

O PROCESSO E A TERRA: LUTAS INDÍGENAS EM TORNO À CITAÇÃO JUDICIAL (ALDEIA DE SÃO PEDRO DE CABO FRIO, 1838-1851)¹

THE PROCEDURE AND THE LAND: INDIGENOUS' FIGHT FOR THE WRIT OF SUMMONS (ALDEIA DE SÃO PEDRO DE CABO FRIO, 1838-1851)

CAMILLA DE FREITAS MACEDO²

Leibniz Universität Hannover. Hannover. Alemanha

RESUMO: Durante o primeiro século da independência política do Brasil, os conflitos de terra entre indígenas e colonos alcançaram novos matizes do ponto de vista jurídico. Parte desses matizes derivou da emergência progressiva de uma ideia de propriedade privada em sua forma moderna. Isso implicava, entre outros fatores, uma legislação restritiva em relação às terras de uso comum. Por outro lado, se intensificou o debate sobre os critérios para considerar as pessoas indígenas como “civilizadas”. Nesse contexto, algumas terras que tinham sido dadas em sesmaria a comunidades indígenas durante o período colonial foram alvo de interesses comerciais e de ocupação, com a anuência das autoridades designadas para tutelar os chamados “bens dos índios”. Neste trabalho, utilizei um processo ocorrido em São Pedro de Cabo Frio (1839-1850) como fio condutor para mostrar como as reformas do século XIX afetaram o acesso às terras indígenas. Esse conflito chegou até o Tribunal da Relação, estando todo o processo arquivado no Arquivo Nacional. O caso é interessante porque coincidiu temporalmente com algumas reformas importantes dos primeiros anos do império. Entre elas, a eliminação das Ouvidorias em matéria cível, o aparecimento dos juizes de paz, e a aprovação, em 1845, do Regulamento das Missões. Cruzando os debates do processo judicial com outras fontes do período, como jornais, relatos particulares, relatórios dos presidentes da província e a doutrina jurídica coetânea, mostro algumas das estratégias juridicamente possíveis para os indígenas aldeados, destacando, ao mesmo tempo, as limitações que a circunstância de ser considerado “índio” lhes impunha.

PALAVRAS-CHAVE: citação, indígenas, demarcação, aldeia, império

ABSTRACT: During the first century of Brazil's political independence, land conflicts between indigenous peoples and settlers took on new legal nuances. Part of these nuances stemmed from the progressive emergence of the idea of private property in its modern form. It implied, among other factors, restrictive legislation regarding lands of common use. On the other hand, the debate intensified regarding the criteria for considering indigenous people as "civilized." In this context, some lands that had been granted as "sesmarias" to indigenous communities during the colonial period became targets of commercial interests and occupation, with the approval of authorities designated to oversee the so-called "goods of the Indians." In this text, I have used a legal process that occurred in São Pedro de Cabo Frio (1839-1850) as a thread to

¹ Essa pesquisa faz parte da minha tese de doutorado, defendida em 2022 na Universidad del País Vasco (Espanha) e financiada pelo Gobierno Vasco. A tese completa está em processo de edição no *Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory*, e será publicada em espanhol na série *Global Perspectives in Legal History*. **O texto foi escrito no marco do grupo de pesquisa IberLAND**, financiado pelo Conselho Europeu de Pesquisa (ERC) através do programa de investigação e inovação Horizon 2020 (grant agreement No 101000991), no qual sou atualmente pesquisadora pos-doutoral.

² Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5896-8987>

show how the reforms of the 19th century affected access to indigenous lands. This conflict reached the Court of Appeals, and the lawsuit is at the National Archive. The case is interesting because it coincided temporally with some important reforms from the early years of independence. Among them, there is the elimination of the Ouvidorias in civil matters, the emergence of juízes de paz, and the approval, in 1845, of the Regulation of Missions. By examining the debates of the legal process alongside other sources from the period, such as newspapers, personal accounts, reports from provincial presidents, and contemporary legal doctrine, I highlight some of the possible strategies that indigenous peoples could use, while also emphasizing the limitations derived from being considered "Indian."

KEYWORDS: summon, indigenous, lands, limits, independence

INTRODUÇÃO

Em um texto recente no qual relacionava os estudos decoloniais e a disciplina da história do direito latino-americano, Carlos Garriga destacava o valor de considerar a faceta jurídica da colonização ibérica. Partindo da premissa de que a colonização ibérica se caracterizou por não implicar necessariamente a eliminação da humanidade indígena – dado que grande parte da agência da conquista seria impossível sem a mão de obra, o conhecimento local e as alianças com os habitantes originários do território – a colonização é apresentada pelo como uma operação eminentemente jurídica, pois precisava no direito não só para legitimar a situação colonial e as suas violências intrínsecas, mas também para construir subjetividades jurídicas próprias das relações coloniais (GARRIGA, 2019).

Se o direito colonial serviu para legitimar a diferença colonial e a colocação dos colonizados nas posições ontologicamente subalternas da sociedade, por outro lado a situação colonial, entendida como um processo complexo de transformação das diferenças coloniais em valores, significou que esses mesmos sujeitos colonizados frequentemente utilizassem as instituições jurídicas estrategicamente como arma de resistência ou, como mínimo, de negociação. Considerar as implicações das diferenças coloniais significa, portanto, considerar a diferente posição de partida das partes implicadas nos processos, sejam eles políticos, sociais ou, como no caso que veremos neste texto, judiciais. Neste último caso, por exemplo, significa que o comprometimento

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



das partes com a verdade ou, alternativamente, com a transformação, variará em função da medida na qual a axiologia própria da colonização coincida com a sua cultura, entendida em um sentido amplo o suficiente para incluir uma concepção própria de justiça (MIGNOLO, 2003, p. 86–87). Às partes judiciais beneficiadas epistemologicamente pelo imaginário moderno/colonial bastará com a busca da verdade, já que a justiça epistemologicamente imaginada coincide com a verdade ontologicamente buscada. Pelo contrário, as partes situadas nas posições subalternas desse sistema axiológico moderno/colonial podem tender a utilizar a engenharia jurídica para modificar a posição epistemológica que a colonização lhes impõe (CUNILL, 2012; YANNAKAKIS, 2013). Um estudo de história do direito que proponha considerar essas observações se traduz na análise das consequências juridicamente possíveis de cada uma das posições defendidas pelas partes, entendendo a agência dos colonizadores e colonizados em função da posição que o contexto permitiria a cada uma das partes.

Em matéria de terras, uma das características da chamada colonização ibérica foi a concessão de títulos de terra aos indígenas que se aliaram à Coroa na defesa dos seus interesses, fossem esses militares, econômicos ou religiosos. Esses títulos de terra, habitualmente títulos de sesmaria, eram normalmente concedidos às comunidades indígenas em conjunto, o que permitiu a permanência ao longo dos séculos de uma ocupação e transmissão específica da terra naqueles espaços considerados como "terras dos índios". Algumas das suas características específicas são:

- Dificilmente era imposta ou cobrada a exigência de cultivo, somente o pagamento do dízimo à Igreja – o que frequentemente se materializava na manutenção de paróquias –, e na prestação de serviços à Coroa ou aos moradores das redondezas (ALVEAL, 2002, p. 100);
- À diferença do que ocorria nas demais sesmarias, cujo critério para a concessão era a capacidade de produção dos concessionários (VARELA, 2005), as sesmarias



indígenas habitualmente funcionavam como recompensa de alianças militares ou religiosas, se constituindo como promessas documentadas de lealdade e proteção mútua entre os indígenas das aldeias e os poderes coloniais (CABRAL; COSTA, 2021; CANCELA, 2014; CARDIM, 2019; CUNHA, 1992, p. 146–152; MACHADO, 2020; MOREIRA, 2010; SILVA; CARVALHO, 2021);

- Os concessionários, salvo algumas exceções, não eram pessoas particulares, mas sim uma comunidade inteira, normalmente expressada na fórmula “índios da aldeia x”. Entre outros fatores, essa era uma das dificuldades para que as terras fossem alienadas por sujeitos particulares, o que acabou aparentemente consolidando a idéia de que as terras de sesmarias de índios não podiam ser alienadas. Essa indeterminação dos concessionários também favorecia uma certa mobilidade social nas aldeias que não afetava a titularidade das terras.

Num contexto onde a propriedade, em geral, não era individual, privada e ilimitada, a garantia de titularidade não deve ser confundida com uma garantia do que hoje chamaríamos de propriedade (MACHADO; ALVEAL, 2020). Ainda quando a titularidade indígena fosse reafirmada e garantida pelas autoridades, essas terras também foram alvo de ocupações consideradas legítimas por essas mesmas autoridades, principalmente em forma de concessões de foros e arrendamentos nessas terras, situação que se intensificou a partir do período pombalino, quando a prática foi expressamente incentivada (MACHADO, 2012). Essa política de aforamento se manteve no Regulamento das Missões, aprovado quase um século depois, em 1845 (MACEDO, 2019).

Neste artigo, contarei sobre um processo jurídico específico originado na aldeia de São Pedro de Cabo Frio. Os primeiros conflitos surgiram em 1838, e se estenderam ainda por cinco anos depois da aprovação do Regulamento das Missões. Tendo o processo judicial como fonte principal, também cruzei os dados descritos com algumas matérias



publicadas em jornais locais, assim como os relatórios provinciais dos presidentes do Rio de Janeiro e os escritos de alguns particulares que passaram pela aldeia, com o objetivo de contextualizar os interesses envolvidos no processo.

Sem entrar em questões relativas à identidade social, o que busco aqui é entender como a identificação dos sujeitos de direito como “índios” influenciou no desenvolvimento do processo judicial e como essas circunstâncias afetavam as decisões finais. Vale esclarecer que parto da premissa de que as categorias jurídicas são simplesmente um “ponto de vista” do amplo conjunto de “categorias” que conformam a vida social, mas que por esta mesma razão convém interpretá-las considerando as vicissitudes específicas das instituições jurídicas próprias do período correspondente (GARRIGA, 2020). O corpo do texto se divide em quatro seções. Na primeira, contextualizo o caso estudado, apresentando os primeiros atos que deram origem ao processo e resumo algumas especificidades das sesmarias de índios desde o período colonial. No segundo, explico os debates jurídicos que se desenvolveram em torno à definição de foro judicial e das competências específicas dos encarregados de tutelar os bens dos índios, sempre tendo a categoria de “índios” na perspectiva do debate. Finalmente, retorno ao caso judicial para entender como não só a etiqueta de “índio” mas, principalmente, a de “bens dos índios” foi usada pelos aldeados de São Pedro para construir o argumento de que as citações para demarcar terras de índios deveriam ser feitas por edital, por se tratar de um sujeito incerto e coletivo. A decisão do Tribunal da Relação foi favorável a essa posição, porém, ao que tudo indica, se tratou de uma decisão excepcional – no sentido de que não correspondia à prática habitual na aldeia.

1. DISPUTAS PELA DEMARCAÇÃO DE FOROS NA ALDEIA DE SÃO PEDRO

Os “índios” da aldeia de São Pedro obtiveram carta de sesmaria em 1617, por petição do reitor do colégio jesuíta do Rio de Janeiro, que queria fundar ali uma aldeia nos moldes dos aldeamentos jesuítas. A carta assinada pelo capitão-mor concedia as terras



pedidas em nome dos índios, além de um terço dessas terras aos jesuítas como propriedade sua, para que pudessem assistir os índios e plantar os seus mantimentos. Mais tarde, Martim de Sá assinou uma nova concessão de sesmaria, solicitada pelos jesuítas em virtude de uma vitória contra índios bárbaros que haviam atacado a aldeia. Com a expulsão dos jesuítas durante a administração do marquês de Pombal, as terras e benfeitorias passaram pelo confisco ao patrimônio dos índios, que passaram a ser administrados pelos capuchos, sendo estes obrigados a deixar a América lusa em 1766 (MOREIRA; CARNEIRO, 2010, p. 95–96). Em 1785 a Aldeia passou a ter párocos próprios (ALMEIDA, 2001, p. 171). No século XIX, as terras da aldeia eram administradas pela Conservatória dos Índios, vertente da potestade administrativa dos Ouvidores de Comarca. Isso significa que era o juiz ouvidor, como juiz da conservatória, quem concedia terras em aforamento e o tesoureiro cobrava e administrava os foros em nome dos índios.

Quando uma terra era aforada pela Conservatória, era transmitido o domínio útil do terreno, normalmente com a condição expressa de se reconhecer em todo o tempo o domínio direto ou senhorio dos índios. O aforamento era um contrato a longo prazo, que permitia inclusive a transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* desse direito (MACHADO, 2017; MACHADO; MOTTA, 2022). Os foreiros da Conservatória podiam solicitar a medição e demarcação do terreno aforado, entrando assim em posse juridicamente reconhecida do terreno.

Em março de 1840, Antonio Francisco dos Santos (em adiante, Antonio), figura influente no território de São Pedro de Cabo Frio, conseguiu a posse jurídica de um terreno dentro da propriedade dos índios da Aldeia São Pedro. Entre 1839 e 1840 ele iniciou os processos de medição e demarcação de terras na aldeia, afirmando que havia comprado a posse de diversos moradores da aldeia, brancos e índios. Antonio dizia estar estabelecido em uma posse de alguns terrenos na propriedade que ele reconhecia ser da



aldeia, pelo que solicitou a demarcação das terras e se comprometia a pagar o foro à Conservatória da Aldeia (ARQUIVO NACIONAL, 1840-1848, f. 5). Um procedimento aparentemente comum nas terras da aldeia de São Pedro de Cabo Frio. A medição e demarcação do terreno foi feita pelo Juiz dos Orfãos da cidade de Cabo Frio, o cidadão Joaquim Marques de Britto.

A questão suscitou controvérsia porque, por um lado, outros moradores alegavam ter a posse de algumas das terras que Antonio queria incorporar na sua demarcação. E por outro lado, porque alguns indígenas, especificamente Francisco de Paula (em adiante, Francisco), Joaquim Peixoto (em adiante, Joaquim) e suas respectivas esposas, Rosa Lima Joaquina e Victorina Maria da Conceição³, alegavam que parte das terras pretendidas não podia ser demarcada para ser utilizada privativamente porque se tratava de um pântano de uso comum dos aldeados e outros moradores e viajantes que o utilizavam para dar de beber aos seus animais. Assim começou um longo processo judicial contra a privatização das terras alagadiças de um pântano na Aldeia de São Pedro, que os moradores e os indígenas reivindicavam como terras de uso comum.

A reivindicação do pântano como logradouro comum se conectava com a tradição segundo a qual as terras de marinha eram de preservação compulsória e de propriedade da Coroa, não podendo ser arrendadas, já que os bens de uso comum, tais como paços ou casas, passais, terreiros ou logradouros, açougues ou celeiros, eram considerados bens da universidade, sob o domínio real. As câmaras municipais, neste sentido, teriam o papel de meras administradoras dos bens, não podendo aforá-los sem autorização do rei e mediante procedimento público – ‘pregão’⁴.

³ A menção das esposas das partes litigantes era prática comum, e respondia ao disposto nas Ordenações Filipinas, livro 3, título 47, segundo o qual nenhuma pessoa casada podia litigar em juízo sobre bens de raiz sem procuração do cônjuge, sob pena de nulidade de todo o julgado.

⁴ Nas Ord. Fil. Liv. 1, tit. 66, § 17 estes bens são chamados de *Bens do concelho*. Citando a doutrina de Jorge de Cabedo, António Hespanha (2015, p. 348) é quem destaca a necessidade de permissão do rei para os aforamentos. Os decretos de 20 de maio (PORTUGAL, 1819a) e 11 de junho de 1734 (PORTUGAL, 1819b), por sua parte, estabeleceram que os Senados das Câmaras municipais detinham somente as



Não obstante, a partir da Lei orçamentária de 15 de Novembro de 1831 (BRASIL, 1875a, p. 256) as Câmaras Municipais podiam solicitar terras para logradouro público, e abriu-se a possibilidade de que os Ministros da Fazenda ou os Presidentes Provinciais arrendassem essas terras a particulares seguindo critérios de conveniência e interesse da Fazenda (art. 51.14^a). Segundo Marco Diniz (2008), esta regulação se enquadrava num marco de mudança de mentalidade do governo regencial quanto ao domínio sobre as terras, pois se flexibilizava cada vez mais o aforamento de terrenos de uso comum a particulares. O cerne da questão era, em consequência, que certas terras destinadas tradicionalmente ao uso comum podiam agora ser arrendadas em virtude da legislação imperial⁵. De fato, depois da solicitação ao Juiz dos Órfãos em 1838, entre os anos de 1841 e 1842 Antonio havia solicitado ao Governo Provincial autorização para aterrar a porção do brejo que ele pediu, assim como a posse desses terrenos alagadiços do pântano. Na petição, ele argumentou novamente que essa porção estava devoluta e afirmou que os faria rendosos em benefício dos Índios. O Governo Provincial autorizou o aterro. Quanto à posse, indicou que não era necessária a intervenção do Governo, intruindo-lhe que seguisse o procedimento ordinário na via municipal para obter a demarcação do território.

Na sua petição de demarcação, Antonio não contestava a propriedade ou domínio direto dos índios da Aldeia. O que ele queria era obter a exclusividade do domínio útil do brejo, e para isso pedia a demarcação. Alexandre Pontes, o procurador dos índios e de

faculdades de uso e administração dos bens comuns, porém não podiam aliená-los, pois permaneciam sob o domínio da Coroa.

⁵ O procedimento específico para o caso das terras de marinha foi regulado nas *Instruções do Ministério da Fazenda para o reconhecimento, medição e demarcação dos terrenos das marinhas*, de 14 de novembro de 1832 (BRASIL, 1875b, p. 342–344). O artigo 1º estabelecia que: “O Inspector das obras publicas fica encarregado de fazer reconhecer, medir, e demarcar os terrenos de marinhas, compreendidos no termo desta cidade: 1º Os que devem ser reservados para logradouros públicos. 2º Os que têm sido concedidos a particulares, ou por estes têm sido ocupados sem concessão. 3º Os que ainda actualmente se acham devolutos”. Apesar do que cito aqui com referência à marinha, nos embargos à sentença municipal o advogado dos índios e demais moradores alegou precisamente o incumprimento dessas instruções por parte do Governo Provincial.

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



outros moradores que embargaram a medição, remarcou mais tarde a contradição entre um suposto domínio direto dos índios e a sua falta de autonomia para determinar o que mais lhes convinha:

Se pois isto se fez, e se escreveu; que muito era, que se tomasse o brejo aos pobres Índios, e ficassem estes reduzidos a ver morrer de sede os seus animais? E convêm aqui notar, que o Embargado não fez medir o seu, não demarca terras de que tem propriedade, mas, como se vê das suas petições, ele declara que as terras são dos Índios, que as demarca para as aforar, aforar em benefício dos Índios. Em benefício daqueles que não querem tal benefício, porque lhes há de trazer gravíssimos prejuízos!! (ARQUIVO NACIONAL, 1840-1848, f.188).

Entre todos os prejuízos, o procurador afirmou que o pântano provia não somente água para os animais, mas também peixes para alimentar-se, assim como junco e tábuas para construir choupanas (f. 190). Ele acrescentou que, no caso de que finalmente fosse admitida a possibilidade de se aforar as terras do pântano, os índios recorrentes – Joaquim e Francisco – estariam dispostos a tomar sobre si o foro pagando o dobro do que Antonio pagaria, “porque sendo os mais prejudicados, porque tem mais meios de trabalho, mais sofrerão com a violência, e querem prestar aos outros Índios, seus amigos e parentes, também os meios de continuarem com os seus trabalhos” (f.192). E finalmente que, dado o caso, deveriam ter preferência os índios embargantes não somente por estarem dispostos a pagar um valor superior pelos aforamentos, mas principalmente porque como índios da aldeia eram co-proprietários e co-possuidores do brejo controvertido, tendo portanto melhor direito de aforar os terrenos.

Apesar das alegações das partes sobre os usos do brejo, ao longo do processo é possível supor que as terras pedidas eram utilizadas com outros fins pelos moradores da aldeia. Em certa fase do processo, a defesa de Antonio alegou que as terras do brejo não tinham na verdade utilidade alguma,

Porque como fica demonstrado, os animaes bebem nos poços, que ficarão fora da medição; e além disso elle nao é viscoso, pois todos os anos seca totalmente;



e por isso nunca nelle houve peixe de quantidade alguma; nem he de cultura; por isso que alaga-se, e secca-se alternativamente todos os anos (f. 213).

Estas características, combinadas com um pequeno mapa anexado ao processo onde se vê que o tal brejo estava próximo do mar, pode nos levar a pensar que se tratava de um terreno utilizado para a extração de sal. Em 1820, Pizarro e Araújo havia apresentado ao rei certas memórias sobre o Rio de Janeiro, escritas no final do século anterior. Aí, afirmava ele, a “salina dos Indios da Aldêa de S. Pedro, formada em terra firme, e lugar denominado Apicuz, que beneficiada em termos, deu o Sal tao puro como um cristal, e nenhum grão se desperdiçou” (PIZARRO E ARAÚJO, 1820, p. 169). Segundo Braz Rubim (1817-1870), *apicu* era a “coroa que faz o mar entre si e a terra firme, e a cobre a maré” (RUBIM, 1853, p. 5). Tudo leva a pensar que as terras pedidas por Antonio abarcavam parte da restinga que dividia a lagoa de Araruama e o mar grosso. Esses territórios foram descritos por um informante anônimo em 1797 da seguinte maneira:

Na restinga, que divide a lagôa de Araruama do mar grosso, se tem concedido algumas sesmarias; porém como na creação da câmara foi a dita restinga consignada pelos bens do povo para comodidade, e bem dos povos, alguns d’estes se utilizão d’ellas para a creação de egoas, gado vacuum, cavalar, e muar, porque para nenhuma cultura é suficiente, em razão de ser toda areenta (IHGB, 1883, p. 218).

Estas circunstancias talvez expliquem o empenho de um dos moradores em defender a posição dos indígenas que tratavam de impedir a demarcação pedida por Antonio. Trata-se de Manuel de Souza Teixeira, que reivindicava sobreposição de domínios porque, segundo ele, tanto a sua sogra como Antonio teriam comprado as mesmas terras de José Dutra da Silveira, branco e analfabeto (ARQUIVO NACIONAL, 1838-1848, f. 34). Em 1848, já no contexto do Regulamento das Missões, Manuel Teixeira foi nomeado diretor da aldeia de São Pedro (RIO DE JANEIRO, 1848, p. 56). Dois anos antes, em 1846, ele tinha conseguido a concessão de aforamento das salinas do

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



lago Araruama, na qualidade de agente e sócio de uma companhia comercial que se comprometia a explorar comercialmente a atividade salineira no local (DIÁRIO DO RIO DE JANEIRO, 1846). Isso não quer dizer que os indígenas estivessem sendo simplesmente utilizados pelo diretor para interesses alheios à comunidade. De fato, a companhia de Manuel de Souza Teixeira não conseguiu se concretizar, e ele teve que devolver o empréstimo concedido pela província para a exploração salineira, “já porque encontrasse estorvos com que não contara na sua organização em 1846, já por não querer mais afrontar as prevenções populares” (CORREIO DA TARDE, 1851). Segundo o presidente provincial, o fracasso se devia ao fato de que haviam aparecido outros sujeitos que reivindicavam domínio sobre os terrenos concedidos à companhia (RIO DE JANEIRO, 1850, p. 48).

Em sede judicial, paralelamente, visto que o uso comum das terras como logradouro não foi suficiente para impedir o seu aforamento, emergiu uma nova estratégia processual, baseada na identidade dos sujeitos reconhecidos como titulares do domínio direto. Ou seja, na circunstância de se tratarem de terras da aldeia.

2. “ÍNDIOS” E JUÍZES

2.1. DEBATES EM TORNO AO FORO

A dificuldade em identificar quem era “índio” e quem não era, a efeitos jurídicos, repercutia em dificuldades relacionadas com a tutela, curatela ou representação jurídica dos indígenas. Antonio alegava que os índios que, conjuntamente com outros moradores, embargaram a medição estavam emancipados porque se apresentavam em juízo pessoalmente em defesa dos seus direitos – o que, segundo ele, só poderiam fazer mediante curador se fossem realmente “índios”. Por outro lado, o procurador dos índios Alexandre Pontes defendia a nulidade da demarcação porque havia sido feita sem assistência de curador *ad litem*, com independência da vista posterior dada ao Curador-



Geral dos Órfãos. A assistência de curador era, de fato, uma das consequências diretas de ser “índio”, que nenhuma das partes questionava. A potestade administrativa exercida pela Conservatória dos Índios estava relacionada com potestades econômicas e, como tal, muito mais ligada à lógica discricional do que à jurídica⁶. Que fatores convertiam uma questão administrativa sobre terras indígenas em matéria judicial? Essa construção também foi gradual durante o século XIX.

Em 1836 o presidente da província do Rio de Janeiro, Paulino José Soares de Sousa, relatava que a administração dos bens dos índios tinha estado encarregada, até 1832, aos Ouvidores de Comarca. Antes dissemos que esse papel era efetuado pela Conservatória dos Índios mas, na realidade, os papéis de Ouvidor da Comarca e de Juiz Conservador dos Índios na prática se acumulavam na mesma pessoa. Segundo Farage e Cunha (1987), a tutela sobre os indígenas exercida pelos Ouvidores era diversa da tutela sobre o trabalho indígena, que foi função encarregada aos juízes de órfãos. Para as autoras, o século XIX foi um período de confusão nessa matéria porque ambas funções foram concentradas no mesmo titular de jurisdição, a saber, os juízes de órfãos (p. 112). Porém, através de uma observação quantitativa, Isabele Mello (2014) mostra que um dos cargos mais acumulados pelos Ouvidores gerais foi precisamente o cargo de Juiz das liberdades dos índios, enquanto que o cargo de juiz de órfãos foi mais frequentemente acumulado pelos Juízes de fora.

Além da possibilidade de exercer tutela sobre as pessoas indígenas, seja como juiz das suas liberdades ou como juiz de órfãos, o que os Ouvidores e Juízes de fora também tinham em comum é que ambos compuseram os principais pilares do governo da justiça monárquica a partir do século XVIII, consistindo em cargos ocupados por juízes letrados, maioritariamente provenientes do reino, e por designação direta do monarca. No caso do

⁶ Sobre essa relação potestade econômica e poder discricional, é importante contextualizar que me refiro às noções de *oeconomia*, ou governo da casa, ainda presentes na tradição jurídica americana. Ver ao respeito o trabalho de Romina Zamora (2017).



Rio de Janeiro, como dito, aparentemente os Ouvidores exerceram cumulativamente com a Ouvidoria geral o cargo de Juízes conservadores dos (bens dos) índios⁷.

Em 1832 foi aprovado o Código do Processo Criminal, com disposições transitórias sobre a jurisdição civil entre as quais se encontrava a extinção das Ouvidorias de Comarca (BRASIL, 1875c, p. 186–242)⁸. Nesse contexto, a submissão dos indígenas ao processo ordinário parecia a solução mais adequada ao artigo 179.17 da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, segundo o qual não deveriam existir foros privilegiados, com exceção das causas que pela sua natureza pertencessem a Juízos particulares (BRASIL, 1886, p. 33). Apesar desta disposição geral, os foros privilegiados não foram eliminados automaticamente, senão que esse foi um processo paulatino e conflitivo que perdurou, em alguns casos, até o último quartel do século (LOPES, 2017, p. 35–36). As disposições do Código do Processo Criminal se enquadram nesta tentativa de eliminação de privilégios de foro.

Se a Constituição não recolhia nenhuma especificidade quanto à cidadania dos indígenas, estes poderiam entender-se como cidadãos brasileiros, em quanto que nascidos no território brasileiro. E, portanto, submetidos à jurisdição ordinária como todos os demais cidadãos do Império. Essa noção poderia deduzir-se, de fato, da decisão número 59 do Governo do Império, publicada em 1 de março de 1830, segundo a qual o conhecimento das causas relativas à demarcação das terras de índios pertencia aos juízes territoriais ordinários. Essa decisão, inclusive, parecia igualar juridicamente os índios aos demais cidadãos do Império no relativo à capacidade civil absoluta – ou seja, quanto à autonomia para pleitear em juízo sem a necessidade de um tutor ou curador que velasse pelos seus interesses. Concretamente, a decisão denegava a petição de nomeação de um

⁷ Nas fontes que consultei (processos do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro), os Ouvidores aparecem normalmente como “Juízes conservadores dos índios”. Porém, exercendo esta função, controlavam o acesso por aforamento às terras indígenas.

⁸ Disposição Preliminar, art. 8 e Disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil, art. 18.



Diretor para os índios da aldeia da Pedra argumentando que estes, como súditos do Império, deveriam ser governados pela legislação geral (BRASIL, 1876, p. 42–43)⁹. Em maio de 1833, o Governo reafirmava que, extinto o Juízo da Conservatória, os índios ficavam submetidos à jurisdição ordinária dos juízes de paz (BRASIL, 1873, p. 109).

Porém, a extinção das Ouvidorias gerou uma série de problemas práticos que exigiram do governo uma decisão provisória relativa à administração dos bens dos índios, que começava a ser objeto de disputa entre juízes de órfãos e juízes ordinários, ambos pretendendo ser sucessores dos Ouvidores na matéria. Em junho de 1833, um decreto reafirmou a potestade administrativa dos Juízes de Orphãos sobre os bens dos índios¹⁰. Segundo as disposições transitórias relativas à jurisdição civil, entre as atribuições dos Juízes de Orphãos estava a jurisdição contenciosa, ainda que “limitada às causas, que nascem dos inventarios, partilhas, contas de Tutores, habilitações de herdeiros do ausente, e dependencias dessas mesmas causas” (BRASIL, 1875c, p. 241, preprint 20). Um ano mais tarde, o aviso 275 de 13 de agosto de 1834 esclareceu que, no caso da tutela dos índios, a jurisdição dos Juízes de Órphãos era exclusivamente administrativa (BRASIL, 1866, p. 207). A jurisdição contenciosa, para os casos em que houvesse oposição ao processo de medição e demarcação das terras indígenas, se mantinha como parte do procedimento ordinário, com contestação e discussão entre as partes. Destarte, a oposição apresentada pelos índios “de forma tumultuaria” – segundo argumentou Antonio – e conjuntamente com outros moradores foreiros da Conservatória foi o fator responsável

⁹ Vale notar que a decisão não fala de cidadãos, mas sim de súditos. Sobre os debates relativos à cidadania indígena na constituinte, ver (SPOSITO, 2012).

¹⁰ “A Regencia, em Nome do Imperador o Senhor D. Pedro II, Tomando em consideração que, com a extinção dos lugares dos *Ouvidores* das comarcas pela Lei de 19 de Novembro de 1832, nenhuma providencia se deu acerca da *administração dos bens pertencentes aos Indios*, de que eram Juizes privativos e Administradores os sobreditos *Ouvidores*: Ha por bem *Encarregar da administração delles, aos Juizes de Orphãos* dos municipios respectivos, em quanto pela Assembléa Geral se não derem outras providencias a tal respeito” (BRASIL, 1873, p. 83).



por deslocar o conflito com Antonio da jurisdição administrativa do Juiz dos Órfãos à jurisdição contenciosa dos tribunais.

2.2. DEBATES EM TORNO À COMPETENCIA

A jurisdição dos Juízes de Órfãos se definiu rapidamente como uma jurisdição administrativa. Restava saber, a partir daí, as características específicas do que constituiria um ato administrativo, quando realizado por um juiz. As dúvidas dos atores históricos sobre o que exatamente conformava essa chamada «jurisdição administrativa» não eram infundadas. A ideia de uma *jurisdição administrativa* condensava uma das dificuldades enfrentadas durante o século XIX, que era a de separar elementos antes inseparáveis, ainda que distinguíveis, ou seja: os atos de governo e os atos de justiça.

Tradicionalmente, os atos de governo e os atos de justiça se distinguiam em função da sua natureza e competência. Os atos de Justiça consistiam na determinação do direito válido em cada caso pelos juízes e magistrados, e eram atos que seguiam um procedimento específico (processo) e eram ditados de uma forma também específica (sentença). Os atos de governo, por outra parte, podiam ser realizados não somente pelos juízes e magistrados, mas também por muitos outros oficiais, sem conhecimento de causa e, portanto, sempre recorríveis caso afetassem direitos (GARRIGA, 2009). Com a promulgação da Constituição de 1824, e a declaração da separação de poderes como princípio sobre o qual descansava a organização política do Estado, os juristas do império se enfrentaram à dificuldade de definir o que seria uma jurisdição administrativa. Vicente Pereira do Rego (1860, p. 85–6, §105) tentava explicar esse tipo de jurisdição da seguinte forma:

Passando pois a tratar da Justiça administrativa cumpre definir a sua *Jurisdição e competencia*. A jurisdição, segundo Boncenne e outros, é o poder do Juiz; a competencia é a meidad d'esse poder: noção simples e verdadeira que mostra ao mesmo tempo a relação que existe entre a jurisdição e a competencia, e a ordem em que cada uma d'ellas deve ser tratada.



Ora, sendo a jurisdição em geral o poder do Juiz, segue-se que a *Jurisdição Administrativa é o poder dos Juizes administrativos*. Assim fica resolvida só pela força d'uma definição precisa a questão fortemente debatida acerca da existência d'uma jurisdição administrativa: questão que se reduz a esta; se a acção administrativa póde dar lugar a reclamações, e se deve haver magistrados encarregados de as julgar!

O autor notava as controvérsias existentes naquele contexto sobre a necessidade de uma jurisdição administrativa, a sua diferença com a jurisdição judiciária e a utilidade e conveniência dessa separação. Especialmente no relativo à sua necessidade, argumentava que essa era uma questão de sentido comum, e o parágrafo seguinte mostra a estreita relação entre a sua concepção de jurisdição administrativa e a configuração tradicional do poder jurisdicional:

A jurisdição judiciária é *uma* pelo seu objeto e pelo fim da sua instituição, n'este sentido; que ella nunca deve acolher interesses que não constituam ao mesmo tempo direitos. Porém a jurisdição administrativa é dupla: *graciosa* ou *contenciosa*, segundo aprecia *interesses* ou discute *direitos*. Participando dos atributos do Governo ella póde conceder a considerações de humanidade ou de prudência o que as Leis a autorizariam a recusar; mas só tem essa faculdade, quando as reclamações que julga, são fundadas em *simples interesses*.

Se porém ellas teem por objeto *direitos*, a Lei deve presidir á decisão, assim como perante a autoridade judiciaria; com a diferença de que em lugar da equidade natural é a conveniência pública que se deve consultar nos casos duvidosos; distincção importante e muitas vezes desconhecida. Por terem-na esquecido, muitos bons espíritos contestaram sem razão a jurisdição administrativa, suppondo que ella applicava o seu poder discricionário ao reconhecimento dos *direitos*, quando só faz uso d'elle na apreciação dos *interesses* (REGO, 1860, p. 86-7, § 106).

Em resumo, a jurisdição administrativa tinha competências tanto contenciosas (quando se discutiam direitos), como gratuitas (quando resolviam sobre *simples interesses*). Neste segundo caso estavam guiados por critérios de humanidade e prudência, ou seja, de equidade natural, aplicando para isso um poder discricionário, enquanto que as matérias contenciosas estavam regidas pelas leis e guiadas pela conveniência pública. Esta tensão entre atos de governo e atos de justiça foi muito perceptível no contexto

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



americano desde o século XVIII, quando as monarquias ibéricas multiplicaram as jurisdições especiais como estratégia de controle territorial (GARRIGA, 2009).

De maneira que os exemplos trazidos aqui não mostram somente as dificuldades de enfrentar a problemática das terras indígenas no século XIX. Eles mostram, mais que isso, os indígenas e a sua relação com a terra como sujeitos de um problema maior, qual era a construção, no plano jurídico, de um Estado-nação assentado em bases divergentes da estrutura prévia de poder. Ao tratar-se de sujeitos que foram singularmente submetidos a poderes administrativos ao longo do processo colonizador, os indígenas experimentaram muito prontamente as consequências do reforço de um poder administrativo propriamente estatal.

Apesar das definições de Vicente Pereira do Rego, a jurisdição administrativa dos juízes de órfãos foi considerada como algo oposto à jurisdição contenciosa, se observamos o teor do Aviso de 1834, já que este reconhecia à jurisdição ordinária a competência nos casos em que houvesse oposição à demarcação¹¹. Portanto, poderíamos dizer que as demarcações realizadas pelos juízes de órfãos resolveriam *simples interesses*, e não direitos – ainda que pudessem ser recorridas posteriormente caso alguém considerasse que seus direitos foram lesados. Daí que o Tribunal da Relação reconhecesse a validade dessas demarcações, já que, definitivamente, se entendiam a partir de então como atos puramente administrativos. Como tal, estando guiados de maneira graciosa por critérios de humanidade e prudência, estes atos se desvinculavam do processo judicial e da sua expressão formal materializada na sentença. Porém um passo seguinte chegou rapidamente: a transformação da *jurisdição administrativa* em pura *administração*.

¹¹ Aviso n. 275, de 13 de agosto de 1834: «Em solução aos dous quesitos sobre que Vm. Consultou o Governo, em seu officio de 23 do mez passado, Resolveu a Regencia em Nome do Imperador, quanto ao 1º que a Vm. Compete a aviventação dos rumos e preenchimento dos títulos dos arrendatários dos terrenos pertencentes aos Indios do seu Municipio, quando estas diligencias se puderem fazer e desempenhar pelo exercício de sua jurisdição simplesmente administrativa, havendo harmonia e acordo entre os confrontantes, mas que, no caso de discórdia que faça necessário o litigio com contestação e discussão entre as partes, deve Vm. remetter a questão ao conhecimento das Justiças ordinárias; [...]» (BRASIL, 1866, p. 207)



Para a questão indígena, as figuras puramente administrativas de Estado se materializaram no Regulamento das Missões, aprovado por Decreto em 1845. Inspirado simultaneamente no modelo missionário da primeira colonização e no Diretório dos Índios impulsado pelo marquês de Pombal um século antes, o Regulamento de 1845 previa um sistema de direção administrativa que pretendia “civilizar” os indígenas (AMOROSO, 2014). Segundo o Decreto, cada Província deveria contar com um Diretor Geral de Índios, nomeado pelo imperador, além de um Diretor, um tesoureiro e um missionário para cada aldeia, nomeados pelo presidente provincial. Os diretores tinham, pelo Decreto, amplas competências em matéria de averiguação, demarcação, arrendamento e cobro de foros das terras das aldeias (BRASIL, 1846, p. 86–96).

Como era de se esperar, essa normativa gerou tensão entre os funcionários judiciais e os novos agentes do governo. Em 1850, Joaquim de Souza Borges Accioli, escrivão de órfãos da cidade de Cabo Frio, recorreu uma sentença do juiz municipal que afetava as suas competências sobre os “livros e mais papéis pertencentes aos índios da aldeia de São Pedro”. Joaquim Accioli se negava a entregar os papéis referentes à aldeia ao diretor que havia sido nomeado em virtude do Regulamento das Missões, pois considerava que como escrivão de órfãos era ele – e não o diretor – o competente para custodiar tais papéis. O juiz de Direito que julgou a reclamação considerou que as funções de escrivão de órfãos e de tesoureiro da aldeia não eram incompatíveis. Uma vez consultado, o Conselho de Estado reafirmou a decisão do juiz, ordenando que Joaquim Accioli se contentasse com o exercício meramente judiciário, que era o que lhe competia como “Escrivão dos Processos da Administração de Índios”. O Conselho considerou que a competência do escrivão se limitava aos “processos judiciais, que se intentarem, e proseguirem no Juízo dos Orphãos, e em que intervier como autora ou se a Administração dos índios, representada pelo respectivo Director ou pelo Procurador que elle nomear” (CONSELHO DE ESTADO, 1907, p. 415–421; BRASIL, 1851, p. 93–94).



Porém, recordemos que os casos de demarcação *contenciosa* tinham sido considerados matérias da jurisdição ordinária, como explicava o Aviso de 1834. Se a demarcação administrativa era agora função dos diretores de aldeia, e aquelas que fossem contenciosas permaneciam como matéria de direito encarregada à jurisdição ordinária, as funções dos juízes de órfãos em matéria de terras indígenas estavam aparentemente esvaziadas de competência. Não sou eu quem faço essa dedução. Em 1860, José Marcellino Pereira de Vasconcellos (1860, p. 55) escrevia em sua *Nova Guia Theorica e Practica dos Juizes Municipaes e de Orphãos* que:

Pelo Decreto de 3 de Junho de 1833, e Aviso de 18 de Outubro do mesmo anno, competia aos juizes de órfãos a administração dos bens, pertencentes aos indios, applicando-se o produto dos arrendamentos ao sustento, vestuário e curativo dos indios mais pobres, e á educação de seus filhos; porém tal attribuição parece haver caducado desde a promulgação do Decreto de 24 de Julho de 1845, que creou um director geral, sob cuja inspecção administração os directores de aldêa todos os dinheiros, e bens dos indios.

Esse esvaziamento de funções não foi oficial, e talvez por essa razão a doutrina menos familiarizada com a prática cotidiana dos juizados de órfãos continuou mencionando o Decreto de 1833 e o Aviso de 1834 para afirmar as competências em matéria indígena desses juizados especiais. Por exemplo, em 1853, o jurista Perdigão Malheiro (1884, p. 28–9) respondia à seguinte consulta:

2º. Com a existência da directoria das aldêas cessou toda a jurisdição dos orphãos sobre os indios?

R: Parece-me que não. Cessou apenas na parte relativa à administração dos bens e em o mais que pelo citado Dec. de 24 de Julho ficou a cargo dos directores, como se evidencia do Av. de 30 de Agosto de 1851.

Note-se que que o jurista afirmou não haver cessado a jurisdição especial do juiz de órfãos sobre os indígenas, mas somente as suas funções no relativo à administração dos bens dos índios, que agora passava aos diretores. Porém, como vimos, a administração dos bens dos índios era praticamente a única função que havia sido atribuída aos juízes

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



dos órfãos, interinamente, como consequência da eliminação das Ouvidorias. As outras duas consultas feitas conjuntamente com esta anteriormente transcrita mostram que a raiz da questão eram precisamente os “bens dos índios”, mais concretamente as terras das aldeias:

1º. A vista do Dec. de 24 de Julho de 1845 podem os directores de aldêas fazer medições com character judicial entre os foreiros das terras da aldêa, ou a sua attribuição quanto a medições limita-se a dividir e demarcar as terras ocupadas por índios somente?

R: O director é competente para proceder à demarcação *dentro dos limites das aldêas* (art. 2 do § 84, e art. 3º e Reg. Citt.), mas sem *forma* nem figura de juiz (pois o director não é juiz), como bem o indica o § 6 citado, pouco importando que essas terras sejam aforadas, uma vez que estejam *dentro dos limites das aldêas*, porque o Reg. não faz distinção.

Portanto, os directores tinham competências para demarcar qualquer terra que estivesse no território da aldeia, com independência do status indígena ou não dos implicados. E, apesar desse tipo de competência territorial, não estamos falando de jurisdição, pois, como afirma Malheiro, “o director não é juiz”. Mas as suas atuações podem ter reproduzido práticas judiciais, se imaginarmos que a última das consultas estivesse baseada em alguma experiência real:

3º. São nullas as medições feitas pelo ex-director de aldêa com todo o apparado judicial, até mandando intimar os confrontantes e confinantes por mandado por ele assignado e por official de justiça de sua nomeação, medições feitas entre foreiros e em terras por elles ocupadas?

R: Entendo irregular e nullo o procedimento nestes termos, porque o Reg. citado não dá ao director qualidade de juiz, tanto que nem officiaes de justiça têm, e nem elle os pode nomear. Se não houve medição prévia, e nem ao depois as partes a fazem amigavelmente *extra-judicial* (*só extra-judicial* podem por si fazer os directores), devem recorrer ao juiz competente, com audiência do director por parte dos índios.

Como vemos, Malheiro tratou de diferenciar o carácter judicial e o *extra-judicial* (leia-se administrativo) das demarcações feitas em terras indígenas segundo critérios familiares da tradição preconstitucional: a *forma* dos atos e a *figura* do juiz. Ainda que

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



tentasse defender a permanência de competências dos juízes de órfãos, ao indicar que as medições não amigáveis só podiam ser feitas perante juiz competente (que era o juiz ordinário segundo o Dec. de 1833 e o Av. de 1834), Malheiro só mostra que, de fato, os dias de jurisdição especial em matéria de “terras de índios” estavam contados¹². Mas isso só seria evidencia bastante mais tarde, sendo questão ainda debatida no começo do século XX (LIMA, 1995).

A meados do século XIX, a única conclusão ainda possível era dubitativa. São ilustrativas as palavras do presidente da província do Rio de Janeiro, em 1858:

Segundo a opinião de alguns, semelhante competência [dos juízes de órfãos sobre os indígenas] cessou com a publicação do citado decreto [de 1845]: outros porém opinão que em face da lei de 27 de Outubro de 1831, art. 3º e 4º, os índios forão considerados como orphãos, e entregues aos respectivos juizes para sobre elles providenciarem na fôrma da ord. livro 1º tit. 88, regulamento de 3 de Junho de 1833, e art. 5 parágrafo 12 de 12 de Março de 1842 (RIO DE JANEIRO, 1858, p. 195).

3. CITAÇÃO: DEFININDO AS PARTES INTERESSADAS

Quando o juiz municipal José Antonio de Oliveira Silva ditou sentença em 1846 validando a demarcação pedida por Antonio, o representante dos índios e demais posseiros apelaram a sentença perante o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro. Na apelação deu-se vista ao Curador-geral, Dom Luis Antonio da Silva Nazareth, para que ele se pronunciasse sobre os interesses dos índios envolvidos no processo. Entre alguns argumentos de menos peso, como a alegação de incumprimento dos artigos 80 e seguintes do Diretório dos Índios, o Curador insistiu em três pontos principais para pedir a anulação da sentença ditada pelo juiz municipal: (1) que o caráter de propriedade comum das terras dos Índios impedia qualquer índio particular de vender parcelas por si mesmo como fizera

¹² As opiniões de Perdígão Malheiro sobre a materia provavelmente não eram fortuitas, já que durante a década de 1860 ele atuou como advogado de Joaquim Teixeira e outros indígenas que pleitearam novamente por questões relativas às terras da aldeia, defendendo, entre outras questões, a validade de uma demarcação que tinha sido feita por um Juíz de Órfãos na década de 1830.



Bernardino de Oliveira; (2) que, sendo os índios equiparados aos menores pela legislação especial, deveriam ter sido assistidos por Curador durante todo o processo, e não somente em alguns atos, como aqui ocorreu; e, o argumento de maior peso, (3) que sendo as terras da aldeia propriedade comum de todos os índios, deviam ser todos eles citados para o processo em qualidade de interessados.

O primeiro acórdão foi ditado no Tribunal da Relação em 13 de maio de 1848, e reconheceu a posição de Antonio por considerar que era impossível exigir a citação de “pessoas incertas”. Dos três magistrados do Tribunal, o presidente Cavalcanti Lisboa votou pela reforma da sentença; Belizário Braga foi também vencido, e havia votado pela anulação defendida na preliminar. O voto vencedor, que defendia a validade da sentença apelada, foi emitido pelo Desembargador Simões da Silva Reis. Apesar de ter sido uma decisão controvertida, o acórdão da sentença de apelação, ditado em 1848, era bastante sucinto, o que de fato mais tarde foi questionado em embargos. Pela via dos embargos de execução, o procurador dos índios e demais moradores insistiu que, ao não terem sido citados todos os aldeados, houve omissão de um requisito essencial do processo, que portanto era passível de nulidade¹³.

Contra o argumento da impossibilidade de citar pessoas incertas, o advogado respondeu com o disposto no Livro 3º das Ordenações, em seu título 1, § 8, ou seja, que quando as pessoas citadas são incertas ou não se pode saber onde estão, a citação devia ser feita por edital. Era o caso, também, de citados que fossem corporações, concelhos ou aldeias (no seu sentido peninsular), que também deviam ser citadas por edital (MENEZES, 1819, p. 27)¹⁴. Durante os embargos de execução deste acórdão as partes

¹³ “E he per Direito a sentença nenhuma, quando he dada sem a parte ser primeiro citada”. Ordenações Filipinas, livro 3º, título 75, § 1.

¹⁴ O advogado dos índios cita o parágrafo 12 da obra de Menezes acrescentando a “aldeia” como sinônimo de “concelho”. Em sua literalidade, Menezes escreve que a citação por Edictos se dá “3. quando he inacessivel o lugar para estas citações, ou são muitas as pessoas , huma povoação , Concelho, ou Freguezia : nestes casos se fixa o Edital na forma que se acha no Modelo pratico do processo do Tombo”.



litigantes insistiram em dois fatores que consideravam determinantes para o destino jurídico do pântano de São Pedro: por um lado, o estatuto específico dos índios aldeados, e por outro, a alegação de que o uso das terras do pântano eram de uso comum. Para os indígenas e demais moradores, esses dois fatores deveriam desembocar na obrigatoriedade de se fazer citação por edital para as demarcações de foros na aldeia.

Como a citação é uma questão processual basilar, qualquer erro nesse quesito constituía embasamento para pedir a nulidade de todo o processo. A nulidade deste procedimento foi reivindicada em todo momento como derivada da falta de citação adequada dos interessados no processo. A questão era, enfim, determinar quem tinha interesses legítimos sobre o uso do terreno a demarcar, e que portanto deveriam ter sido citados. Considerando as provas apresentadas – especialmente por testemunhas – finalmente foi aceito o argumento de que o pântano de São Pedro constituía terras de logradouro público, de utilidade não só dos índios da aldeia, mas de todos os moradores. Como no caso em questão somente haviam sido citados pessoalmente quatro posseiros dos terrenos contíguos, a citação foi considerada nula. Para ter sido válida deveria haver sido feita, desde o início do procedimento, em forma de edital (ARQUIVO NACIONAL, 1838-1848, f. 163).

Com respeito ao primeiro, a defesa de Antonio seguia sem conceber a aplicabilidade do estatuto específico de índios aos indígenas de São Pedro, rechaçando especialmente a possibilidade de que Francisco e Joaquim representassem os aldeados. Para ele, ao apresentar-se pessoalmente em juízo, ambos indígenas estavam se atuando como particulares “emancipados”, e os interesses dos índios verdadeiramente reputados como tal estavam legitimamente representados nas alegações do Curador-Geral dos Órfãos; alegações estas que, a pesar de ser contrárias aos seus interesses, haviam sido vencidas no juízo de apelação. Ele questionou o fato de que os demais moradores brancos reivindicassem a relevância do estatuto de índio. Essa atitude, para o advogado, constituía



uma defesa ilegítima de interesses de terceiros, posto que somente era juridicamente válido apresentar-se em juízo em nome de outras pessoas se isso fosse feito na qualidade de procurador, tutor ou curador. A resposta do procurador Alexandre Pontes a essas alegações revelava uma concepção aparentemente comum no relativo ao estatuto jurídico indígena: a respeito das pessoas miseráveis, afirmava, “em cuja classe estão os índios, qualquer pessoa pode prover em juízo quando for a bem deles” (f. 151). O advogado não justificava legalmente a afirmação que fazia, mas a consideração geral dos índios como miseráveis não foi controvertida (salvo para o caso concreto daqueles que se pessoaram no julgado). É possível que uma das bases para a afirmação fosse o artigo 73 do Código do Processo Criminal, no qual se afirmava que quando uma pessoa miserável fosse vítima de ofensa, qualquer pessoa poderia apresentar queixa e prosseguir nos termos ulteriores do processo (BRASIL, 1875c, p. 199).

O fato é que a categoria de índio nunca esteve expressamente definida na legislação nacional, senão que era resultado de uma sobreposição de estatutos jurídicos elaborados desde o direito comum europeu. Essa ausência de regulação específica acabava dotando a categoria de uma notável maleabilidade. A menoridade predicada sobre os indígenas, por exemplo, não era feita em função da idade, já que a emancipação não operava de forma automática ao cumprirem-se os 25 anos de idade, como ocorria para os demais cidadãos brancos¹⁵. A emancipação deste estatuto, consequentemente, podia ser objeto de questionamento jurídico caso por caso, em função de uma infinidade de critérios – incluída a idade. Como vimos, Antonio alegava que os índios que se apresentaram em juízo já estavam emancipados, mostrando como critérios a defesa em juízo dos próprios interesses, assim como a sua integração na ordem política hegemônica. Por esta razão, dizia, não podiam atuar como representantes dos índios, e a citação feita ao curador já era suficiente para considerar que os interesses dos aldeados estavam

¹⁵ 21 anos a partir de 1831, conforme Decreto de 31 de outubro (BRASIL, 1875a, p. 177).



representados. Esses mesmos critérios, não obstante, foram usados pela defesa dos índios para argumentar precisamente o contrário. Dizia o procurador em 1850:

Os mesmos Índios maiores de 12 e 14 anos deviam serem conjuntamente citados com seus curadores, em vista da citada Ord. L^o 3^o tt 41 §8. E se houvessem Índios, que tivessem como se diz nas razões contrárias [...] cargos de eleição popular, ou de nomeação do governo deviam em tal caso ser pessoalmente citados, e eles podiam então e até deviam representar só por si; pois se eram hábeis para tratarem com tais empregos os negócios dos outros; mais o eram para tratarem dos seus negócios. E por isso, ou por huma ou por outra razão nunca a citação (acusada nos embargos) feita ao curador era suficiente para representar a pessoa dos Índios em tal negócio (ARQUIVO NACIONAL, 1838-1848, f. 175).

No fim do processo, o reconhecimento dos interesses legítimos tanto dos “índios” como de outras pessoas deu lugar à nulidade da sentença por falta de citação que, neste caso, deveria ter sido feita por edital, segundo o Acórdão de 22 de julho de 1850 (f. 163). Porém esta sentença é, mais que o símbolo de uma regra, o de uma exceção. Antonio ainda tentou opor embargos à execução deste último acórdão. O recurso foi desprezado pelo Tribunal, que considerou que tratava de matéria velha, e portanto de justiça já feita. Porém, os documentos anexados por Antonio servem para ampliar a nossa perspectiva sobre as práticas de demarcação de terras aforadas na aldeia de São Pedro. Concretamente, Antonio solicitou ao escrivão da Conservatória dos Índios que confirmasse se nas medições que vinham ocorrendo em terras da aldeia de São Pedro estavam sendo citados todos os índios ou somente o curador e demais confinantes. O escrivão interino confirmou que a decisão de 1850 foi uma exceção, afirmando que “nunca foi prática e nunca se fizeram citar índios alguns para as medições, a exceção daqueles que eram confrontantes ou confinantes”. Como representante dos interesses dos aldeados em geral, ele afirmou que somente era citado o curador-geral ou o curador nomeado *ad-hoc*, caso houvesse.



Antonio também solicitou ao escrivão que revisasse a prática da citação nos autos nos quais o índio Joaquim atuou como escrivão. A resposta, neste caso, remarca o caráter jurídico da categoria “índios”, pois clarifica que, a pesar de haver indígenas citados pessoalmente, isso só ocorria quando eles moravam em algum terreno limítrofe:

Certifico que revendo os autos da medição que procedeu Joaquim Rodrigues Peixoto em terras desta sesmaria da Aldeia de São Pedro, dele [...] se mencionou entre seus hereos Rosa Maria da Conceição, *que era índia, porém citada como confrontante*; e pelos mais índios foram tão somente citados o curador nomeado aos mesmos, o advogado Inácio Felizardo Fortes (f. 180).

Ficava, ainda, uma última dúvida: vimos que segundo a legislação imperial os processos de demarcação de terras nas aldeias dos índios pertenciam à jurisdição administrativa do Juízo da Conservatória, e somente passavam à jurisdição contenciosa (com as consequentes regras processuais expostas) caso houvesse oposição. Antonio também o previu e solicitou ao escrivão dos Órfãos que confirmasse “se tem sido prática neste juízo, quando qualquer requer por aforamento algum terreno da sesmaria dos mesmos índios, e algum destes se opõe a medição que faz o aforante, citarem-se todos os mais índios além do opositor ou opositores”. O escrivão respondeu, uma vez mais, que a prática que constava naquele juízo era a de citar somente os índios confinantes ou confrontantes, assim como aqueles que se apresentassem como opositores do processo de medição. Quanto a todos os demais, recalca, citava-se o Curador-geral ou o *ad hoc* que houvesse sido nomeado para o processo (f. 181).

Com estes dados em mão, e desprezados os embargos à execução, Antonio opôs, em 1851, recurso de Revista por injustiça notória ao Supremo Tribunal de Justiça. A decisão do tribunal não se encontra no processo. Porém, consta um documento de 1855 onde a viúva de Antonio solicitou alguns documentos originais do processo apoiando-se numa lei que permitia recuperar as versões originais de processos anulados. Podemos supor, portanto, que a demarcação do brejo foi finalmente anulada.



CONCLUSÃO

Com a legalização e incentivo estatal dos aforamentos de terras das aldeias, os indígenas de São Pedro de Cabo Frio recorreram a estratégias processuais para tratar de freiar parte desse processo. Combinando questões relativas ao seu estatuto jurídico pessoal com argumentos relativos ao uso dado às terras em disputa, conseguiram a admissão de que tanto os indígenas como outros moradores da aldeia tinham interesses legítimos sobre um brejo de uso comum, e portanto todos deveriam ser citados, em forma de edital público, para qualquer concessão de direitos sobre essas terras. Ao mesmo tempo, as certidões adjuntas ao processo por Antonio mostram que esse interesse dos índios não era relevante quanto às terras que estavam sendo ocupadas por foreiros de forma privativa (fazendas, plantações e engenhos). Vale lembrar que o juízo da Conservatória dos Índios foi quem demarcou inicialmente em juízo administrativo as terras pedidas por Antonio, sem citar aos aldeados, e cerceando-se somente de evitar conflitos entre colindantes, prática que reconheceu, além do mais, ser habitual. A decisão do Tribunal da Relação evidencia, portanto, que os bens de uso comum eram um último reduto de direitos reconhecidos àqueles pertencentes à categoria de “índios”. Figura esta que, ao longo do século XIX e em diferentes latitudes, tendia a ser cada vez menos protegida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MANUSCRITAS

ARQUIVO NACIONAL, 1838-1848. BR AN, RIO. 84.0.ACI.05380: Antônio Francisco dos Santos contra Manuel Joaquim Vieira. 1840-1848. Núm. 435, Caixa 26.

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



IMPRESSAS

BRASIL. Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1845. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1846. v. 2

BRASIL. Colecção das decisões do Imperio do Brasil de 1850. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1851. v. 3

BRASIL. Collecção das decisões do Governo do Imperio do Brasil de 1834. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866. v. 3

BRASIL. Colecção das leis do Imperio do Brasil de 1833. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1873. v. 2

BRASIL. Colecção das leis do Imperio do Brazil de 1831. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1875a. v. 1

BRASIL. Collecção das decisões do Imperio do Brasil de 1832. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1875b. v. 3

BRASIL. Collecção das lei do Imperio do Brazil de 1832. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1875c. v. 1

BRASIL. Collecção de Decisões do Governo do Império do Brazil de 1830. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1876. v. 3

BRASIL. Collecção das leis do Império do Brazil de 1824. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886. v. 1

CONSELHO DE ESTADO, S. DE J. Consultas do Extincto Conselho de Estado sobre Assumptos da Competencia do Ministerio do Imperio. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. v. 2

MALHEIRO, A. M. P. Consultas sobre varias questões de Direito Civil, Commercial e Penal. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1884.

MENEZES, A. C. DE. Prática dos Tombos. Lisboa: Impressão Regia, 1819. v. 2



PIZARRO E ARAÚJO, J. DE S. A. **Memorias Historicas do Rio de Janeiro e provincias annexas a jurisdicção do vice-rei do Estado do Brasil**. Rio de Janeiro: Impressão Régia, 1820. v. 1

PORTUGAL. Decreto de 20 de maio de 1734, em que se declarou, que os bens do Concelho se nao podem vender por dividas, que as Cameras devao. Em: **Collecção Chronologica de Leis Extravagantes, Posteriores à Nova Compilação das Ordenações do Reino, Publicadas em 1603**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1819a. v. 1p. 334–335.

PORTUGAL. Decreto de 11 de junho de 1734, em que se declarou, que os bens do Concelho que tem applicação propria, ou estão consignados para dividas, não podem ser pinhorados, nem impor-se-lhes outra consignação para dividas mais modernas. Em: **Collecção Chronologica de Leis Extravagantes, Posteriores à Nova Compilação das Ordenações do Reino, Publicadas em 1603**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1819b. v. 1p. 335–336.

REGO, V. P. DO. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C^a, 1860.

RIO DE JANEIRO. **Relatorio do presidente da provincia do Rio de Janeiro, o senador Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho, na abertura da 1.a sessão da 7.a legislatura da Assembléa Provincial, no dia 1.o de abril de 1848, acompanhado do orçamento da receita e despesa para o ano financeiro de 1848-1849**. [s.l.] Typ. do Diario, de N.L. Vianna, 1848.

RIO DE JANEIRO. **Relatorio do vice-presidente da provincia do Rio de Janeiro, o commendador João Pereira Darrigue Faro, na abertura da 1.a sessão da 8.a legislatura da Assembléa Provincial, no dia 1.o de março de 1850, acompanhado do orçamento da receita e despesa para o anno financeiro de 1850-1851**. [s.l.] Typ. do Diario, de N.L. Vianna, 1850.

RIO DE JANEIRO. **Relatorio apresentado á Assembléa Legislativa da provincia do Rio de Janeiro na 1.a sessão da 13a legislatura pelo presidente, o conselheiro Antonio Nicoláo Tolentino**. [s.l.] Typ. Universal de Laemmert, 1858.

RUBIM, B. DA C. **Vocabulario Brasileiro para servir de complemento aos dictionarios da lingua portuguesa**. Rio de Janeiro: Emp. Typ. Dous de Dezembro de Paula Brito Impressor da Casa Imperial, 1853.

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



VASCONCELLOS, J. M. P. DE. **Nova guia theorica e pratica dos juizes municipaes e de orphãos**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1860. v. 2

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, M. R. C. DE. **Metamorfoses Indígenas: identidade e cultura nas aldeias coloniais do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2001.

ALVEAL, C. M. O. **História e Direito: Sesmarias e Conflito de Terras entre Índios em Freguesias Extramuros do Rio de Janeiro (Século XVIII)**. Dissertação (mestrado em história social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2002.

AMOROSO, M. **Terra de Índio: Imagens em aldeamentos do Império**. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

CABRAL, G. C. M.; COSTA, A. C. F. A. DA. Direito à terra na América Portuguesa: petições de indígenas e doação coletiva de sesmarias na capitania do Ceará (Século XVIII). **Seqüência (Florianópolis, Brazil)**, v. 42, n. 87, p. 1–30, 1 ago. 2021.

CANCELA, F. O trabalho dos índios numa “terra muito destituída de escravos”: políticas indigenistas e políticas indígenas na antiga Capitania de Porto Seguro (1763-1808). **História**, v. 33, n. 2, p. 514–539, 2014.

CARDIM, P. Os povos indígenas, a dominação colonial e as instâncias de justiça na América portuguesa e espanhola. Em: CARDIM, P.; DOMINGUES, Â.; RESENDE, M. L. C. DE (Eds.). **Os Indígenas e as Justiças no Mundo Ibero-Americano (Sécs. XVI-XIX)**. Lisboa: Centro de História da Universidade de Lisboa, CHAM – Centro de Humanidades (NOVA FCSH-UAc) e PPGH/UFSJ – Programa de Pós-Graduação em História/Universidade Federal de São João del-Rei, 2019.

CUNHA, M. C. DA. Política indigenista no século XIX. Em: CUNHA, M. C. D. (Ed.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras - Secretaria Municipal de Cultura - FAPESP, 1992. p. 133–154.

CUNILL, C. **Los defensores de indios de Yucatán: y el acceso de los mayas a la justicia colonial (1540-1600)**. Mérida: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



DINIZ, M. T. M. A importância histórica das zonas costeiras e dos terrenos de marinha no Brasil Colonial e Imperial. **Ar@cne - Revista Electrónica de Recursos en Internet Sobre Geografía y Ciencias Sociales**, n. 106, 2008.

FARAGE, N.; CUNHA, M. C. DA. Caráter da tutela dos índios: origens e metamorfoses. Em: CUNHA, M. C. D. (Ed.). Os direitos do índio: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 103–118.

GARRIGA, C. Gobierno y justicia: el gobierno de la justicia. Em: LORENTE, M. (Ed.). La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes. España: Consejo General del Poder Judicial, 2009. p. 47–113.

GARRIGA, C. ¿Cómo escribir una historia descolonizada del derecho en América Latina? Em: VALLEJO, J.; MARTÍN, S. (Eds.). En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero. Pamplona: Aranzadi, 2019. p. 325–376.

GARRIGA, C. ¿De qué hablamos los historiadores del derecho cuando hablamos de derecho? **Revista Direito Mackenzie**, v. 14, n. 1, p. 1–24, 2020.

HESPANHA, A. M. **Como os juristas viam o mundo (1550-1750)**. Lisboa: Createspace, 2015.

LIMA, A. C. S. **Um Grande Cerco de Paz. Poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1995.

LOPES, J. R. DE L. **História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

MACEDO, C. DE F. Apontamentos sobre a propriedade moderna e a alteridade indígena (Brasil, 1755-1862). Em: DOMINGUES, ET P. C., Ângela, Maria Leônia Chaves de Resende (Ed.). Os Indígenas e as Justiças no Mundo Ibero-Americano (Sécs. XVI-XIX). Lisboa: Centro de História da Universidade de Lisboa, CHAM – Centro de Humanidades (NOVA FCSH-UAç) e PPGH/UFSJ – Programa de Pós-Graduação em História/Universidade Federal de São João del-Rei, 2019. p. 309–339.

MACHADO, A. R. DE A. O trabalho indígena no Brasil durante a primeira metade do século XIX: um labirinto para os historiadores. Em: RÉ, H. A.; DE SAES, L. A. M.; VELLOSO, G. (Eds.). História e Historiografia do Trabalho Escravo no Brasil: Novas Perspectivas. São Paulo: Publicações BBM, 2020. p. 43–86.

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 109, 207-240, jan/mar. 2024, DOI:10.11117/rdp.v21i109.7829| ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0



MACHADO, M. M. **Entre fronteiras: posses e terras indígenas nos sertões (Rio de Janeiro, 1790-1824)**. Guarapuava: Unicentro, 2012.

MACHADO, M. M. Fronteiras e disputas por propriedade: aldeamentos, arrendamentos e aforamentos no norte do Rio de Janeiro (séculos XVIII e XIX). **Trashumante. Revista Americana de Historia Social**, n. 9, p. 26–51, 2017.

MACHADO, M. M.; ALVEAL, C. História das Propriedades e Direitos de Acesso. **Revista Maracanan**, n. 23, p. 7–11, 17 jan. 2020.

MACHADO, M. M.; MOTTA, M. M. M. De aldeias a engenhos: aforamentos em terras indígenas nos Campos dos Goytacazes (1770-1800). **Revista de história (São Paulo)**, n. 181, 2022.

MALHEIRO, A. M. P. **Consultas sobre varias questões de Direito Civil, Commercial e Penal**. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1884.

MELLO, I. DE M. P. DE. Os ministros da justiça na América portuguesa: Ouvidores-Gerais e Juizes de Fora na Administração colonial (séc. XVIII). **Revista de História (São Paulo)**, n. 171, p. 351–381, 1 dez. 2014.

MENEZES, A. C. DE. **Prática dos Tombos**. Lisboa: Impressão Regia, 1819. v. 2

MIGNOLO, W. D. **Historias locales / diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo**. Madrid: Ediciones Akal, 2003.

MOREIRA, L. G. S.; CARNEIRO, J. B. **Os índios na História da Aldeia de São Pedro de Cabo Frio - Séculos XVII-XIX**. Rio de Janeiro: Graffline, 2010.

MOREIRA, V. M. L. A serviço do império e da nação: trabalho indígena e fronteiras étnicas no Espírito Santo (1822-1860). **Anos 90**, v. 17, n. 31, p. 13–55, 2010.

SILVA, R. R. D.; CARVALHO, R. F. Conquista e territorialização na capitania do Siará Grande: aldeamentos e sesmarias de indígenas no século xviii. **História (São Paulo)**, v. 40, p. e2021009, 2021.



SPOSITO, F. **Nem cidadãos, nem brasileiros. Indígenas na formação do Estado nacional brasileiro e conflitos na província de São Paulo (1822-1845).** São Paulo: Alameda, 2012.

VARELA, L. B. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

YANNAKAKIS, Y. Indigenous People and Legal Culture in Spanish America. **History Compass**, v. 11, n. 11, p. 931–947, 2013.

ZAMORA, R. **Casa poblada y buen gobierno. Oeconomia católica y servicio personal en San Miguel de Tucumán, siglo XVIII.** Buenos Aires: Prometeo Libros, 2017.

Sobre a autora:

Camilla de Freitas Macedo/ E-mail: camilla.de.freitas.macedo@hist.uni-hannover.de

Possui graduação em Direito - Universidad del Pais Vasco (2015), Doutorado e Mestrado em História no programa de pós-graduação titulado "Europa y el Mundo Atlántico: Poder, Cultura y Sociedad" - Universidad del Pais Vasco (2016). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em História do Direito

Artigo Convidado

