

RAÍZES JUSNATURALISTAS DO CONCEITO DE DIREITOS ORIGINÁRIOS DOS ÍNDIOS NA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: SOBRE O CONCEITO DE INDIGENATO*

Pedro Calafate

Professor Catedrático da Universidade de Lisboa/ Faculdade de Letras da UL/Departamento de Filosofia; Investigador do Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa (CFUL); Professor Convidado na Universidade Autónoma de Madrid-UAM, na Universidade de Viena-Áustria e na UERJ; Membro da Academia Brasileira de Filosofia, da Academia Portuguesa da História e da Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa.

RESUMO

Mostra-se que as raízes históricas do conceito de direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, inscrito no artigo 231 da Constituição Federal brasileira de 1988, remetem para o pensamento dos teólogos-juristas ibéricos dos séculos XVI e XVII, que deram corpo ao que designo como Escola Ibérica da Paz, sobretudo no que se refere ao fundamento jusnaturalista do conceito de domínio. Evidencia-se também o modo como o conceito de indigenato, formulado em 1912 por João Mendes Junior, interpretado ao longo das últimas décadas como sendo o que melhor ilumina aquele artigo da Constituição de 1988, está fundado nesta mesma escola ibérica de direito natural, convidando-nos, assim, a um regresso aos clássicos.

Palavras Chave

Direitos originários; lei natural; jus gentium; posse; restituição.

ABSTRACT

It is hereby shown that the historical roots of the concept of original rights of indigenous peoples concerning the lands they traditionally occupy, enshrined in Article 231 of the Brazilian Federal Constitution of 1988, refer to the natural law, taught by Iberian teachers of the XVI and XVII centuries, particularly with regard to the scholastic concept of domain. It is also herein shown how the concept of indigenato,

formulated in 1912 by João Mendes Junior, considered over the past decades as the one that best illuminates article 231 of the Brazilian Constitution of 1988, is entirely founded on this Iberian school of natural law, inviting us to return to the classics.

Keywords

Original rights; natural law; jus gentium; restitution.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O artigo 231 da Constituição brasileira de 1988 proclama que são “reconhecidos” aos índios “direitos originários” sobre as terras que “tradicionalmente ocupam”, bem como os seus usos e costumes.

Ao qualificar tais direitos como originários, a Constituição remete para o plano de um direito que resulta da natureza do homem, um direito que nasce com quem o detém, que legitima um tipo de posse anterior à ocupação colonial e às suas instituições jurídico-políticas. Direito originário, sublinhe-se, porque reconhecimento de um tipo de posse imemorial da terra dos sucessores daqueles que primeiro a ocuparam e nela se estabeleceram.

Ao estabelecer que tais direitos originários são “reconhecidos”, a Constituição remete para uma situação jurídica pré-existente que se considera permanecer ativa. Ou seja, a Constituição não concede nem outorga tais direitos, mas reconhece a vigência de um direito

que perdura na sociedade brasileira, anterior ao Estado.

No entanto, em termos constitucionais, ao falarmos em terras indígenas e em direitos originários, não nos reportamos ao conceito de autodeterminação e suas consequências políticas, pois as terras indígenas são um bem público federal, propriedade coletiva da União para salvaguarda da posse indígena, não se confundindo com o senhorio político sobre um território, por estarem submetidas à soberania nacional, não podendo, por isso, ser objeto de alienação. Daí o desabono constitucional aos termos “povo”, “território” e “nação”.

Mas por ser direito originário não é, em si próprio, positivado pelo Estado, nem tem como fonte única a vontade do legislador, porque é anterior ao Estado, ou, pelo menos, ao modelo das soberanias estatais europeias, consagrado em Vestefália.

Neste sentido, os autores da tão expressivamente designada “Constituição cidadã”, deram mostra de superação do positivismo e do voluntarismo jurídicos, ao referirem-se à vigência de um direito mais antigo, ao mesmo tempo que abriram o direito ao diálogo com outras fontes do conhecimento, nomeadamente a antropologia, a etnologia, a filosofia e a história.

Ao superarem a estatização das fontes do direito, reconheceram outra fonte e outra ordem jurídica emanada do *jus gentium*, e reconheceram também que os sujeitos de tais direitos são, no dizer do constitucionalista brasileiro Pontes de Miranda, a respeito da Constituição de 1967, aqueles que “não existem conforme os cria ou regula a lei; existem a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar. Não resultam das leis; precedem-nas; não têm o conteúdo que elas lhes dão, recebem-no do direito das gentes”¹.

Por isso, tais direitos imemoriais dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ao serem reconhecidos e não concedidos ou outorgados, determinam que o ato de demarcação dessas terras seja tão só um ato de natureza declaratória e não um ato constitutivo. Do mesmo modo, ao atribuir a competência da demarcação de Terras Indígenas (TI) ao poder executivo e não ao poder legislativo, a Constituição Federal de 1988 conferiu a este ato uma natureza eminentemente técnica e não

política, a despeito dos atuais esforços em sentido contrário, mediante o ensejo de aprovação da PEC 215/2000, que atribui tal competência ao poder legislativo, onde os povos indígenas não estão especificamente representados, ao contrário dos interesses agraristas e afins.

Este tipo tradicional de posse, baseada em direitos originários, não é uma figura ortodoxa de direito civil titulada por escritura pública, porque é, na verdade, e como foi sublinhado pelo ministro Carlos Ayres Britto, do STF, em julgamento de 2009, “um heterodoxo instituto de direito constitucional”², impondo uma interpretação cultural das fontes do direito.

Refiro, a propósito, o estudo de Luiz Armando Badin, ao considerar que o conceito de “ocupação tradicional”, entendido como fonte de direitos originários sobre a terra, é um conceito difícil “porque exige uma mudança de perspectiva cultural: os direitos dos índios se definem segundo seus usos, costumes e tradições, e não de acordo com o direito civil. Difícil, porque o conceito constitucional de terra indígena faz referência a elementos científicos – históricos, antropológicos, sociais e biológicos – que os juristas, impregnados pelo sedimento cultural de décadas de positivismo empedernido, não estão habituados a considerar em suas análises. Difícil, porque o conceito é abrangente” e determina, afinal, “a inaplicabilidade do direito civil tradicional em matéria de propriedade e posse indígena”³.

De facto, ao evidenciar a importância da vigência e transmissão no tempo de distintos usos e costumes, o artigo 231 da Constituição de 1988 abre-se ao reconhecimento da legitimidade de formas distintas e plurais de mundividência, nomeadamente aquelas em que a conservação prevalece sobre a exploração intensiva de recursos naturais, como manifestação cultural de integração do homem na natureza, de que fazem também parte formas distintas de posse, nomeadamente em comunidades humanas que desconhecem o individualismo possessivo bem como a noção de espaço exterior formulada pelo racionalismo cartesiano, ao reduzir a natureza à extensão.

Como escreveu a ministra Carmen Lúcia, em Voto de sentença do STF, “os direitos dos índios às suas terras [são] ponto de formação e conformação de sua visão de mundo e opção de vida”⁴, anteriores à Federação Brasileira, bem como a todos os seus entes federados.

Por esta via se pretende aprofundar uma etapa prosseguida um ano depois pela Convenção 169 da OIT (1989), que negou o propósito de assimilação das comunidades indígenas pelos modelos de cultura politicamente dominantes, à luz de linearidades universais até então imperantes e a caminho do reconhecimento da diversidade cultural como patrimônio da Humanidade, como viria a suceder também com a aprovação da declaração da Unesco sobre a diversidade cultural de 2002.

Em síntese, o artigo 231 da Constituição de 1988 invoca uma situação jurídica imprescritível, a qual, sendo reconhecida e não concedida ou outorgada, prepondera sobre escrituras públicas ou outros títulos de posse e propriedade em favor de não índios em territórios por eles tradicionalmente ocupados, devendo entender-se que essa ocupação qualificada, porque tradicional, se refere sobretudo ao modo de ocupação, quer dizer, à preservação de usos e costumes que, não obstante, permanece aberta a trocas culturais em função de opções livres.

Temos, assim, que a Constituição do Brasil está longe de dar guarida à interpretação equivocada, exagerada e caricatural que apontaria para a devolução de todo o território brasileiro às comunidades indígenas, pelo facto de um dia o terem habitado. Do mesmo modo, tampouco sustenta o isolamento desses povos, obrigatoriamente presos à repetição inercial de tradições culturais, sem trocas enriquecedoras, na medida em que as escolham, sem que tal signifique perda de proteção constitucional. O que se defende não é o insulamento inercial obrigatório, mas a dignidade humana fundada em opções livres, em que cada mundividência é um caso do possível.

No primeiro caso, em resposta aos que torpedeiam a Constituição com o argumento absurdo de que, no limite, haveria que devolver o Brasil aos seus povos originários, importa responder que o que se manda respeitar é a ocupação permanente, à data da entrada em vigor da Constituição, de áreas necessárias à sobrevivência cultural de comunidades indígenas, sendo que tal permanência não implica, por si só, a existência de construções ou edificações que testemunhem posse, nos termos dos nossos conceitos civilistas, como já antes tinha sublinhado o ministro do STF Victor Nunes Leal, em julgamento histórico de 1961, mostrando a importância de associar o conceito

de ocupação permanente ao conceito mais amplo de habitat de um povo⁵. Quer isto dizer que a posse indígena é distinta, por não se referir à relação de um sujeito com um objeto, de uma pessoa com uma coisa exterior e objetivada, por isso que se refere a uma cosmovisão em que a natureza integra a vida e onde tal divisão carece de sentido.

Quanto aos argumentos da insularidade cultural para garantia da posse qualificada como tradicional e da dificuldade em identificar quem é verdadeiramente índio no século XXI, com direito a reclamação de direitos originários sobre a terra, a Constituição abre-se a uma interpretação de sentido amplo e dinâmico que não se compadece com uma miraculosa paragem do tempo, como parecem pretender os que sustentam tais argumentos.

Isto implica que as trocas culturais possam encarar-se, como escreveu o já citado ministro Carlos Ayres Britto, não como perda de identidade étnica, mas como “somatório de mundividências”, quer dizer, “soma e não subtração”, “ganhos cumulativos” e “inclusão comunitária pela via da identidade étnica”⁶.

A Constituição não postula, pois, que os índios do Brasil devam permanecer no mesmo momento histórico para sempre, espécie de laboratório privilegiado para antropólogos, pois importa compreender, no dizer da ministra Carmen Lúcia, que é “a partir da segurança da sua condição que o índio pode garantir-se como ser livre para escolher. Inclusive eleger ausentar-se ou superar aquele espaço e aquela forma de viver”⁷.

Noutro passo do seu Voto no processo de julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, lembrou que devemos permanecer abertos à complexidade e pluralidade das noções de verdade, dado que “embora algumas pessoas não entendam, a alma pode dar-se a partir do Monte Roraima”⁸.

Portanto, para aqueles dois juízes do STF, a inclusão comunitária não se faz pela perda da identidade das suas partes rumo a uma uniformidade empobrecedora e, por outro lado, o mito e a lenda supõem outro tipo de verdade para além da que estabelece o nosso secular racionalismo, uma verdade que nos permite construir o nosso mundo e os seus horizontes de sentido, que não precisamos de justificar, porque é ela que nos justifica.

2. O CONCEITO DE INDIGENATO

Esta etapa de constitucionalismo aberto à dinâmica do tempo e à complexidade das demais disciplinas humanas remete-nos para um momento decisivo, que situamos no ano de 1912, em torno da obra de João Mendes Júnior, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Refiro-me à sua obra *O Índio Brasileiro: Seus Direitos Individuais e Políticos* (São Paulo, 1912), onde propõe que o reconhecimento de direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que ocupam remonta à legislação da coroa portuguesa, cujo núcleo mais importante sintetizou no conceito de “indigenato”.

Importa sublinhar que este conceito de João Mendes Júnior é interpretado por número considerável de constitucionalistas e magistrados brasileiros, tanto do STF quanto dos tribunais regionais, como o que melhor ilumina o artigo 231 da Constituição Federal de 1988, bem como os normativos constitucionais expressos em constituições anteriores, respeitantes aos direitos originários dos povos nativos no Brasil.

Queria isto dizer que segundo João Mendes Júnior, e nos termos da interpretação posterior do conceito de indenato por ele proposto, a legislação portuguesa dos séculos XVII e XVIII, a respeito dos direitos naturais dos índios sobre a terra, permanecia ativa e não revogada.

Com efeito, João Mendes Júnior, ao analisar o Regulamento n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, no tocante ao direito dos índios às suas terras, exclama: “Suas terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1 de Abril de 1680, que não foi revogado”⁹.

Neste contexto, procurar nas leis coloniais portuguesas do século XVII as bases que iluminam o conceito de indenato, formulado em 1912, e afirmar, como tantos têm feito recentemente, que é este mesmo conceito de indenato que melhor ilumina a doutrina constitucional brasileira de 1988, bem como as constituições anteriores, a respeito dos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não deixa de poder parecer estranho e inesperado anacronismo, na medida em que se procede a um engate lógico entre os direitos natural e das gentes, imperante na legislação da coroa portuguesa do século XVII, e as “heterodoxas figuras de direito constitucional”, inerentes ao artigo 231 da

Constituição brasileira em vigor nos nossos dias. Deste modo, os direitos natural e das gentes da legislação portuguesa estariam na base desta nova etapa de “constitucionalismo fraterno” do século XXI.

Vejamos o que nos propõe o Professor João Mendes Júnior em texto que pela sua importância histórica e pela sua reconhecida vigência atual temos de citar: “O indenato é um título congénito e a ocupação é título adquirido. Conquanto o indenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na frase do Alvará de 1 de Abril de 1680, ‘a primária, naturalmente e virtualmente reservada’ [...]. Por conseguinte o indenato não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem. O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedumpositio*¹⁰, que constitui o fundamento da posse; mas o indígena, além desse *jus possessionis* tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado desde o Alvará de 1 de Abril de 1680 como direito congénito. Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (artigo 3º da Lei de 18 de Setembro de 1850) [...] relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado”¹¹.

Neste texto, de grande densidade interpretativa, João Mendes Júnior distingue a ocupação europeia do período da colonização até aos seus dias (1912), que requer legitimação, por ser título adquirido, do estabelecimento originário e primevo dos primeiros habitantes do continente americano e seus sucessores, que dispensa tal legitimação, nos termos do conceito expresso pelo jurista tardo-clássico Paulos: a *sedum positio*, quer dizer, por configurar título imediato de domínio não sujeito a outras formas de legitimação senão a que emerge dessa mesma *positio*, como posse natural de quem está nessas terras.

Incidindo agora sobre o comentário que João Mendes Júnior faz ao artigo 24 do Decreto 1318 de 30 de janeiro, a que já atrás fizemos referência, em cujo parágrafo 1º se considera que, em relação “às posses que se acharem em poder do primeiro ocupante”, estão sujeitas à legitimação “aquelas em que o primeiro ocupante

não tem outro título senão a sua ocupação”, torna-se legítimo concluir que o legislador supõe “a existência de primeiro ocupante que tem título distinto da sua ocupação”.

Assim sendo, pergunta: “E qual pode ser esse primeiro ocupante, com título distinto da sua ocupação, senão o indígena, aquele que tem por título o indigenato, isto é, a posse aborígine? O Decreto de 1854 repetiu desse modo o espírito do Alvará de 1 de Abril de 1680”¹².

Mas, como temos vindo a sublinhar, o conceito de indigenato foi recepcionado por muitos constitucionalistas e magistrados brasileiros para o século XXI, como doutrina que melhor ilumina o artigo 231 da Constituição de 1988. Refiro seis casos que me parecem paradigmáticos.

a) Em primeiro lugar, o do professor José Afonso da Silva, no seu consagrado Curso de Direito Constitucional Positivo (São Paulo, 22^a edição, 2003), que conta já com 39 edições até 2016: “Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento dos seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes nos primeiros tempos da Colônia, quando o alvará de 1 de Abril de 1680, confirmado pela lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”¹³.

b) Esta articulação conceitual entre a legislação portuguesa do período colonial e o século XXI não é exclusiva de José Afonso da Silva. Veja-se o estudo do Juiz do Tribunal Regional Federal da 1^a Região, Fernando da Costa Tourinho Neto, publicado em 1993, intitulado “Os Direitos Originários dos Índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas”, onde estabelece que “Aos índios, desde o Alvará Régio de 1^o de Abril de 1680, foi reconhecida a condição de primários e naturais senhores das terras do Brasil. O fundamento do direito deles às terras está baseado no indigenato, que não é direito adquirido, e sim congênito”.¹⁴

c) Também muito recentemente, em 2013, Isaías Montanari Junior, sublinhou, em dissertação de doutoramento, publicada em Curitiba em 2013, que “A constituição de 1988 recepcionou o instituto do indigenato, formulado por João Mendes Junior em 1912”, tese que nos

diz ser “defendida pela doutrina majoritária da atualidade”. Mais diz: “a doutrina de João Mendes Júnior sustenta que as terras dos índios lhes são reservadas pelo Alvará de 1 de Abril de 1680, que não foi revogado [...]. Não obstante a teoria do indigenato ter sido elaborada no início do século passado, demonstra ser atual, porquanto auxilia de modo eficaz o esclarecimento do texto constitucional”¹⁵.

d) Refiro em quarto lugar o estudo do juiz Antônio Rulli Junior, embora referente à Constituição de 1969 e seu artigo n^o198. Este estudo, publicado no Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo, em 1986, é particularmente relevante, porque elaborado a título de referência doutrinária para o julgamento de contendas sobre a posse da terra no Estado de São Paulo, nomeadamente a respeito dos índios guarani.

Entende o juiz Antônio Rulli que o indigenato “está consagrado no Alvará de 1680, na Constituição Federal [de 1969] em seu artigo 198 e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73)”¹⁶. A este respeito faz questão de sublinhar as suas raízes: “O indigenato é criação luso-brasileira. É instituto luso-brasileiro”¹⁷.

A partir daqui, anteviu com clareza a importância de excepcionar o princípio da isonomia, com base no reconhecimento de que “comunidade indígena não é a mesma coisa que associação de Direito Civil-pessoa jurídica. A comunidade indígena é uma sociedade natural não se confundindo com as associações convencionais do Direito Civil”¹⁸.

Posto isto, o juiz remete para a fonte: “O Rei [de Portugal] já dizia, no alvará de 1680, na instituição do indigenato[...] que deveriam ser reservados os direitos dos índios, legítimos e naturais senhores delas [das terras do Brasil]”¹⁹.

e) Em quinto lugar sublinho a perentória afirmação do procurador do Ministério Público Federal da 5^a Região (Recife) Luciano Mariz Maia, no seu parecer pelo provimento de recurso, no quadro de processo de julgamento de crime contra a vida de indígena e de disputas sobre posse de terras indígenas, em que proclama, com toda a clareza, e a respeito do conceito de indigenato: “a absoluta contemporaneidade da argumentação expendida por João Mendes Júnior”²⁰.

e) Por fim, cito o caso muito relevante do autor do Estatuto do Índio (Lei n^o 601 de

19/02/1973), Temístocles Brandão Cavalcanti, nos seus comentários à Constituição Federal de 1946, quando escreve: “A Constituição assegura aqui o jus possidetis (na verdade, o indigenato) das terras ocupadas pelos índios, com a condição de que não as transfiram. É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram e que, até hoje, ainda não se incorporaram aos hábitos e costumes da civilização colonizadora”²¹.

Portanto, o instituto jurídico do indigenato apresenta-se como uma legítima exceção ao princípio da isonomia porque se refere a um direito distinto dos direitos dos demais cidadãos brasileiros, dado que se perfila como “direito autónomo, especial e independente do sistema geral”²², todos reconhecendo que o mesmo foi consagrado pela Coroa de Portugal em 1680, embora, na verdade, tal reconhecimento já tivesse sido expresso em legislação anterior que remonta ao século XVI.

Ora, ao situarem a questão fora do âmbito do Direito Civil, estes juristas contemporâneos estão a responder exatamente ao mesmo problema com que se confrontou Francisco de Vitoria, quando, na sua *Relectio de Indis* (1538?), proclamou que os direitos dos gentios na América não podiam ser tratados apenas pelos juristas, pois extravasam o âmbito do direito humano ou positivo: “A determinação desta matéria não pertence aos jurisconsultos, ou, pelo menos, não somente a eles. Os índios não estão sujeito ao direito humano ou positivo; suas coisas não hão de ser examinadas pelas leis humanas, senão pelas leis divinas, nas quais os juristas não são suficientemente peritos”²³.

Quer dizer, salvaguardadas as devidas distancias de época e de contexto, os direitos dos índios são direitos naturais que obrigam a uma abordagem mais ampla, por extravasarem a dimensão estrita do direito positivo. Na altura de Vitoria, eram os teólogos que possuíam o saber com a abrangência que se requeria, porque para ele o direito natural fazia parte do direito divino, era o direito divino publicado na razão humana; no século XXI o direito abre-se à antropologia, à biologia e à história, para se capacitar com a necessária abrangência.

3. O INDIGENATO E SUA FUNDAMENTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO COLONIAL PORTUGUESA: O ALVARÁ RÉGIO DE 1 DE ABRIL DE 1680 E A LEI DE 6 DE JUNHO DE 1755

Como acabamos de constatar, o Professor João Mendes Júnior e os seus comentadores fazem várias vezes alusão à dimensão fundadora do Alvará de 1 de Abril de 1680, a que acresce, no dizer de José Afonso da Silva, a lei de 6 de junho de 1755.

Se bem que o fundamento do indigenato remonte, na verdade, a legislação anterior da coroa de Portugal, cumpre que analisemos a letra daquelas duas citadas leis, não sem antes precisar um princípio de contextualização da maior relevância: a legislação da Coroa portuguesa a respeito dos índios do Brasil visou, como objetivo fundamental, a evangelização dos povos americanos, no quadro da sua integração em padrões civilizacionais vinculados pelo pensamento cristão, o que implicava também a sua integração nas formas de vida social e política de matriz europeia. O propósito essencial era, como se lê na legislação portuguesa a respeito do Brasil, “civilizar o índio daquele Estado, desterrando-se dele a barbaridade e o gentilismo, propagando-se a doutrina cristã”²⁴, mas, como se lê no referido Alvará de 1 de Abril de 1680, “sem privar da liberdade aqueles a quem a comunicou a natureza e que por direito natural e positivo são verdadeiramente livres”²⁵.

De resto, a tese de que a evangelização “é o meu primeiro cuidado”, seguida do “aumento do Estado” ou “boa conservação do Estado das ditas partes” é sucessivamente vinculada ao longo das leis coloniais assinadas pelos reis de Portugal, a par da ênfase no reconhecimento e respeito pela liberdade natural dos indígenas americanos.

Com efeito, na Lei de 10 de Novembro de 1647, D. João IV proclamara já que “os gentios são livres, e que não haja administradores nem administração, havendo por nulas e de nenhum efeito todas as que estiverem dadas, de modo que não haja memória delas, e que os índios possam livremente servir e trabalhar com quem bem lhes estiver e melhor lhes pagar seu trabalho”²⁶.

A Carta Régia de 30 de Julho de 1609, posto que mais antiga, não é menos enfática:

E para se atalharem os grandes excessos, que poderá haver, se o dito cativo em alguns casos se permitir, para de todo se cerrar a porta a isto, com o parecer dos meus Conselhos, mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios d'aquellas partes do Brazil por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, assim os que já foram baptizados, e reduzidos à nossa Santa Fé Catholica, como os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e cerimónias; os quais todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constrangidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que deles se servirem nas suas fazendas, lhes pagarão seu trabalho, assim, e de maneira, que são obrigados a pagar a todas as mais pessoas livres, de que se servem²⁷.

Recuando ainda mais no tempo, deparamo-nos com o Alvará de 29 de Julho de 1597, onde se lê que o gentio deve ser considerado "senhor de sua fazenda como o he na serra".²⁸

As leis assinadas pelo Marquês de Pombal em nome de D. José I vão no mesmo sentido, obrigando, por Alvará de 6 de Junho de 1755, a que "todos os que se acharem reputados por índios ou que tais parecerem sejam havidos por livres sem a dependência de mais prova do que a pleníssima que a seu favor resulta da presunção de Direito Divino, Natural e Positivo que está pela liberdade"²⁹.

Mas o reconhecimento da liberdade natural não era incompatível com o objetivo de integração civilizacional e cultural, desde que fosse conduzida com exclusão do constrangimento, como também não se incompatibilizou com a existência de títulos de escravatura legal – sobretudo a guerra justa – que, não obstante, foram proibidos pelo Alvará de 1 de Abril de 1680 (para voltarem depois a ser permitidos oito anos depois) : "cerrando a porta aos pretextos, simulações e dolos com que a malícia, abusando dos casos em que os cativos são justos, introduz os injustos [...] ordeno e mando que daqui por diante se não possa cativar índio algum do dito Estado em nenhum caso, nem ainda nos exceptuados nas ditas leis, que hei por derogadas"³⁰.

Em qualquer caso, o propósito integrador e de assimilação cultural e civilizacional permaneceu explícito não só no próprio João Mendes Júnior, mas em todas as constituições brasileiras, com

exceção da já referida Constituição de 1988, que proclama o direito dos índios permanecerem índios, sem constrangimentos de nenhuma espécie.

Prova do seu pioneirismo é a de que seria necessário esperar mais um ano para que a OIT fizesse aprovar a Convenção nº169 sobre os Direitos dos Povos Indígenas em Países Independentes, o primeiro normativo internacional que quebra com o propósito de assimilação.

Portanto, não deixou de imperar nos normativos jurídico-políticos, até 1988, o mito da dinâmica linear, universal e progressiva, num movimento histórico de sentido único, que marcou presença nas grandes filosofias da história, de Santo Agostinho aos séculos XVII, XVIII e XIX.

Convém, assim, não cairmos em anacronismos, exigindo ao tempo e à história o que nem sempre ela nos pode dar. Para os reis portugueses da idade moderna, herdeiros da concepção cristã do tempo, a humanidade seguia uma linha única e universalizável, como se possuísse um curriculum escolar bem ordenado que abarcava, no seu movimento, o conjunto dos povos. Seria esse o dever-ser da história, a que o ser dessa mesma história deveria elevar-se.

Portanto, à luz da legislação portuguesa, os índios do Brasil deveriam ser persuadidos a deixarem de ser índios. Para tanto, teriam que ser "resgatados" dessa condição, sem dolo ou malícia, deslocando-se para as proximidades das povoações coloniais, a fim de serem aldeados e evangelizados.

Como escreveu Beatriz Perrone Moisés a respeito da legislação colonial portuguesa no Brasil, "na época em que tais documentos foram redigidos, a conversão era o valor supremo, e a vantagem de ser cristão, indiscutível"³¹.

Seriam, pois, aqueles povos persuadidos a "descerem" das serras e entregues ao cuidado das ordens religiosas, sobretudo jesuítas, em conflito frequente com o interesse dos colonos portugueses na exploração do trabalho indígena que quase levou esses povos à extinção e a permanentes concessões, mesmo no caso dos índios aldeados, perante a força dos interesses materiais em jogo.

Portanto, as leis da coroa portuguesa sobre os povos indígenas do Brasil não visavam a permanência desses povos no estado cultural

e civilizacional em que se encontravam, não valorizavam a diversidade cultural como património a aprofundar, mas também não aprovavam as teses da escravatura natural aplicada a esses povos, nem as teses que consideravam como *res nullius* ou *res derelictae* as terras por eles efetivamente ocupadas.

Colocadas as várias teses no seu tempo e na sua circunstância, podemos então ler o parágrafo 40º do Alvará Régio de 1 de Abril de 1680, fundamento do conceito de indigenato proposto por João Mendes Júnior e amplamente glosado pela doutrina constitucional brasileira, como sendo o que melhor ilumina o artigo 231 da Constituição de 1988, por se considerar ter sido recepcionado: “E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que sejam senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em Sesmarias a pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos índios, primários e naturais senhores delas”.³²

O conteúdo deste parágrafo 40º do Alvará de 1 de Abril de 1680 é explicitamente confirmado pelo Rei D. José I e pelo Marquês de Pombal, impondo que: “Nas terras dadas de sesmaria a pessoas particulares se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende e quero que se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos índios primários e naturais senhores delas”.³³

Também no Directório Pombalino se manda garantir as terras de lavoura aos *índios das aldeias* criadas pelas autoridades coloniais, que “na conformidade das Reaes Ordens [...] são primários e naturais senhores das mesmas terras”.³⁴

O conteúdo destas leis régias reconduz-nos ao direito natural e ao direito das gentes, tal como foi formulado pelos mestres da Universidade de Salamanca, Coimbra e Évora ao longo dos séculos XVI e XVII, como veremos no ponto seguinte.

4. A QUESTÃO DOS DIREITOS ORIGINÁRIOS SOBRE A TERRA NA TRADIÇÃO IBÉRICA DO RENASCIMENTO: SOBRE A DIVISÃO E APROPRIAÇÃO DOS BENS

4.1 Como vimos dizendo, os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, tal como postulados pela Constituição Federal do Brasil de 1988, não se referem a um direito de propriedade mas a um tipo específico de posse, em articulação com uma mundividência específica, porque tradicional. Em todo o caso, quando se remete esta questão para a tradição da legislação portuguesa dos séculos XVII e XVIII, estamos a referir-nos a um contexto que não valoriza a pluralidade de cosmovisões. O que então estava em causa era o conceito de domínio, enquadrando-se na questão de saber se os índios eram ou não verdadeiros donos ou senhores dos seus bens, ou se tinham verdadeiro domínio sobre eles. Este tema conduz-nos à questão da legitimidade e origem da propriedade como o mais pleno direito de uma pessoa sobre um bem, independentemente de outros elos distintos (como o da posse) que regulem a relação entre pessoas e bens, no qual se exercem prerrogativas inerentes ao conceito mais amplo de domínio, no sentido de faculdade ou poder, não delegado nem dependente de outro, que alguém tem sobre uma coisa.

Antes, porém, vale a pena, a título de contraposição, um relance sobre a questão da origem da propriedade na tradição liberal, impulsionada por John Locke no Segundo Tratado do Governo³⁵. Segundo Locke, Deus entregou o mundo “para uso dos homens industriosos e racionais”, razão pela qual o trabalho era “o título que lhes dá tal direito”, quer dizer, o direito à propriedade privada individual. Nesta conformidade, para Locke, o “homem industrioso e racional” cumpria um mandato divino, e a propriedade individual era para ele uma extensão da própria pessoa, estabelecendo uma forte relação entre propriedade e personalidade.

O mais enfático fundador do individualismo moderno partia, como os escolásticos, da tese da comunidade originária dos bens, no entanto, ao contrário de Vitoria e de Soto, considerava que a propriedade individual dos bens era uma extensão legítima, através do trabalho industrioso e racional, da propriedade de cada homem sobre

si. Logo, era o trabalho o fundamento filosófico daquela extensão legítima entre personalidade e propriedade, razão por que a divisão dos bens e a propriedade privada individual não necessitava, para legitimar-se, do consentimento ou do acordo de todos, como queriam Vitoria e os escolásticos ibéricos.

Sendo proprietário dos frutos do seu trabalho, a propriedade é um direito do homem presente já no estado de natureza, embora lhe coloque os limites da “suficiência” da “deterioração” e da caridade, às quais parece, no entanto, atribuir importância relativa. Mais ainda, Locke via nas terras da América do Norte a circunstância mais apropriada para realizar tal pendor possessivo.

Por seu turno, em 1758, um dos fundadores do moderno direito internacional, Emer de Vattel, defendeu também que apenas cumpria o desígnio para que foi criada por Deus a terra que estivesse convenientemente cultivada, cabendo “a cada nação, por direito natural, a obrigação de cultivar a terra que lhe coube”³⁶. Mais diria Vattel, nesta mesma obra fundadora do estatocentrismo do direito das gentes, que “certos povos, como os antigos germanos e alguns tártaros modernos, que habitam países férteis, ao desdenharem o cultivo da terra, preferindo viver da rapina, estão em falta para consigo, fazem injúria aos seus vizinhos e merecem por isso ser exterminados como animais ferozes e prejudiciais”³⁷.

Seguindo as mesmas linhas de orientação, o jurista português António Ribeiro dos Santos (1745-1818) em obra da segunda metade do século XVIII, mas ainda inédita, defenderá que a necessidade de maior produção de bens em face do aumento do género humano legitimou que os que mais e melhor trabalhavam pudessem excluir os demais das terras que primeiro ocuparam, embora referindo que tal exclusão tinha o consentimento tácito do género humano, porque constituía resposta à necessidade de maior produção de bens de que todos careciam para viverem³⁸.

Portanto, em importantes sectores do pensamento político, económico e jurídico europeu da modernidade, os modelos de racionalidade e de “performatividade” económica tendiam a constituir-se em condição do direito de propriedade individual.

Alargada ao âmbito do direito das gentes, tal significaria que os povos que “melhor” e mais “racionalmente” extraíssem o fruto que a terra

lhos podia dar, pela dinâmica do seu trabalho, eram os que mais direito tinham sobre a sua posse, quando comparados com outros que se limitavam a uma ocupação não “industriosa e racional”. Estavam, assim, lançadas as bases do colonialismo europeu que vingou na América do Norte e na partilha da África no século XIX, com continuidade nos vários imperialismos do século XX, e que, não esqueçamos, John Locke defendeu na América do Norte.

É interessante sublinhar, a respeito da vigência histórica destas concepções, o argumento utilizado por agricultores brancos na Amazônia em processo de 1986, contra a FUNAI, para impedirem a homologação da demarcação da Reserva Indígena XIXRIN (Processo nº 18554, de 23 de Julho de 1986), em que repetem o mesmo paradigma: “[...] tendo os reclamantes dado destinação à terra de maneira racional e planificada, implantando ali, em todas as suas extensões, grande quantidade de pastagens artificiais”³⁹.

4.2 De modo diferente, entre os escolásticos ibéricos do renascimento, que integram o que venho chamando a Escola Ibérica da Paz⁴⁰, impôs-se a tese tomista do domínio natural. Nos termos do Génesis, Deus concedeu aos homens, em comum, o domínio sobre o conjunto criação, portanto, na origem, todas as coisas eram comuns.

Todavia, o domínio em comum exigia, por definição, moderação e concórdia, que deixaram de prevalecer após o pecado, pois cada homem passou a dar mais importância ao que era seu. Num contexto destes, a continuidade do domínio em comum dificilmente evitaria as discórdias e as guerras, com exceção das comunidades religiosas.

Domingo de Soto, na sua *Relectio de Dominio*, lida na Universidade de Salamanca em 1535, ensinava que a comunidade dos bens, sendo de direito natural, não era, todavia, um preceito natural positivo, devendo antes ser tomada negativamente, quer dizer, o direito natural não preceituava que os bens, dados por Deus em comum à humanidade, devessem sempre permanecer como tal, nem procedeu à sua divisão.

Soto explicava, seguindo São Tomás, que no início, sendo todos os homens iguais, foi concedido a todos, de igual modo, o domínio do orbe e ninguém possuía em si próprio a

legitimidade ou poder para se apropriar de uma parte em prejuízo dos outros.

Neste sentido tal divisão e apropriação teria que fazer-se, ao contrário do que defendeu Locke mais tarde, na base do “consentimento de todos”⁴¹, quer dizer: ou todos consentiram que Adão distribuisse a terra entre eles, uma vez que em si próprio não tinha esse poder, pois que a tal não se estendia seu poder doméstico, ou, como segunda possibilidade mais verosímil, poderia ter-se dado um acordo geral entre os homens, de modo que, “para dirimir disputas, um recebesse uma parte e outro outra, e assim cada um entregou ao outro o poder comum que tinha sobre este prédio, para que o outro lhe entregasse o poder comum que tinha em outro, como se lê no Genesis a respeito de Abraão e Lot: ‘Rogo que não haja disputas entre nós...eis aqui que toda a terra está diante de ti...se fores pela esquerda eu irei pela direita’”⁴².

Também Francisco de Vitoria explica a este respeito e em consonância com Soto e São Tomás que dizer que por direito natural todas as coisas são comuns, “equivale apenas e só a afirmar que a divisão das coisas não foi estabelecida por direito natural”, no sentido em que não foi o direito natural a estabelecer a repartição dos bens. Mas não pode dizer-se que tal divisão lhe seja contrária ou que derogue o direito natural, pois, segundo a condição dos tempos e do uso das coisas, a razão humana mostrou a conveniência da divisão.

De facto, se por direito natural os homens eram donos de todas as coisas, seguia-se daí que podiam fazer com elas o que, de acordo com a razão humana, lhes parecesse mais conveniente. Diz Francisco de Vitoria nos seus Comentários à Secunda Secundae de S. Tomás: “Se os homens eram donos de todas as coisas, puderam fazer o quiseram: dividi-las e apropriar-se delas. Portanto, como os homens tinham poder sobre todas as coisas por direito natural e eram verdadeiros donos, segue-se que por direito natural puderam dividi-las e fazer com elas o que quiseram. Mas a divisão das coisas foi feita por direito humano”⁴³.

Mas dando mais um passo, importa dizer, como explica ainda Vitoria, que tal pacto ou acordo mediante o qual os homens decidiram proceder à divisão dos bens, não implicava a sua factualidade objetiva e formal, mas podia requerer apenas “um consenso virtual interpretativo”: “De modo que uns começaram a cultivar umas

terras e os demais outras, e do uso daquelas coisas derivou que este se sentisse satisfeito com as terras que tinha ocupado e o outro com as outras, de forma que um não ocupava as terras do seu vizinho. Isto não em virtude de algum acordo formal, mas virtual”⁴⁴.

Uma vez feita esta divisão por acordo virtual interpretativo, restavam três modos ou três títulos legítimos em virtude dos quais podia alguém adquirir o domínio das coisas: ou a vontade do primeiro dono ou a autoridade do príncipe ou do imperador, que nos termos do direito das gentes incluía a guerra justa, movida por uma autoridade dotada de jurisdição. A estes dois títulos de transferência de domínio poderíamos ainda acrescentar um terceiro que era de natureza transitória: a necessidade extrema, que determinava que em casos de necessidade extrema (miséria extrema acompanhada de perigo de vida) as coisas regressavam à posse comum até que tal causa se extinguisse, tese que por si só obstava, *avant la lettre*, ao individualismo possessivo dos tempos recentes.

Trazendo esta tese para o caso que nos ocupa, Vitoria explicava que os cristãos não podiam apropriar-se dos territórios americanos, pois, por um lado, uma vez feita a divisão das coisas, aquelas terras pertenciam àqueles povos a título de direito originário, e como eles tinham verdadeiro domínio, se não expressassem a sua vontade em transferir esse domínio aos cristãos, sem medo, sem dolo e sem ignorância, não podiam os espanhóis apropriar-se delas. O contrato virtual interpretativo estendia-se ao conjunto dos homens e dos povos do orbe. Logo, também aos gentios da América. Então, por direito natural e das gentes, os índios tinham direitos originários sobre aquelas terras.

Também não podiam apropriar-se delas invocando o segundo título: a autoridade do príncipe, pois Vitoria sustentava que quando a armada real aportou às terras dos índios nenhuma autoridade levava para se apropriar das suas terras e destituir os seus príncipes, ou, como diria o Padre António Vieira em 1694, “em matéria de soberania e liberdade, vale tanto a coroa de penas como a de ouro e tanto o arco como o cetro”⁴⁵, dado que nem o imperador nem o papa eram senhores do mundo, nem no espiritual nem no temporal.

4.3. Na verdade, os teólogos-juristas da Escola Ibérica da Paz preocuparam-se em fundar na natureza e no direito natural o domínio de

jurisdição ou poder civil, que tinha origem em Deus enquanto autor da natureza social do homem.

Para eles, quem dá a essência de uma coisa dá aquilo que dela se segue, e como o homem não podia realizar a sua natureza social sem um poder que dirigisse a sociedade, concluiu-se que, nesse sentido, Deus era a causa primeira do poder que era constitutivo das comunidades humanas livremente formadas pelos homens em obediência à sua natureza.

De facto, todas as entidades dotadas de fim próprio deveriam possuir em si mesmas as faculdades necessárias para o atingir, e como a comunidade era uma entidade cujo fim próprio era o bem comum, deveria, por isso, possuir em si própria, naturalmente, o poder ou as faculdades para realizar o bem comum.

Esta era a base de uma concepção democrática sobre a origem do poder, radicado no conjunto da sociedade que podia decidir, ou não, transferi-lo ou concedê-lo, por consenso, a um senado ou a um príncipe.

Veja-se o magnífica lição proferida a este respeito por Martín de Azpilcueta na Universidade de Coimbra em 1548, perante a assembleia magna daquela Universidade: “Quando os povos não têm a luz e o apoio de um imperador, é mister que sejam para si a sua própria luz, e quem não tem guia e chefe, é o seu próprio chefe e guia. E assim, embora algum povo não tenha chefe nem rei mediante providência humana, contudo recebeu da natureza naturante, que é Deus, o poder de se dirigir, governar e iluminar [...], e se se encontrassem alguns homens associados em comunidade, estes teriam do próprio Deus, de modo imediato, o poder de se governarem a si mesmos e de fazerem as coisas sem as quais não poderiam viver em sociedade [...], pois a lei imperial não pode suprimir as providências naturais. Não vai em sentido contrário o facto de que muitos povos parecem carecer completamente de jurisdição. Na verdade, não carecem completamente de jurisdição mas do seu uso”⁴⁶.

A que se deverá acrescentar a consequência, ensinada por Luis de Molina na Universidade de Évora na década de 1570: “Não há nada que se oponha a que as nações infiéis tenham verdadeiros reis que sobre elas exerçam o seu domínio, assim como os demais poderes legítimos. Diga-se o mesmo da licitude do domínio dos infiéis sobre as coisas que possuem como próprias enquanto

pessoas particulares. Portanto, tanto o domínio de jurisdição como o de propriedade são comuns a todo o género humano”⁴⁷. Compare-se este pensamento com o de Locke e não será difícil perceber como a história dos direitos humanos tem sido mal ensinada nas nossas academias.

Por isso mesmo, sustentaram os escolásticos ibéricos que só com títulos legítimos, sobretudo a guerra justa, poderiam ser derogadas as soberanias indígenas da América ou o direito ao domínio destes povos sobre os seus bens, dos quais eram verdadeiros senhores (“*veri domini*”) pois, como explicava Francisco Suárez nas suas lições na Universidade de Coimbra, no início do século XVII: “O poder dos príncipes cristãos, em si mesmo, não é de maior nem distinta natureza do poder dos príncipes pagãos; logo, em si próprio, não tem outra matéria nem outro fim”⁴⁸.

Por esta mesma razão, estabelecia-se uma universalidade de direitos, de direitos universais do homem, porque naturais e não circunscritos ao continente europeu. Ensinava, por isso, o mesmo Suárez em Coimbra, no seu *De Legibus*: “Tudo o que foi dito até agora sobre o poder natural que têm os homens para ditar leis civis é universalmente válido para todos os pagãos e infiéis”⁴⁹.

Queria isto dizer que o orbe inteiro deveria ser considerado como “uma única República” à qual deveríamos reconhecer poderes para promulgar leis justas para todos os povos, como eram as leis do direito das gentes. Para Vitoria, o direito das gentes (falando em gentes no sentido de nações) fora promulgado pela “autoridade de todo o orbe”, uma autoridade também virtualmente instituída, fundada na “*recta ratio*”, de matriz ciceroniana⁵⁰.

Embora a relação entre direito natural e direito das gentes não seja unívoca nestes autores, tomando o caso de Vitoria podemos dizer, parafraseando Jesús Cordero Pando, que o direito das gentes “é a expressão positiva, historicamente variável que foi adquirindo a explicitação das exigências do direito natural entre as diversas gentes, povos e culturas; mas mantendo sempre o seu vínculo profundo que radica nessa procedência de um direito natural idêntico para todos”⁵¹. Já no caso paradigmático de Francisco Suárez veremos a introdução progressiva da vontade, a par da razão natural, como fonte do direito das gentes. No *De legibus*, Suárez ensinava que os preceitos do direito das gentes dependiam “mais da livre vontade e da

conveniência moral e menos da necessidade⁵², não obstante não o podermos considerar um voluntarista, na medida em que não postulava um poder absolutamente livre da vontade, porque a faz depender de um movimento anterior do conhecimento.

Em todo caso, em jeito de síntese, estabeleceu-se que os homens de todas as raças foram criados livres e naturalmente iguais; que o poder político tinha origem imediata nas comunidades naturais dos homens, dando-lhe um fundamento democrático; que o direito ao domínio de jurisdição e propriedade não dependia da religião ou do grau de desenvolvimento civilizacional; que não existia escravatura natural, mas apenas legal; que o império cristão que se almejava era uma expectativa jurídica porque dependente de um pacto livre entre os povos, sem medo, sem dolo e sem ignorância, porque as leis imperiais não podiam contrariar as disposições naturais, pois mesmo que um povo não tivesse guia ou chefe ele seria o seu próprio chefe e guia; que o imperador não era o senhor do mundo, nem o império era de direito divino; que o papa não era senhor do mundo, nem no espiritual nem no temporal, não tendo autoridade para “julgar os que estão de fora” (1Cor 5, 12-13), cabendo-lhe apenas entre os não batizados o direito de predicar pacificamente o Evangelho (*jus praedicandi*).

Reforçou-se a articulação entre o direito e a ética, entre paz e a justiça, e estabeleceu-se a supremacia da Razão da Humanidade sobre a Razão de Estado e da solidariedade sobre o poder.

Defendeu-se a tese da autoridade universal do orbe, porque o *jus gentium* não era estritamente interestatal; concebeu-se a dignidade do ser humano como fundamento da comunidade internacional; defendeu-se que o direito de cidadania dependia da pertença a uma comunidade de iguais e que o direito ao domínio de propriedade da terra não dependia da maior eficácia do trabalho, mas da sua efetiva e originária ocupação, com base em consenso ou acordo entre os homens (*jus gentium*).

Estabeleceu-se uma justiça acima da vontade dos príncipes, garantia da reciprocidade universal de direitos, afirmando-se como uma questão de consciência e não de consentimento, e sublinhou-se a importância dos Princípios Universais, bem como a atenção aos direitos e deveres de todos inter se, entre eles o

direito de viajar por territórios alheios (*jus communicationis*).

Preceituando que a paz não era apenas a resposta à irracionalidade da guerra, procurou-se, não obstante, racionalizar a guerra, enquanto resposta a uma agressão ou injúria, criando espaço tanto para a objeção de consciência como para o direito de resistência, sublinhando além do mais que não eram títulos legítimos para fazer a guerra nem as injúrias a Deus (a idolatria) nem os crimes contra a natureza, com excepção do atentado à vida e integridade física dos inocentes, que configuravam crimes contra o género humano, passíveis de serem travados pela força das armas.

Estamos, por isso, em condições de compreender o que ensinava Martín de Ledesma em Coimbra, em 1560: “Os pagãos e os gentios têm verdadeiro domínio sobre as suas terras, desde que as não tenham usurpado de forma violenta aos cristãos ou a outros seus verdadeiros senhores, e esse domínio é tão verdadeiro como aquele que os cristãos têm sobre os seus bens. [...] Portanto, os pagãos e os gentios não podem ser privados do seu domínio com o intuito da fé, isto é, com vista a que venham a ser tornados cristãos, porque, como já tinham o domínio das coisas e Deus não os priva desse domínio, não podem ser privados dele, a não ser por vontade própria ou por lei humana. Mas por nenhum destes modos os pagãos perdem o domínio das suas coisas, porque eles mesmos não querem abdicar por iniciativa própria do domínio dessas coisas e porque não querem obedecer aos príncipes dos cristãos, uma vez que possuem os seus verdadeiros príncipes e nunca quiseram submeter-se aos príncipes cristãos. E os príncipes cristãos não podem ter domínio sobre esses pagãos, a não ser que eles queiram submeter-se, o que nunca quiseram nem fizeram. [...] Além disso, se os bárbaros perdessem o domínio das coisas pela razão de não serem cristãos, a divisão e apropriação das coisas seria de Direito Divino, o que é falso⁵³.”

A articulação com o conceito de indigenato de João Mendes Júnior, naquilo em que ele depende da tese de que os índios eram “originários e naturais senhores” das terras em que viviam, como se lê também nas leis portuguesas dos séculos XVII e XVIII, parece-me marcante neste percurso.

De facto, neste como em muitos outros momentos da tradição universitária ibérica

condensa-se o articulado do já citado Alvará régio de 1 de Abril de 1680: nos termos da lei (quase nunca cumprida) os índios eram naturais e originários senhores das terras que ocupavam, tanto nas aldeias criadas pela administração colonial como “no sertão” ou “na serra” e só podiam ser atraídos ao cristianismo pela predicação, se a aceitassem, ou seja, não podiam ser “resgatados” ou “descidos” pela força mas sim pela persuasão, quer dizer, “sem privar da liberdade aqueles a quem a comunicou a natureza e que por direito natural e positivo são verdadeiramente livres”⁵⁴.

E se eram estes os princípios universais a respeito do direito ao domínio, eram eles que deveriam imperar na relação entre os povos e não o critério liberal do “homem industrioso e racional”. Veja-se o que ensinava Luis de Molina na Universidade de Évora nos anos setenta do século XVI, tão distante do que ensinará Vattel no século XVIII, atrás citado: “Nem sequer cumpre discutir se é justa causa de guerra submeter uma nação por ser bárbara ou incivilizada e mais própria para ser governada por outros e educada nos bons costumes do que para reger-se a si mesma. Mesmo quando não falem autores que afirmem ser esta razão suficiente para submeter todos os brasileiros e os demais habitantes do Novo Mundo, assim como os africanos, reduzindo-os à escravatura, sendo que, como escravos, todos os seus bens passariam para os seus senhores, sendo privados das suas terras. Como já referi, de maneira alguma estamos perante causa suficiente para legitimar a escravatura”⁵⁵.

Todavia, estamos aqui a enunciar princípios gerais de direito natural e das gentes e não tanto a lei no seu contexto global e nos seus critérios de aplicação.

De facto, como mostrou Beatriz Perrone-Moisés⁵⁶, estas leis visavam o aldeamento dos índios com vista à sua integração civilizacional e evangelização. Ora, uma vez aldeados, as terras que anteriormente ocupavam eram consideradas devolutas e incorporadas no património da coroa. Foi esta uma das causas por que, a despeito do enunciado do princípio da liberdade natural e do domínio natural, os índios acabaram por perder efetivamente os vastos territórios que ocupavam antes da chegada dos portugueses.⁵⁷

5. PRESENÇA DAS CONCEPÇÕES JUSNATURALISTAS NA DOCTRINA SOBRE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS ORIGINÁRIOS DOS INDÍGENAS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: O CASO DA TI RAPOSA SERRA DO SOL

Vejam os então como a teoria do indigenato, formulada por João Mendes Júnior e fundada no Alvará de 1 de Abril de 1680 permanece dotada de forte presença, escolhendo para efeito o julgamento histórico da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Supremo Tribunal Federal nos anos de 2008 e 2009.

Neste caso interessa-nos particularmente o Acórdão do ministro Carlos Ayres Britto e o Voto da ministra Carmen Lúcia, que se revestem de amplo significado histórico, antropológico e jurídico.

Como nas “considerações preliminares” já referimos, a invocação de direitos originários no artigo 231 da Constituição Federal traduz, para o Ministro Relator, uma situação jurídica subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira “a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios”. Neste sentido, Carlos Britto entende que o termo tem o sentido de primevo, porque pré-europeu, e que se considera merecedor de qualificação jurídica superlativa, levando a considerar como nulos todos os atos visando a ocupação, por não índios, das terras tradicionalmente ocupadas por estes. Assim, refere o Relator, “o direito por continuidade histórica prevalece sobre direito adquirido por título cartorial”, mais considerando que se caminha, assim, rumo a um conceito “mais amplo de desenvolvimento nacional francamente incorporador da realidade indígena”.⁵⁸

Neste sentido, tal ocupação qualificada, porque tradicional, é o próprio título de constitutividade do direito à posse permanente.

Mais elucidativo é o Voto da ministra Carmen Lúcia neste mesmo julgamento, desenvolvendo os argumentos concordantes com o Acórdão de que foi relator o ministro Carlos Britto.

De facto, Carmen Lúcia começa por sublinhar que o que ali estava em causa era “a garantia do indigenato, proposto pelo Professor João Mendes Júnior”, pelo que a posse indígena não requeria legitimação por registo.

No parágrafo 11 do seu Voto neste julgamento escreveu, a respeito do celebrado trabalho de João Mendes Júnior: “Já então se reconheceu - o que apenas se reforçou a partir das Constituições brasileiras de 1934 até a de 1988

- o indigenato, a distinguir a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação”⁵⁹.

Quer isto dizer que o indigenato (e, portanto, o Alvará de 1 de Abril de 1680) produz os seus efeitos, independentemente de previsão constitucional expressa, pois considera, no parágrafo 14 do seu Voto, que é recepcionado “à evidência e de forma decisiva”.

NOTAS

- * Trabalho realizado no âmbito do projeto “De Restitutione: a Escola Ibérica da Paz e a Ideia de Justiça na Ocupação da América”, PTDC/MHC-FIL/4671/2014, apoiado pela FCT-Fundação para a Ciência e Tecnologia do Ministério da Ciência e do Ensino Superior de Portugal e pelo programa “Compete 2020” (Portugal).
1. MIRANDA, Pontes, *Comentários à Constituição de 1967*, Forense, Rio de Janeiro, 3ª edição, Tomo IV, p. 621.
 2. BRITTO, Carlos Aires (Ministro Relator), Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Petição 3.388 Roraima, 19-03-2009, parágrafo 11.3, p. 8.
 3. BADIN, Luiz Armando, “Sobre o Conceito Constitucional de Terra Indígena”, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, Ano 51, nº 190, Jul./Dez., 2006, p. 137.
 4. Voto da Ministra Carmen Lúcia, Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Pleno, Petição 3.388 Roraima, 19-03-2009 parágrafo 21, p. 462.
 5. Voto do Ministro Victor Nunes Leal, Supremo Tribunal Federal -Tribunal Pleno, Acórdão do Recurso Extraordinário n. 44.585-Mato Grosso, 30/08/1961: “[...] não se trata de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios [...], não está em jogo propriamente um conceito de posse nem de domínio no sentido civilista dos vocábulos, trata-se de habitat de um povo” pp. 471/472. No mesmo sentido vai o constitucionalista José Afonso da Silva ao ensinar que a posse indígena “extrapola da órbita puramente privada porque não é nem nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base do seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana” SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, São Paulo, 23ª edição, 2004, p. 836
 6. As expressões entre aspas fazem parte do Acórdão do Ministro Carlos Aires Brito Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Petição 3.388 Roraima, 19-03-2009, parágrafo 4, p. 4.
 7. Voto da Ministra Carmen Lúcia, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Petição 3.388 Roraima, 19-03-2009 parágrafo 30.3, p. 476.
 8. Voto da Ministra Carmen Lúcia, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Petição 3.388 Roraima, 19-03-2009 parágrafo 30.3, p. 476.
 9. MENDES JÚNIOR, João, *O Índio Brasileiro. Seus Direitos Individuais e Políticos*, TypHennies Irmãos, São Paulo, 1912, p. 57. Itálico nosso.
 10. Expressão do jurisconsulto tardo-clássico Paulos, no Digesto-D 41.2.1pr, para traduzir o fundamento da posse, um poder de posse umbilicalmente ligado a determinado objeto, posse natural de quem ocupa a terra. Paulos chama a atenção para a origem etimológica de “*possessio*” palavra derivada de “*positio*” e de “*sedes*”.
 11. MENDES JÚNIOR, João, *O Índio Brasileiro. Seus Direitos Individuais e Políticos*, Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, p. 57.
 12. Idem, p. 60.
 13. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ed. Malheiros, São Paulo, 22ª edição, 2003, p. 830.
 14. NETO, Fernando da Costa Tourinho, “Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas”, in *Os Direitos dos Índios e a Constituição*, Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris Editor, RS, 1993, p. 40.
 15. MONTANARI JÚNIOR, Isaías, *Terras Indígenas e Cooperação Internacional – Análise do Protal – Programa Piloto de Proteção das Terras Indígenas da Amazônia Legal*, Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 105.
 16. RULLI JÚNIOR, Antônio, “O Indigenato e os índios Guarani de São Paulo. Exceção ao Princípio da Isonomia”, in *Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo*, 1986, nº 5/6, p. 36.
 17. Idem, p. 36.
 18. Idem, p. 36.
 19. Idem, p. 37
 20. Processo nº 2002.80.00.0049260 (RCCR477/AL) Justiça Pública. Luciano Mariz Maia (Procurador).
 21. CAVALCANTI, Temístocles Brandão, *A Constituição Federal Comentada*, ed. José Konfino, Rio de Janeiro, 1959, V, IV, p. 242. O

- comentário citado incide sobre o artigo 5º, inc. XV, al. r e 216 da Constituição Federal de 1946.
22. BARBOSA, Marco António, *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*, Fapesp, São Paulo, 2001, p. 66.
 23. VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis* (1538) I, 8, Corpus Hispanorum de Pace, dir. Luciano Pereña e J.M Perez Prendes, CSIC, Madrid, volume V, 1967, p. 11.
 24. *Lei de 6 de Junho de 1755*, in Leda Maria Cardoso Naud, "Documentos sobre o Índio Brasileiro (1500 a 1822), 2ª Parte" in *Revista de Informação Legislativa*, nº 8, 1971, p. 256.
 25. *Alvará de 1 de abril de 1680*, in *Ibid.*, p. 257
 26. *Lei de 10 de Novembro de 1647*, in *Ibid.*, p. 258.
 27. *Carta Régia de 30 de Julho de 1609*, in José Justino de Andrade e Silva, *Collecção Chronológica de Legislação Portuguesa, 1603-1612*, Imprensa de J.J A. Silva, Lisboa, 1854, pp. 271-272.
 28. *Alvará e Regimento sobre a Liberdade dos Índios*, de 26/07/1596, in Serafim Leite, *História da Companhia de Jesus no Brasil*, Lisboa/Rio de Janeiro, Portugal/Civilização Brasileira, 1938-50, vol. 2, pp. 623-624.
 29. *Alvará de 6 de Junho de 1655*, in Leda Maria Cardoso Naud, *Op. cit.*, p. 258
 30. *Alvará de 1 de Abril de 1680*, in *Ibid.*, p. 257.
 31. MOISÉS, Beatriz Perrone, "Terras Indígenas na Legislação Colonial", in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 95, p. 114
 32. *Alvará de 1 de Abril de 1680*, in Leda Maria Cardoso Naud, *Op. cit.*, p. 257.
 33. *Lei de 6 de Junho de 1755*, in *Ibid.*, p. 257.
 34. *Directório, que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão*, 1757, in Leda Maria Cardoso Naud, *Op. cit.*, p. 264.
 35. LOCKE, John, *Segundo Tratado do Governo* (1681), Fundação CaloustGulbenkian, 2007, cap. V, parágrafo 34, p. 61.
 36. VATTEL, Emer de, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Paris, J. P. Aillaud (1758), 1835, Liv. I, Chap. VII, parágrafo 81, p. 161.
 37. *Idem*. Liv. I, Chap. VII, parágrafo 81, p. 161
 38. SANTOS, António Ribeiro dos, (1745-1818), *Princípios de Direito Natural acerca do Domínio e Uso do Mar*, Lisboa, s.d. Sobre o tema em análise cf. José Esteves Pereira, *O Pensamento Político em Portugal no Século XVIII: António Ribeiro dos Santos*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1983, pp. 202-204.
 39. In *Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo*, nº 5/6, 1986, p. 30.
 40. Veja-se CALAFATE, Pedro e MANDADO, Ramon, *Escuela Ibérica de la Paz. La conciencia crítica de la conquista y colonización de América*, Ed. Universidad de Cantabria, Santander, 2014.
 41. SOTO, Domingo, *Relectio De Dominio*, 1535, 21, 15ª edição de Jaime BrufauPrats, *Relecciones y Opusculos*, Editorial San Esteban, Salamanca, vol. I, 1995, p. 141.
 42. *Ibid.*, 21, 20-23.
 43. VITORIA, Francisco de, *Comentários a la Secunda Secundae de Santo Tomás de Aquino*, in Jesus Cordero Pando, Francisco de Vitoria, *Relectio de Potestate Civili, Estudios sobre su Filosofía Política, Antología de Otros Textos Políticos*, Edição Crítica, Corpus Hispanorum de Pace, Segunda Serie, Volumen 15, CSIC, Madrid, 2008, p. 159.
 44. *Idem*, p. 155.
 45. VIEIRA, António, "Voto sobre as dúvidas dos moradores de São Paulo" (1694), in *Obra Completa do Padre António Vieira*, 30 volumes, Direção de José Eduardo Franco e Pedro Calafate, Círculo de Leitores, Lisboa, 2014, Tomo IV, vol. III, p. 276.
 46. AZPILCUETA, Martín de, *Relectio c. Novit de iudiciis*, Coimbra. 1548, p. 74.
 47. MOLINA, Luis de, *De justitiaeture*, Cuenca, 1691, tomo I, liv II, disp. XXVII.
 48. Francisco Suárez, *De Legibus*, Coimbra, 1612, Liv. III, V, 1,
 49. *Idem*, XII, 9.
 50. No *De Legibus*, Cícero fala-nos de "uma verdadeira lei, a reta razão, conforme à natureza, universal, eterna e imutável e a mesma para todos os povos e lugares" (*De legibus*, 1.7).
 51. PANDO, Jesús Cordero, Francisco de Vitoria, *Relectio de Potestate Civili-Estudios Sobre su Filosofía Política*, in Corpus Hispanorum de Pace, Segunda Serie, CSIC, Madrid, 2008, vol. 15, p. 479.
 52. SUÁREZ, Francisco, *De Legibus*, liv. II, XVII, 9, in Corpus Hispanorum de Pace, dir. Luciano Pereña, vol. XIV, CSIC, Madrid. 1973, p. 110.
 53. LEDESMA, Martín de, *Secunda Quartae*, Coimbra, 150, fol. 223r-v.

54. *Alvará de 1 de abril de 1680*, parágrafo 40, Op. cit.
55. MOLINA, Luis de, *De Iustitia et Iure*, Cuenca, 1691, tomo I, livro III, disp. CV.
56. MOISÉS, Beatriz Perrone, "Terras Indígenas na Legislação Colonial", in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 95, p. 110.
57. Idem, p. 111.
58. Supremo Tribunal Federal-Brasília; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Pet 3388/RR-Roraima Petição; Julgamento em 19/03/2009; Relator: Ministro Carlos Britto, *Acórdão* – "12. DIREITOS ORIGINÁRIOS. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como 'nulos e extintos' (§ 6º do art. 231 da CF)".
59. *Ibid.*, Voto da Ministra Carmen Lúcia, parágrafo 11.

