmt, sachgeprägt, ou seja, determinada, condicionada, impregnada pela realidade concreta que ela ordena, ela não é "absorvida pelo dado concreto", na medida em que ela contém também, como modelo de ordem, um momento programático que revela a interpretação dos textos. Porém, a realidade regulada, participante da norma a título constitutivo, não é mais que o "objeto" do programa normativo"* (cf. *Présentation du Traducteur*; In: MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*, p. 15-16: *"la normativité est une qualité dynamique de la norme prise dans son rapport à la réalité: la norme ordonne une réalité en même temps qu'elle est, partiellement, déterminée par elle. "Par 'normativité', on désigne la propriété dynamique d'une norme ainsi conçue tant d'ordonner la réalité qui lui est sous-jacente – normativité concrète – que d'être elle-même conditionnée et structurée par cette réalité – normativité factuellement conditionnée"* (Strukturierende Rechtslehre, p. 17). *D'où la conception de la norme comme "modèle d'ordre factuellement conditionnée"* (sachbestimmtes Ordnungsmodell). *Si la norme est ainsi sachbestimmt, sachgeprägt, c'est-à-dire déterminée, conditionnée, imprégnée par la réalité concrète qu'elle ordonne, elle n'est pas "absorbée dans le donné concret"* (Op. cit., p. 172) *en tant qu'elle contient aussi, comme modèle d'ordre, un moment programmatique que révèle l'interprétation des textes. Mais la réalité ordonnée, participant à titre constitutif à la norme, n'est pas que l'"objet"* (ibid.) *du programme normatif"*).

<sup>487</sup> O estudo histórico cotejado com a teoria foucaultiana buscou identificar a dinâmica entre a impositividade do direito e os efeitos concretos de sua aplicação, na medida em que *"o direito constitucional mostra de modo particularmente preciso que uma norma jurídica não é um julgamento*

A abordagem a partir das propostas da metódica constitucional se deve à constatação de que embora o positivismo jurídico ainda ofereça subsídios para a interpretação constitucional, suas ferramentas tradicionais se mostram insuficientes para a concretização de direitos fundamentais de quinta dimensão<sup>488</sup>.

Ao longo dos anos 80 o movimento indigenista defendia a permanência da tutela e o indigenismo oficial sua extinção<sup>489</sup>; para alguns, como se disse, o fato de a Constituição de 1988 não mencionar um órgão indigenista oficial importaria na conclusão de que pretendeu simplesmente extinguir a tutela<sup>490</sup>.

O regime tutelar, como antes concebido, é inegavelmente incompatível com a Constituição de 1998. O modelo do Estatuto do Índio deixou de ser aceitável; ilude imaginar, porém, que assim o poder do Estado tenha diminuído, pois na realidade sua responsabilidade aumentou. O desafio atual é a reformulação da tutela, para permitir aos índios o exercício da autonomia e preservação da própria cultura, ao mesmo tempo em que o cabe ao Estado definir e conduzir a política indigenista oficial, sem que lhe seja subtraído o poder-dever de agir concretamente no labor de concretizar a Constituição.

---

*hipotético isolável de seu campo de regulação, uma manifestação de autoridade imposta sobre a realidade, mas uma consequência ordenadora e prescritiva direcionada pela estrutura objetiva do domínio social regulado" (MÜLLER. Op. cit., p. 192. "Le droit constitutionnel montre de manière particulièrement nette qu'une norme juridique n'est pas un jugement hypothétique isolable de son champ de réglementation, un forme imposée d'autorité par-dessus la réalité, mais une conséquence ordonnatrice et prescriptive tirée de la structure objective du domaine social réglementé").*

<sup>488</sup> Em outras palavras: "para o positivismo jusconstitucionalista a constituição é um sistema formal de leis constitucionais, a lei um ato de vontade do estado sob forma de lei. Para ele, as normas e os institutos de direito constitucional não podem apresentar um nexo material com dados da história e da sociedade atual, que pudesse retornar na concretização como um teor material que entra em ação de modo qualquer. Tais nexos não são negados, mas tratados como sem interesse para a ciência jurídica" (MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 24).

<sup>489</sup> BASTOS, Rafael. *Sobre a noção de tutela dos povos e indivíduos indígenas pela União*, p. 52.

Por outro lado, há quem diga que a discussão gradativamente derivou para a pura bizantinice e pedantismo acadêmico (SILVA, Orlando, *Os povos indígenas e o Estado brasileiro*, p. 52).

<sup>490</sup> BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação*, p. 209.



A tutela dos povos indígenas constitui assim um imperativo resultante de o Estado ser o primeiro guardião da Constituição e, em última instância, do próprio direito. A mudança de paradigma não importa na sumária conclusão pela inexistência da tutela; seja com esse ou com outro nome – regime tutelar, poder tutelar, atividade de fomento<sup>491</sup>, dever de proteção, dever de assistência<sup>492</sup>, medidas de assessoramento e parceria<sup>493</sup> –, é essencial a atuação efetiva do Estado, sem prejuízo da autonomia dos povos indígenas e até mesmo como garantia dela.

Pelo princípio da tutela-proteção, não pode ser pretensão do Estado deter o monopólio da mediação das relações dos índios com quem seja, a exemplo do tutor da lei civil. O poder-dever de tutela traduz, isto sim, a finalidade primeira do próprio Estado, que é justamente a de fazer respeitar a Constituição. Para tanto, cabe ao Estado intervir para a garantia dos direitos constitucionais dos índios e para assegurar o próprio exercício da autonomia.

Por isso tão adequada a formulação do princípio de tutela-proteção proposta por Barreto<sup>494</sup>. Ao contrário do que comumente se acusa, ter a *proteção* como princípio não importa necessariamente em paternalismo, por

---

<sup>491</sup> Como proposto por: SANTILLI, Márcio. *Programas regionais para uma nova política indigenista*, p. 77.

<sup>492</sup> LIMA; BARROSO-HOFFMANN. *Estado e povos indígenas*, p. 18.

<sup>493</sup> LIMA, Antonio Carlos. *Problemas de qualificação de pessoal para novas formas de atuação indigenista*, p. 90.

<sup>494</sup> BARRETO, Helder. *Direitos indígenas*, p. 38, cit.

Afinal, persiste a assimetria de forças que justificava o regime tutelar (cf. AGOSTINHO, Pedro. *Incapacidade civil relativa e tutela do índio*, p. 64).

Nesse sentido, "reconhecer o "fim jurídico" da tutela da União sobre os povos indígenas pela Constituição de 1988 não significa o fim de formas de exercício de poder, de moralidades e de interação que se poderia qualificar de tutelares, nem representa um novo projeto para o relacionamento entre povos indígenas, poderes públicos e segmentos dominantes da sociedade brasileira assumido com clareza pelas instâncias governamentais responsáveis. Inexiste hoje, no plano da administração pública, uma política indigenista federal, isto é, um planejamento de governo transformado em diretrizes para ação, seja alocando e redistribuindo os recursos captados pelo Estado brasileiro, seja abordando diferentes aspectos da vida dos povos indígenas por meio não só da interlocução com os mesmos, como também de suas "organizações" ou outras formas nativas de gestão pública" (LIMA; BARROSO HOFFMANN. *Questões para uma política indigenista*, p. 17).

um motivo simples: é moralmente imperioso proteger o que já foi, apesar de sempre declarado, sistematicamente desprezado, desrespeitado e violentado. Esse é um dos princípios fundamentais decorrentes do art. 231 da Constituição, ao lado da autonomia.

Principal guardião da Constituição, o Estado detém os poderes e o dever de concretizá-la *como um todo*, vale dizer, de buscar sua efetividade de modo equilibrado, sem privilegiar determinados princípios ou direitos em detrimento de outros. Os direitos dos índios, na forma do art. 231, não de ser concretizados sem olvidar dos demais princípios da Lei Fundamental. Não se trata, pois, de buscar uma máxima efetivação da autonomia dos povos indígenas, chegando às raias da autodeterminação, em menosprezo às demais normas constitucionais. Não é essa a concretização constitucional em um Estado Democrático de Direito; afinal, é da natureza de pactos políticos refletir as tensões e contradições da própria sociedade, fornecendo os princípios para a construção do consenso juridicamente fundado<sup>495</sup>.

Somente afastando em definitivo qualquer concepção de tutela presa a parâmetros civilistas poder-se-á falar em povos indígenas amplamente autônomos e protegidos. Afinal, a tutela certamente não pode significar que os

---

<sup>495</sup> Precisa a análise: *"Três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. (...). O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc. Saliente-se ainda no que diz com este aspecto, a circunstância de que o Constituinte – a exemplo do que ocorreu com a Constituição Portuguesa – não aderiu nem se restringiu a apenas uma teoria sobre os direitos fundamentais, o que teve profundos reflexos na formatação do catálogo constitucional destes. De outra banda, ressalta na Constituição vigente o seu cunho programático e dirigente, que resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos"* (SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 75-76).

povos indígenas não possam e devam se articular politicamente, encaminhando suas demandas e gerindo seus interesses da forma que lhes seja adequada, perante qualquer ente ou instância.

A autonomia é plenamente legítima face à norma constitucional, desde que respeitados os outros direitos ou princípios presentes na Constituição, como a *soberania* (art. 1º, I) ou a *segurança e o desenvolvimento* (Preâmbulo). Daí a necessidade da tutela, como poder-dever exercido pelo Estado com vistas à ampla concretização da Constituição, evitando que um direito fundamental de natureza de *discriminação inversa* se exerça em prejuízo de outras disposições constitucionais.

Ademais, o entendimento de que o regime tutelar não foi recepcionado pela Constituição de 1988 e de que por isso a autonomia dos povos indígenas deve ser absoluta (não tutelada) importaria dizer que ação estatal deve se dar apenas em caráter subsidiário, muito possivelmente de forma reativa, quando os mesmos tenham sido vítimas de lesões ou ilegalidades. A ausência de tutela, nesse sentido, importaria certamente em omissão do Estado e no abandono dos índios à própria sorte. Ora, o princípio da autonomia não pode ser usado contra os próprios protegidos, como uma *emancipação* que os obrigue a buscar formas de inserção econômica na sociedade circundante<sup>496</sup>, como no anacrônico fim de integração, não mais admissível como política oficial.

---

<sup>496</sup> Assim: "(...) o crescente sucateamento dos órgãos de assistência do Estado, em especial a Funai, e o argumento da autonomia e da auto-sustentação econômica das comunidades indígenas adquirem contornos de grande impacto. Diante da falta de interesse e de recursos públicos ou do histórico fracasso em construir algo consistente no interior das comunidades indígenas, a afirmação hoje endossada pelos representantes dos órgãos responsáveis pela política indigenista no Brasil de que as aldeias devem se tornar auto-suficientes e autônomas pode significar, na prática, transferir para as comunidades o ônus e a responsabilidade pela solução dos muitos problemas que enfrentam, resultantes em grande parte da omissão governamental" (BRAND, Antônio. *Mudanças e continuísmos na política indigenista pós-1988*, p. 35).

Decerto não é fácil o equilíbrio dos princípios da autonomia dos povos indígenas e da tutela-proteção. À parte o antagonismo semântico dos termos *tutela* e *autonomia*, há verdadeiramente uma incompatibilidade histórica entre a lógica administrativa, historicamente autoritária e centralizadora, e a lógica indígena, "assentada em relações de parentesco e prestígio, descentralizadas e não hierarquizadas"<sup>497</sup>.

Superar tal contradição e chegar a uma relação equilibrada entre os princípios da tutela-proteção e da autonomia importa em considerar as etnias indígenas formas civilizatórias plenas, capazes de enriquecer os espaços pluriétnicos<sup>498</sup> almejados pela ética política contemporânea.

É salutar a participação de membros das próprias comunidades indígenas no exercício administrativo do poder tutelar do Estado<sup>499</sup>. Afinal, o paradigma da interação consagrado pela Constituição de 1988 abriu caminho para mutações no modo de exercício da tutela, já tendo produzido resultados concretos, do que são exemplo as demarcações participativas<sup>500</sup>.

---

<sup>497</sup> Idem.

<sup>498</sup> CARVALHO, Edgard. *Identidade étnico-cultural e questão nacional*, p. 72.

<sup>499</sup> "Nesse contexto, surgem dos grandes desafios: primeiro, os projetos de autonomia de cada povo ou comunidade, sua coesão e administração interna, hoje umbilicalmente ligados às possibilidades de espaço e participação no entorno regional; segundo, decorrente do primeiro, a capacitação dos agentes indígenas para esse relacionamento com seu entorno" (Op. cit., p. 34). No mesmo sentido: SOUZA FILHO, Carlos Marés. *As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios*, p. 61.

<sup>500</sup> Trata-se do Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas da Amazônia Legal (PPTAL), implantado pela Funai a partir de 1991 em razão da proximidade do vencimento do prazo constitucional de cinco anos para conclusão das demarcações das terras indígenas, e em cujo bojo se desenvolveram medidas inéditas de participação dos indígenas e das comunidades na definição e execução de políticas públicas, a partir de uma instância de decisão paritária (cf. MENDES, Artur. *O PPTAL e as demarcações participativas*, p. 37-40).

A experiência do PPTAL permitiu superar a concepção da demarcação de terras indígenas como "um procedimento fundamentalmente técnico, um conjunto de ações realizadas exclusivamente pelo Estado, segundo seus ritmos e critérios" (OLIVEIRA FILHO; IGLESIAS. *As demarcações participativas e o fortalecimento das organizações indígenas*, p. 44). Esse é um perfeito exemplo, na perspectiva da metódica constitucional, de medida de concretização da norma constitucional diretamente pela própria administração.

Para uma visão crítica dessa experiência, remetemos a: ARRUDA, Rinaldo. *Territórios indígenas no Brasil*, p. 140-144.

Se o princípio da autonomia significa a participação efetiva dos índios nos processos decisórios, o exercício da tutela-proteção, por seu turno, depende da existência de profissionais com formação teórica e perícia para a tarefa de intermediação do contato, aos quais, evidentemente, devem ser disponibilizados os meios materiais e técnicos necessários à consecução de seu mister<sup>501</sup>.

A política indigenista estatal deve se pautar pelos preceitos basilares da não integração, do consentimento informado e do respeito à decisão indígena<sup>502</sup>.

Somente dessa forma é possível solucionar de modo constitucionalmente adequado as questões atualmente mais relevantes quanto aos direitos indígenas, como são exemplos a proteção do patrimônio tradicional<sup>503</sup>; a relação entre etnodesenvolvimento e preservação ambiental<sup>504</sup>;

---

<sup>501</sup> A carência de pessoal qualificado e a "inexistência de um movimento regular de produção, aglutinação e publicização de conhecimentos sobre os problemas concretos enfrentados pelos índios em processos sociais nos quais se defrontam com alternativas e compulsões ao desenvolvimento", retratando os desafios atuais para a adequada formação do profissional em antropologia, são abordadas em: LIMA, Antonio Carlos. *Problemas de qualificação de pessoal para novas formas de atuação indigenista*, p. 83-94. No mesmo sentido: ARAÚJO; LEITÃO. *Direitos indígenas*, p. 30.

Tratam-se, é certo, de dificuldades relacionadas com as mudanças pelas quais passou o Brasil desde a época de criação da Funai, tais como a urbanização, o incremento das estruturas de comunicação e transporte e as diversas novas tecnologias (SANTILLI. Márcio. Op. cit., p. 71-76).

Quanto à complexidade inerente ao trabalho do antropólogo, em especial no que tange à interpretação do contato interétnico, veja-se: OLIVEIRA FILHO, João P. "O nosso governo", p. 26-59; OLIVEIRA FILHO. *Os instrumentos de bordo*, p. 269-295; e ainda: LIMA. *Os relatórios antropológicos de identificação de terras indígenas da Fundação Nacional do Índio*, p. 225-235.

Souza Lima aponta o equívoco da oposição, arraigada na antropologia brasileira, entre a vertente da *etnologia clássica* (estudo das "dimensões internas" da vida indígena) e do *contato interétnico*, essa última ligada especificamente às preocupações administrativas (Op. cit., p. 263), também assinalando que, a despeito das várias críticas formuladas em diferentes círculos científicos da Europa e do continente americano à chamada *antropologia aplicada*, apenas recentemente as pesquisas da história social da produção antropológica têm apresentado resultados mais efetivos (Op. cit., p. 225).

Pacheco de Oliveira, por fim, entende ser irreversível a fragmentação do exercício do poder tutelar entre diversos órgãos estatais, o que torna impossível um retorno aos "tempos heróicos" do indigenismo (OLIVEIRA FILHO. *Contexto e horizonte ideológico*, p. 25).

<sup>502</sup> SOUZA FILHO. Op. cit., p. 61.

Para uma interessante proposta de criação de um Parlamento Indígena, com o objetivo de promover a integração entre os diversos povos e de formular políticas de interesse comum, veja-se: LUCIANO, Gersem. *O sonho de um Parlamento Indígena no Brasil*, p. 25-42.

<sup>503</sup> A premente questão da regulação legal do patrimônio constituído pelos saberes tradicionais indígenas, em especial a estreita relação entre a riqueza da biodiversidade e a chamada sociodiversidade, é objeto de

a necessidade de programas regionais em prol dos diversos povos indígenas espalhados pelo território brasileiro, sem prejuízo de programas estratégicos de caráter geral<sup>505</sup>; as condições de vida das populações indígenas nas regiões de maior urbanização<sup>506</sup>; a participação efetiva dos povos interessados na definição das formas de aplicação de recursos e das metas a serem perseguidas<sup>507</sup>; a viabilidade, e mesmo a imperatividade, de revisão das demarcações de terras indígenas anteriores à Constituição de 1988 e com ela incompatíveis<sup>508</sup>.

O fato de a norma do *caput* do art. 231 da Constituição, a exemplo de outras disposições constitucionais igualmente avançadas, não ter logrado alcançar plena efetividade, permanecendo no plano ideal, retrata um estado de coisas realmente lamentável<sup>509</sup>. Contudo, seria equivocado entender que a não

---

análise por Juliana Santilli no artigo *Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados* e mais profundamente no livro *Socioambientalismo e novos direitos*.

Veja-se também o artigo: LEITÃO, Ana Valéria. *Direitos culturais dos povos indígenas*; e, para uma abordagem ligada à filosofia da cultura: HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*, capítulo 3.

<sup>504</sup> Sobre o tema, vejam-se os artigos: ARRUDA. Op. cit., p. 140; VERDUM, Ricardo. *Etnodesenvolvimento e mecanismos de fomento do desenvolvimento dos povos indígenas*, p. 87-92; LITTLE, Paul. *Etnoecologia e direitos dos povos*; SANTOS, Sílvio. *Os povos indígenas e a Constituinte*, p. 52; além da obra coletiva: LIMA, André (org.). *O direito para o Brasil socioambiental*.

<sup>505</sup> SANTILLI, Márcio. Op. cit., p. 78; SOUZA FILHO. Op. cit., p. 61.

Nesse particular, há um claro desequilíbrio no fluxo de recursos e na ênfase da ação estatal dos anos 1990 em diante, priorizando em demasia a Amazônia em detrimento dos índios de outras regiões (cf. LIMA; BARROSO-HOFFMANN. *Questões para uma política indigenista*, p. 28).

<sup>506</sup> LIMA; BARROSO-HOFFMANN. Op. cit., p. 28.

<sup>507</sup> Idem. Ao contrário, atualmente são as instituições financiadoras que detêm, via de regra, o poder de decisão.

<sup>508</sup> ARAÚJO; LEITÃO. Op. cit., p. 28-29; SOUZA FILHO. Op. cit., p. 55.

Para uma análise técnica dos diversos problemas e imperfeições concernentes às demarcações realizadas no período entre a criação do Parque do Xingu e a promulgação da Constituição de 1988, veja-se: LIMA. *Os relatórios antropológicos de identificação de terras indígenas da Fundação Nacional do Índio*, p. 221-268.

<sup>509</sup> "A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração" (BARROSO; BARCELLOS. *O começo da história*, p. 328).

efetivação de uma norma constitucional constitua um absurdo<sup>510</sup>. Pelo contrário, "é no âmago dessa tensão entre o descritivo e o prescritivo que vive o verdadeiro pensamento jusfilosófico, procurando modificar a autocompreensão de fundo dos expert em Direito e, em muitos casos, motivando-os a participar da realização do Estado Democrático de Direito como um projeto histórico"<sup>511</sup>.

A inefetividade da Constituição pode ser compreendida como um sintoma de fracasso do pacto político. Por outro lado, o lapso entre previsão normativa e efetividade é algo que se incorporou à realidade do direito constitucional desde que o constitucionalismo superou o estágio da simples declaração de direitos individuais e passou a estabelecer fins e perseguir metas de natureza social.

No caso do *caput* do art. 231 da Constituição, as dificuldades em concretizar a norma em toda a amplitude prevista no texto servem para demonstrar o quão radical foi a mudança de paradigma, abandonado o ideal de integração e consagrado o princípio da interação.

Continua em aberto, pois, a tarefa de concretização. No atemporal e perene embate entre Constituição como *folha de papel* (Lassale) e sua

---

<sup>510</sup> Como faz, por exemplo: SOUZA FILHO. *As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios*, p. 51.

<sup>511</sup> MAIA, Antonio. *Considerações acerca do papel civilizatório do Direito*, p. xii.

Lenio Streck faz uso de interessante imagem ao comparar a Constituição a uma *ponte*. Uma ponte não existe simplesmente como uma *generalidade* ponte, isolada de seu entorno. Ao ligar duas margens, a ponte *destaca* uma da outra e também as *opõem, colocando-as em evidência*. Similarmente, a "*ponte*" Constituição "*coloca a lume*" a ausência de vários dos direitos por ela própria consagrados. Assim, a Constituição é entendida como tal quando confrontada com a sociedade para a qual é dirigida, quando se constata que vários dos direitos por ela proclamados se integraram à Constituição justamente porque a população não os têm: "*a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; enfim, não é a Constituição uma mera Lei Fundamental que "toma" lugar no mundo jurídico, estabelecendo um "novo dever-ser", até porque antes dela havia uma outra "Constituição" e antes desta outras quatro na era republicana..., mas, sim, é da Constituição, nascida no processo constituinte, como algo que constitui, que de exurgir uma nova sociedade*" (STRECK. Op. cit, p. 305-306).

almejada *força normativa* (Hesse), a efetividade dos avanços almejados pelo poder constituinte dependem indubitavelmente da existência, no corpo social, de um genuíno *sentimento constitucional*<sup>512</sup>, ou seja, a vivência da Constituição nas aspirações do povo e no processo político cotidiano<sup>513</sup>.

Como pacto fundamental no qual se assenta o convívio entre os membros da sociedade nacional, a Constituição possui um elemento político que não se esgota no momento da pactuação. Pensar assim seria anular a potência presente na dinâmica do poder constituinte<sup>514</sup> e sua aspiração de aperfeiçoar o convívio social. A legitimidade do poder que pactuou a Constituição, portanto, há de ser honrada pelas gerações seguintes e, particularmente, pelos operadores do direito.

---

<sup>512</sup> "O progresso constitucional será autêntico quando, em seu âmbito total e, principalmente, em suas linhas gerais, fomos conscientes de que ele só pode ser realizado por um grande número de grupos e cidadãos. (...). O Estado moderno, na medida em que pretende ser e continuar sendo uma comunidade capaz de projetar-se fora de si mesmo, requer a difusão social de uma forma particular de consciência civil, aberta ao consenso, que tem por objeto o valor da solidariedade entre os estranhos, que supõe um 'amor ao alheio' (Fernstenliebe) exigente e comprometido" (VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional*, p. 137-138).

<sup>513</sup> Marcelo Neves situa a força normativa da constituição em um terceiro momento lógico da construção dos direitos fundamentais, depois de demandas e expectativas coletivas terem levado à migração de conteúdos morais para o direito: "a conquista de novos direitos de cidadania e sua ampliação passam por três momentos jurídico-políticos. Em primeiro lugar, surge a semântica dos direitos humanos, como exigência moral ou valorativa do reconhecimento e satisfação de determinadas expectativas normativas que emergem na sociedade e são avaliadas como imprescindíveis à integração dos indivíduos e grupos. A semântica dos direitos humanos pressupõe inegavelmente tanto o desenvolvimento de representações morais universalistas, a saber, orientadas no sentido da construção e da ampliação generalizada dos direitos de cidadania, quanto a complexificação e diferenciação da sociedade em esferas autônomas de comunicação. Em um segundo momento, a semântica dos direitos humanos passa a ser reconhecida estatalmente e incorporada ao sistema constitucional na forma de direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de uma resposta dos sistemas jurídico e político às exigências de integração social e sistêmica, tornando-as conteúdo de normas constitucionais. Evidentemente, a simples declaração dos direitos fundamentais na Constituição não significa a conquista e realização da cidadania. É imprescindível, em um terceiro momento, a força normativa da Constituição, ou seja, a sua integração ao vivenciar e agir dos cidadãos e agentes públicos na forma de direitos e deveres recíprocos" (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 182).

<sup>514</sup> O que pode ser considerado o *segundo* poder constituinte, um resíduo que permanece na Constituição e que é uma característica de todo país fundado em uma ordem constitucional, encontrando-se na realidade, na vida e na práxis, "gravada na consciência social e dinamizada pela competição dos grupos componentes da sociedade" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 188).



## Referências

AGOSTINHO, Pedro. Incapacidade civil relativa e tutela do índio. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (org). **O índio perante o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982, p. 61-88.

ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e *A Ordem do Discurso*. In: CATANI, Afrânio Paulo; MARTINEZ, Paulo Henrique. **Sete ensaios sobre o Collège de France**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 71-88.

ARAÚJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sérgio. Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**, p. 23-33.

ARRUDA, Rinaldo. Territórios indígenas no Brasil: aspectos jurídicos e socioculturais. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista**, p. 131-150.

ATHIAS, Renato. Temas, problemas e perspectivas em etnodesenvolvimento: uma leitura a partir dos projetos apoiados pela OXFAM (1972-1992). In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista**, p. 49-86.

AZANHA, Gilberto. Etnodesenvolvimento, mercado e mecanismos de fomento: possibilidades de desenvolvimento sustentado para as sociedades indígenas no Brasil. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista**, p. 29-37.

BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003.

\_\_\_\_\_. O índio diante do sistema jurídico. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, n. 03, ano 16, p. 13-16, mar. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-377.

BASTOS, Rafael José de Menezes. Sobre a noção de tutela dos povos e indivíduos indígenas pela União. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (org). **O índio perante o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982, p. 51-60.

BEVILACQUA, Clóvis. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. In: SOUZA FILHO, Carlos Marés (org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**, p. 77-92.

BILLOUET, Pierre. **Foucault**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direito fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRAND, Antônio. Mudanças e continuidades na política indigenista pós-1988. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Estado e povos indígenas: bases para uma nova política indigenista II**.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (org.). **Todas as Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1971.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Edgard de Assis. Identidade étnico-cultural e questão nacional. In: SANTOS, Sílvio Coelho (org.). **Sociedades indígenas e o direito**, p. 67-75.

CARVALHO, Maria do Rosário. Estudo de caso: os índios Tuxá e a construção de barragem em Itaparica. In: SANTOS, Sílvio Coelho (org.). **O índio perante o direito**, p. 117-127.

CÍCERO. **Dos deveres**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CLAVERO, Bartolomé. Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 649-684.

CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão Cunha. **O atual regime jurídico das terras indígenas**. Salvador, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Sílvio Coelho (org.). **Sociedades indígenas e o direito**, p. 67-75.

\_\_\_\_\_. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

- \_\_\_\_\_. (org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 2002.
- \_\_\_\_\_. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA (org.). **História dos índios no Brasil**, p. 133-154.
- DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: Teoria e casos práticos. São Paulo: WVC: Madras, 2004.
- DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Trad. Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DUSSEL, Enrique. **1492 – O encobrimento do outro**: a origem do “mito da modernidade”. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- EISENBERG, José. **As missões jesuíticas e o pensamento político moderno**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle. **Direitos indígenas**: o debate na Constituinte de 1988. Rio de Janeiro, 2004. Dissertação (Mestrado em História Social). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.
- FEIJÓ, Ricardo. **Metodologia e filosofia da ciência**: Aplicação na teoria social e estudo de caso. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *et all.* **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FLECK, Eliane Cristina Deckmann. “Estados de paz” e “estados de guerra”: negociação e conflito na América portuguesa (séculos XVI e XVII). In: Curso:

Populações indígenas e missões religiosas na América Latina. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Inédito.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e a constituição do sujeito**. São Paulo: EDUC, 2003.

\_\_\_\_\_. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

\_\_\_\_\_. O domínio do politizável. **Cult**, São Paulo, n. 97, p. 56-7, nov. 2005.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. Genealogia e poder. In: **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 21 ed. São Paulo: Graal, 2005, p. 167-177.

\_\_\_\_\_. A governamentalidade. In: **Microfísica do poder**, p. 277-293.

\_\_\_\_\_. O olho do poder. In: **Microfísica do poder**, p. 209-227.

\_\_\_\_\_. **As palavras e as coisas**. Trad. Salma Tannus Muchail. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Soberania e disciplina. In: **Microfísica do poder**, p. 179-191.

\_\_\_\_\_. Sobre a geografia. In: **Microfísica do poder**, p. 153-165.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. **A vontade de saber**. In: História da Sexualidade, vol. 1. 16. ed. São Paulo: Graal, 2005.

\_\_\_\_\_. What is Enlightenment? In: RABINOW, Paul (org.). **The Foucault reader**. New York: Pantheon, 1984, p. 32-50.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.

GONÇALVES, Wagner. Natureza jurídica das comunidades indígenas: direito público e direito privado: novo Estatuto do Índio: implicações. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**, p. 241-250.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Curso de iniciação à pesquisa jurídica e à elaboração de projetos**. 2. ed. Belo Horizonte: Núcleo Interdisciplinar para Integração de Ensino, Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito da UFMG, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Tomo 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUNQUEIRA, Carmen. **Antropologia indígena: uma introdução**. São Paulo: Educ, 2002.

KANT, Immanuel. An answer to the question: what is the Enlightenment? Disponível em: <<http://www.english.upenn.edu/~mgamer/Etexts/kant.html>>. Acesso em: 01 mar. 2006.

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

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 18. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. O índio e o Estado. In: SANTOS, Sílvio Coelho (org). **Sociedades indígenas e o direito**, p. 61-66.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição** (*Über die Verfassung*). Trad. Walter Stöner. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEBRUN, Gérard. **O que é poder**. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1984.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas: aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**, p. 225-240.

LIMA, André (org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro (org.). **História dos índios no Brasil**, p. 155-174.

\_\_\_\_\_. A 'identificação' como categoria histórica. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco (org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo, p. 171-220.

\_\_\_\_\_. Pacificador ou mediador? **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, n. 11, 2006, p. 40-45.

\_\_\_\_\_. Problemas de qualificação de pessoal para novas formas de ação indigenista. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II, p. 83-94.

\_\_\_\_\_. Os relatórios antropológicos de identificação de terras indígenas da Fundação Nacional do Índio: notas sobre o estudo da relação entre antropologia e indigenismo no Brasil, 1968-1985. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco (org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo, p. 221-268.

\_\_\_\_\_. **Um grande cerco de paz**: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995.

LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.

\_\_\_\_\_. Aspectos de uma nova regulação dos direitos indígenas no Brasil: In: \_\_\_\_\_. **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III, p. 7-21.

\_\_\_\_\_. **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.

- \_\_\_\_\_. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.
- \_\_\_\_\_. Questões para uma política indigenista: etnodesenvolvimento e políticas públicas: uma apresentação. In: \_\_\_\_\_. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista, p. 7-28.
- LIMA, Nísia Trindade; SÁ, Dominichi Miranda de. No rastro do desconhecido. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, n. 11, 2006, p. 18-25.
- LITTLE, Paul E. Etnecologia e direitos dos povos: elementos de uma nova ação indigenista. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista, p. 39-48.
- LUBISCO, Nidia M.; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico**: monografias, dissertações e teses. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2002.
- LUCIANO, Gersém José dos Santos. O sonho de um Parlamento Indígena do Brasil. In: COSTA, Luciana; VERDUM, Ricardo (org.). **Índios e parlamentos**. Brasília: INESC, 2004, p. 25-42.
- MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 21 ed. São Paulo: Graal, 2005, p. VII-XXIII.
- MACHEREY, Pierre. Pour une histoire naturelle des normes. In: **Michel Foucault philosophe**. Paris: Éditions du Seuil, 1989, p. 203-221.
- MAGALHÃES, Edvard Dias (org.). **Legislação indigenista brasileira e normas correlatas**. 2. ed. Brasília: Coordenação-Geral de Documentação da Funai, 2003.
- MAGNOLI, Demétrio. A segunda Waterloo. **Primeira Leitura**, São Paulo, n. 41, 2005, p. 88-91.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. Considerações acerca do papel civilizatório do direito. Introdução a: \_\_\_\_\_ *et alli* (org.). **Perspectivas atuais da filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. ix-xxvii.
- MAIA, Luciano Mariz. Comunidade e organizações indígenas: natureza jurídica, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**, p. 251-293.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Maria Júlia Goldwasser. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **O índio brasileiro e a Revolução Francesa**: as origens brasileiras da teoria da bondade natural. 3. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2000.
- MENDES, Artur Nobre. O PPTAL e as demarcações participativas. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II, p. 37-40.
- MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II: Constituição. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MIRANDA, Manuel; BANDEIRA, Alípio. Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena. In: SOUZA FILHO, Carlos Marés (org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**, p. 29-58.
- MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. **O feudo**: a Casa da Torre de Garcia d'Ávila: da conquista dos sertões à independência do Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- MOREIRA, Ubiratan Pedrosa. A FUNASA e a implementação de distritos sanitários especiais indígenas. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN. **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II, p. 101-106.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA DA SILVA, Lásaro; CAETANO, Valdinho Jacinto. **Atuação da Polícia Federal na prevenção e repressão aos crimes contra as comunidades indígenas**. Brasília, 2005. Monografia (Especialização em Gestão de Políticas de Segurança Pública). Fundação Getúlio Vargas/Academia Nacional de Polícia.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. Poder, direito e verdade: o direito como "máscara" do funcionamento efetivo das microrrelações produtivas do poder/saber. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli* (org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 189-212.
- NIGRO, Rachel. Considerações sobre a identidade nacional. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli* (org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 255-276.
- OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Cidadania e globalização: povos indígenas e agências multilaterais. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III, p. 105-119.
- \_\_\_\_\_. Contexto e horizonte ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, Sílvio Coelho (org.). **Sociedades indígenas e o direito**, p. 17-30.
- \_\_\_\_\_. Instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades de trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo, p. 269-295.

- \_\_\_\_\_. **"O nosso governo"**: os Ticuna e o regime tutelar. São Paulo: Marco Zero, 1988.
- \_\_\_\_\_. (org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.
- \_\_\_\_\_; IGLESIAS, Marcelo Piedrafita. As demarcações participativas e o fortalecimento das organizações indígenas. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II, p. 41-68.
- OLIVEIRA SOBRINHO. Os selvícolas brasileiros e a legislação pátria: o Decreto Legislativo 5.824, de 1928. In: SOUZA FILHO, Carlos Marés (org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**, p. 93-124.
- PARAÍSO, Maria Hilda Baqueiro. Os Botocudos e sua trajetória histórica. In: CUNHA, Manuela Carneiro (org.). **História dos índios no Brasil**, p. 413-430.
- \_\_\_\_\_. **Escravidão**: de mal necessário a mal inútil. São Paulo, 1993. Monografia (Curso: A escravidão na economia política: segunda metade do século XVIII e primeiro terço do XIX). Universidade de São Paulo.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PAUPÉRIO, A. Machado. **O direito político de resistência**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PEREIRA, Deborah Duprat. O Estado pluriétnico. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III, p. 41-47.
- PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro (org.). **História dos índios no Brasil**, p. 115-132.
- PITANGA, Souza. O selvagem perante o direito. In: SOUZA FILHO, Carlos Marés (org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**, p. 59-75.
- RABINOW, Paul (org.). **The Foucault reader**. New York: Pantheon, 1984, p. 32-50.
- \_\_\_\_\_; ROSE, Nikolas. Thoughts on the concept of biopower today. Disponível em: <[http://www.molsci.org/files/Rose\\_Rabinow\\_Biopower\\_Today.pdf](http://www.molsci.org/files/Rose_Rabinow_Biopower_Today.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2006.
- RAMOS, Alcida. Projetos indigenistas no Brasil independente. In: **Colóquio "Antropologias brasileiras na viragem do milênio" – ISCTE/Lisboa**. Brasília: Antropologia 267, 1999.
- RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RIOS, Aurelio Veiga. Terras indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III, p. 63-81.



- ROMANO, Roberto. Sobre golpes de Estado. **Primeira Leitura**, São Paulo, n. 41, 2005, p. 38-41.
- SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III, p. 83-104.
- \_\_\_\_\_. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à biodiversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- \_\_\_\_\_. (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- SANTILLI, Márcio. Programas regionais para uma nova política indigenista. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II, p. 37-40.
- SANTOS, Milton. **Por uma geografia nova**: da crítica da geografia a uma geografia crítica. 6. ed. São Paulo: Edusp, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Os povos indígenas e a constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC: Movimento, 1989.
- \_\_\_\_\_. (org). **O índio perante o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.
- \_\_\_\_\_. *et alli* (org). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SEABRA FAGUNDES, M. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- SEEGER, Anthony. Os índios e o desenvolvimento nacional. In: SANTOS, Sílvio Coelho (org). **O índio perante o direito**, p. 25-30.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Letícia Borges da. Povos indígenas, direitos humanos e a Convenção 169 da OIT. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2006, p. 121-138.
- SILVA, Orlando Sampaio. Os povos indígenas e o Estado brasileiro. In: SANTOS, Sílvio Coelho (org). **O índio perante o direito**, p. 52-60.
- SILVA, Osmar José da. **O índio e sua proteção jurídica**. Goiânia, 1997. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso básico de direito constitucional**. Tomo I: teoria da Constituição; controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**: uma visão substantiva. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Alguns pontos sobre os povos indígenas e o direito. In: SANTOS, Sílvio Coelho (org). **O índio perante o direito**, p. 89-97.

\_\_\_\_\_. As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III, p. 49-61.

\_\_\_\_\_. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_. Tutela aos índios: proteção ou opressão? In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**, p. 295-312.

\_\_\_\_\_. (org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUESS, Paulo. Eles vieram para salvar almas. **História Viva** – Temas Brasileiros, São Paulo, n. 2 (A Igreja Católica no Brasil: fé e transformações), São Paulo, 2006, p. 9-15.

TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: **Direito, sistema e policontextualidade**. Trad. Dorothee Susanne Rüdiger *et alli*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 153-185.

TIERNEY, Patrick. **Trevas no eldorado**: como cientistas e jornalistas devastaram a Amazônia e violentaram a cultura ianomâmi. Trad. Bento de Lima. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VEIGA-NETO, Alfredo. Governabilidade ou governamentalidade? Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/faced/alfredo/governo1.htm>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VERDUM, Ricardo. Etnodesenvolvimento e mecanismos de fomento do desenvolvimento dos povos indígenas: a contribuição do Subprograma Projetos Demonstrativos (PDA). In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista, p. 87-106.

WARAT, Luis Alberto. À procura de uma semiologia do poder. In: **Epistemologia e ensino do direito**. Vol. II – o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WERNER, Denise. Duas respostas simplistas sobre os direitos dos índios à terra. In: SANTOS, Sílvio Coelho (org). **Sociedades indígenas e o direito**, p. 38-51.

WOLIN, Richard. **The seduction of unreason**: the intellectual romance with fascism from Nietzsche to postmodernism. Princeton: Princeton University Press, 2004.