

DIFERENÇA NÃO É INCAPACIDADE: A INCAPACIDADE INDÍGENA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

DIFFERENCE IS NOT DISABILITY: INDIGENOUS DISABILITY AND THE FEDERAL
CONSTITUTION OF 1988

Carla Conceição Lopes Alves¹

RESUMO: O tema do presente trabalho é a capacidade civil dos indígenas, considerando que se trata de um tema extenso, exigindo um recorte na pesquisa. Busca verificar como a doutrina e a Jurisprudência tem lidado com o tema e tentar achar um meio de conciliar esses direitos, com o intuito de se compreender como a aplicação da capacidade civil pode ser um instrumento de afirmação da autonomia indígena. Ainda nesse ponto, é importante não perder de vista que as mudanças pelos quais os índios passaram ao longo dos anos não implica em perda de direitos, pelo contrário, o autogoverno e a emancipação fazem com que eles ganhem um protagonismo em meio à sociedade. Primeiro se analisa a capacidade civil como reforço da autonomia indígena, para em seguida, compreender os limites à responsabilidade civil perante a proteção indígena civil e constitucional, pois na seara civil, há aqueles que defendem uma completa libertação do índio da incapacidade relativa a partir do advento da Constituição e, mais tarde, da Resolução n. 169 da OIT. Analisa as transformações mais recentes da questão, onde se observa na construção de um novo modelo de proteção, tanto os avanços obtidos no âmbito da Constituição Federal quanto as resistências de determinados autores a tais avanços. Avalia as mudanças pelos quais os índios passaram ao longo dos anos, que não implica em perda de direitos. Explica como o contato desses povos com o Estado e com outros agrupamentos simplesmente torna possível o autogoverno e a possibilidade de se lidar externamente.

2867

Palavras-chave: Incapacidade indígena. Capacidade civil. Legislação. Proteção.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

ABSTRACT: The theme of the present work is the civil capacity of the indigenous, considering that it is an extensive theme, requiring a cut in the research. Busca verify how the doctrine and the Jurisprudence has dealt with the theme and try to find a way to reconcile these rights, in order to understand how the application of civil capacity can be an instrument of affirmation of indigenous autonomy. Still at this point, it is important not to lose sight of the fact that the changes that the Indians have undergone over the years do not imply a loss of rights, on the contrary, self-government and emancipation make them gain a leading role in society. To analyze the civil capacity as a reinforcement of indigenous autonomy, to then understand the limits to civil liability before the civil and constitutional indigenous protection, because in the civil field, there are those who advocate a complete liberation of the Indian from the relative incapacity from the advent of the Constitution and, later, of ILO Resolution 169. It analyzes the most recent transformations of the issue, where it is observed in the construction of a new model of protection, both the advances obtained within the scope of the Federal Constitution and the resistance of certain authors to such advances. It evaluates the changes that the Indians have undergone over the years, which does not imply a loss of rights. It explains how the contact of these peoples with the state and with other groupings simply makes possible self-government and the possibility of dealing externally.

Keywords: Indigenous disability. Civil capacity. Legislation. Protection.

1 INTRODUÇÃO

Um novo paradigma constitucional para as relações do Estado brasileiro com os povos indígenas e suas capacidades processuais. A capacidade civil dos indígenas é tratada de forma complexa, considerando como lidar com a indiferença destes, pois há uma certa confusão na consciência e no pensamento da sociedade atual, eles se acham os mesmos de séculos passados. E esse pensamento carrega consigo a ideia de que com o tempo os indígenas foram sumindo e o que restou deles estaria isolado em alguma aldeia ou tribo, daí parte a conclusão de que são incapazes e o que acontece na realidade é o oposto disso, pois acredita-se que os povos indígenas mudam ao decorrer do tempo sem perder necessariamente sua essência.

Segundo Lacerda (2007, p. 12-13), a ideia de que apenas silvícolas, isto é, pessoas que vivem na natureza, merecem as proteções especiais concedidas aos índios implica que os índios domesticados culturalmente deixariam de ser índios. Acontece que isso é uma visão etnocêntrica ultrapassada de uma tendência natural de passar de um "estado de barbárie" para um "estado de civilização". A verdade é que os índios não são um estado anterior ao dos povos europeus.

Ressalta-se que o termo "índios" é considerado genérico e generalizante, que tende a tratar todos os povos pré-colombianos como a mesma coisa, quando na verdade inclui um grande número de grupos étnicos, cada um com suas particularidades. No entanto, acontece que esses povos também compartilham muitas demandas comuns, como a necessidade de reconhecimento de seus territórios, e muitas vezes grupos étnicos diferentes se unem para reivindicar direitos em conjunto. Por isso, o termo será aqui utilizado para se referir a todos os povos aborígenes, não querendo invisibilizar a individualidade de cada um deles.

Outro aspecto importante a considerar é a visão do "outro" que se cria sobre si. Isso é relevante, pois esse ponto de vista está diretamente relacionado ao tratamento jurídico que recebem. Desde a época colonial, surgiram duas visões principais que têm uma coisa em comum: a necessidade de proteção.

2869

A primeira dessas visões é a dos povos selvagens, fraticidas, preguiçosos, oportunistas que percebem que não agirão contra o interesse nacional; A outra é ver os inocentes, os "bons selvagens" e os pobres, a quem protegem do mal branco através da tutela. De qualquer forma, o pressuposto é que suas ações devem ser reguladas, seja por inocência ou por malícia. Nesse sentido, é necessário criar unidades especializadas para resolver esses problemas.

Até o advento do Estatuto do Índio (1973), o desenvolvimento da proteção aos tutores indígenas na república havia ultrapassado a posição da doutrina jurídica e tido seus objetivos praticamente rejeitados pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, mas o movimento indígena ainda era visto como uma emergência nas décadas de 1970 e 1980, quando assumiu protagonismo na constituição de 1988 após debater diversas propostas sobre sua capacidade cívica.

Um novo paradigma constitucional emergiu na relação entre o Estado brasileiro e os povos indígenas, juntamente com uma nova perspectiva jurídico-cultural, em que as comunidades e os povos indígenas desempenham um importante papel como sujeitos jurídicos coletivos e até e todos como produtores de suas próprias normas jurídicas. Em suma, é um projeto de pesquisa que parte das dificuldades que os povos indígenas têm enfrentado nas últimas décadas para demonstrar que são seres humanos legal e processualmente competentes na busca pelo respeito à sua autonomia, identidade nacional e multiculturalidade.

2 A CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO ÀS DIFERENÇAS - AVANÇOS E RESISTÊNCIAS

A construção da proteção às diferenças é um processo complexo. É formada pelo eixo da tolerância, compreensão e aceitação da diversidade. É necessário considerar a religião, raça, etnia, gênero, opção sexual, condição social, entre outros. Com o objetivo de promover o respeito às diferenças, diversos movimentos sociais realizam, por intermédio de discussões e debates, ações educativas sobre o tema. Além disso, ocorrem iniciativas para regulamentar leis que buscam resguardar os direitos fundamentais, sejam civis, culturais, econômicos ou políticos.

2870

Em contrapartida, ainda existem muitas resistências às tentativas de proteção às diferenças. Isso se manifesta em diversas formas, seja na discriminação contra grupos específicos em empregos, postos de saúde, habitação e até mesmo no meio acadêmico. Existe ainda uma desinformação e resistência da população em se adaptar a novos costumes, ideais políticos ou religiosos.

A única legislação que surgiu pós 1988 e que resistiu a encarar a mudança foi o Estatuto da FUNAI, que previa a execução da tutela, conforme podemos perceber no texto do Decreto nº 564, de 8 de junho de 1992, que dizia o seguinte:

Art. 2º A Funai tem por finalidade:

I - exercer, em nome da União, a tutela dos índios e das comunidades indígenas não integradas à comunhão nacional; (...)

Art. 3º Compete à fundação exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerente ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

Inclusive isso permaneceu presente no Estatuto da FUNAI que veio a seguir, por meio do Decreto nº 4.645, de 25 de março de 2003. Na atualização seguinte, no entanto, finalmente as menções a tutela foram retiradas, sendo substituída por assistência, conforme é possível verificar no Decreto nº 7.056, de 28 de dezembro de 2009:

Art. 2º A FUNAI tem por finalidade:

I - exercer, em nome da União, a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas;

II - formular, coordenar, articular, acompanhar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:

a) garantia do reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;

b) respeito ao cidadão indígena, suas comunidades e organizações; 232871 (...)

Art. 3º Compete à FUNAI exercer os poderes de assistência jurídica aos povos indígenas, conforme estabelecido na legislação.

E o texto atualmente vigente do Estatuto, o do Decreto nº 9.010/2017, também manteve essa mudança, de não incluir a tutela e falar em assistência. Pode-se perceber, portanto, que o atual Estatuto da FUNAI prega o respeito aos costumes das comunidades, não lhe cabendo o papel de intervir em suas organizações de forma direta, mas sim respeitando as vontades das próprias comunidades. Trata-se de assistência e não mera tutela, o que se coaduna com os preceitos constitucionais e reflete o protagonismo cada vez mais presente, assumido por eles a partir da Constituinte.

2871

2.1 Atuais bases constitucionais: o caput do art. 231 e as relações com a convenção 169 da OIT

Uma estrada percorrida por povos indígenas e tribais ao redor do mundo defender, reivindicar seus direitos e resistir ao processo de colonização e desenvolvimento nacional ao longo da história é impressionante. Em 2007, as Nações Unidas adotaram a primeira Declaração de Direitos Povos indígenas. No entanto, a OIT foi a primeira agência a se interessar pela situação dos povos indígenas e tribais do mundo na década de 1920, antes mesmo do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

A Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais de Estados Independentes fez da OIT a primeira organização internacional a reconhecer os "povos" indígenas e tribais como sujeitos de direitos, protegendo, entre outras coisas, alguns de seus direitos

territoriais, políticos, econômicos e sociais. A influência do Congresso na jurisprudência aos direitos dos povos indígenas e tribais, que se desenvolveram em todo o Ocidente.

O Brasil ratificou a C169 em 2003, comprometendo-se perante a comunidade internacional a proteger a identidade dos povos indígenas e tribais, e se responsabilizar pelo respeito de suas terras, tradições e formas de organização social. Segundo a C169, os governos devem consultar estes povos antes de tomar decisões, sejam elas administrativas ou legislativas, para evitar quaisquer tipos de danos.

2.1.1 A constituinte e as diferentes concepções em relação ao tema da identidade e capacidade civil dos indígenas

A Constituição de 1988 estabeleceu uma nova forma de pensar a relação com os povos indígenas em nosso território, reconhecendo serem eles coletividades culturalmente distintas, os habitantes originais desta terra chamada Brasil, por isso mesmo, detentores de direitos especiais. A Constituição Federal estabelece os fundamentos dos direitos indígenas e funciona também como uma espécie de roteiro para a implementação desses direitos, instituindo diretrizes para a sua implantação. Dentre os direitos reconhecidos aos índios pela Constituição Federal, encontramos:

- Direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.
- Direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consideradas inalienáveis e indisponíveis.
- Obrigação da União de demarcar as Terras Indígenas, proteger e fazer respeitar todos os bens nelas existentes.
- Direito à posse permanente sobre essas terras.
- Proibição de remoção dos povos indígenas de suas terras, salvo em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantido o direito de retorno tão logo cesse o risco.
- Usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
- Uso de suas línguas maternas e dos processos próprios de aprendizagem; e proteção e valorização das manifestações culturais indígenas, que passam a integrar o patrimônio cultural brasileiro

O advento da nova Carta Constitucional propiciou, na sequência, o debate sobre a necessidade de reformulação do Estatuto do Índio de 1973, cujas bases, como já dito, estavam assentadas no conceito superado da necessidade de integração e de assimilação dos

índios à comunhão nacional, e na noção da tutela a ser exercida pelo órgão oficial enquanto aquele objetivo não fosse alcançado. Além disso, era também preciso agora regulamentar novos temas que, presentes no texto constitucional, reclamavam detalhamento em leis específicas para que pudessem ser plenamente executados

3 A CAPACIDADE CIVIL E A TUTELA INDIGENISTA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 prevê a preservação dos direitos civis dos indígenas brasileiros. Inclui especificamente disposições referentes à sua capacidade civil, ao direito à tutela indigenista e à proteção socioambiental desses grupos étnicos. A capacidade civil representa a capacidade legal dos indígenas de adquirir direitos, cumprir obrigações, firmar contratos, adquirir bens, celebrar empregos, gerir seus próprios recursos indígenas, entre outros.

A Constituição define a lei, estabelecendo a competência das autoridades indígenas para fazer valer esses direitos. Além disso, a Constituição de 1988 prevê também a tutela indigenista, que se baseia na premissa de que os povos indígenas devem gozar dos mesmos direitos civis que os demais brasileiros. A tutela visa proteger os direitos civis e culturais dos indígenas, além de reorganizar seus territórios.

2873

Os direitos previstos na Constituição incluem o reconhecimento e a reivindicação de suas terras ancestralmente usufruídas, e o direito de serem representados em processos de delimitação de terra. A Constituição de 1988 também prevê a proteção à conservação socioambiental dos habitats e dos ecossistemas de coleta de recursos vitais para as comunidades indígenas. Estes ecossistemas podem conter áreas com alta biodiversidade, onde os indígenas são autorizados a estabelecer reservas habitacionais, a pescar e a levantar caça.

O Brasil possui diversas comunidades indígenas com características e diferenças próprias. Atualmente existem cerca de 5.000 povos indígenas no mundo, sendo mais de 200 no Brasil. Segundo o Censo 2010 do IBGE, existem mais de 800 mil índios vivendo em comunidades indígenas. E apesar disso, quando analisamos as leis indígenas incluídas nas constituições do Brasil e as leis que vigoraram durante a maior parte da história do país,

percebemos que durante 500 anos o estado colonial português e depois os estados imperial e republicano foram considerados indígenas, temporária ou extinta. O Estatuto prevê três situações de indígenas, de acordo com o seu nível de “integração” à sociedade:

A primeira é a dos índios não integrados, que são aqueles que apresentam características do imaginário popular, e se aproximam da forma pré-colombiana de índio: andam nus, não falam a língua portuguesa, usam pouca ou nenhuma tecnologia, sendo, pelo Estatuto, o único índio merecedor de benefícios legais, sendo inclusive considerado como um incapaz, sob tutela do órgão indigenista, que é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

A segunda classificação é a do índio em processo de integração. Esse índio ainda mantém algumas das características tribais intocadas, mas já se contaminou com costumes dos brancos, portanto já fala português, por exemplo.

A terceira “fase” é a do índio integrado, aquele que fala português, vota, dirige veículos e comete crimes.

Essa perspectiva de integração mudou no final dos anos 1980, quando os regimes ditatoriais militares nos Estados-nação latino-americanos cessaram gradualmente. Após a redemocratização, as constituições latino-americanas em geral garantiram uma perspectiva multicultural e multiétnica, reconhecendo que o continente latino-americano possui uma composição étnica e cultural diversificada e reconhecendo que cada grupo de pessoas, organizado de acordo com sua própria cultura, vive sua própria tradição.

3.1 Da necessidade de superação dos argumentos de incapacidade e regime de tutela

Os argumentos da incapacidade e imposição do regime de tutela se manifestam no judiciário ora literalmente, ora pelo entendimento da aplicação da culpa in vigilando. Em ambas as situações a superação é necessária ante os vícios nos quais incorrem. Dentre esses vícios, chama atenção o erro material que algumas decisões incorrem, se fundando em Decreto inexistente ou revogado.

MS. RP 585302. Rel.: Alexandre Aguiar Bastos. Jul.: 22/08/2011), (RESP Nº 1.580.077/SC. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 05/12/2016), (RESP Nº 1.479.973/SC. Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, 06/02/2017), (TRF4, EINF 2001.72.01.004308-0, SEGUNDA SEÇÃO, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, D.E. 14/01/2011).

48 (TRF4, AC 2007.71.04.006854-6, TERCEIRA TURMA, Relatora SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, D.E. 07/01/2010) e (TRF4, AC 0001310-84.2004.4.04.7006, TERCEIRA TURMA, Relatora MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, D.E. 10/02/2011) 49 (TRF-4 - AC: 1262 RS 2004.71.04.001262-0, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 05/04/2011, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 11/04/2011) e (TRF4, AC 2001.72.01.004308-0, QUARTA TURMA, Relator EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, D.E. 24/11/2008).

Várias decisões falam da incapacidade e que a tutela ainda está presente no nosso ordenamento. Por vezes a argumentação é baseada na noção dos índios como sem discernimento:

(...) - Não há que se falar que os indígenas agiram com propósitos deliberados de invadir a fazenda ou expulsar os moradores. Em razão de não serem afeitos à civilização e **desconhecerem todo o trâmite do processo de demarcação das terras, bem como as implicações jurídicas de seus atos. Não se pode tratar os silvícolas como absolutamente capazes e exigir o discernimento próprio de um indivíduo civilizado**, inclusive o CC de 2002 estabelece no § único do art. 4º que a legislação especial regulará acerca da capacidade dos índios. (...) (TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0063274- 40.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO, julgado em 05/12/2005, DJU DATA:22/01/2008 PÁGINA: 569, grifo nosso).

Ocorre que, atualmente os índios possuem capacidade civil plena, incompatível com essa responsabilização do Estado, nos termos de Santos (2014, p. *online*):

“Destarte, em se considerando, sob a nova ordem constitucional, a capacidade civil plena dos índios e a constatação de que a tutela das populações indígenas se transmutou de uma tutela de pessoas para uma tutela de direitos, não se pode mais admitir que o Estado se responsabilize objetivamente pelas ações e omissões dos índios. Tal tratamento não condiz com o espírito arraigado na Constituição. A proteção dos direitos indígenas não importa a chancela da FUNAI a condutas ilegais que venham a ser praticada por índios. A Fundação, pelo só fato de ser a 272875 entidade responsável pela proteção e promoção dos direitos indígenas, não possui meios para obrigar qualquer indígena a fazer ou deixar de fazer algo. A FUNAI deve zelar pelo bem-estar dos índios, mas não possui poder decisório sobre as atitudes por eles tomadas, não podendo, pois, se responsabilizar por atos de quem possui capacidade civil plena.”

2875

Segundo Nunes (2018, p. 09):

A individualização da responsabilidade do índio deve se dar como reconhecimento da sua autonomia. Trata-se de uma autonomia conquistada, reconhecida pelo direito internacional, com recepção pelo direito nacional, de modo que estamos em um momento em que é preciso compreender a necessária superação de um regime de tutela que trata o indígena como incapaz.

Para se compreender melhor o argumento, conforme expõe Gerson Luciano, até mesmo a denominação indígena, de forma una, para se referir a tantos povos diferentes, é aceita pela comunidade através de debates coletivos e autodeterminação. Ele fala que os movimentos indigenistas aceitam o termo indígena, pois reconhecem que as demandas do

movimento serão mais facilmente atendidas se houver a reunião de todos os grupos, com isso, eles deixam de lado suas diferenças para buscarem ter suas demandas em comum atendidas.

4 DA TUTELA DO INCAPAZ

A tutela é um instituto jurídico que representa um encargo imposto por lei a uma pessoa capaz, para que esta cuide de uma pessoa menor e administre seus bens. O instituto da tutela tem a finalidade de proteger os direitos e interesses dos filhos menores de 18 anos, no caso de morte dos pais ou perda do poder familiar.

4.1 Da tutela indigenista e seu exercício

A tutela de indígenas pode ser considerada como uma parte fundamental do “DNA” de uma política estatal pensada para, legal e institucionalmente, subjugar os povos indígenas a uma espécie de ostracismo tanto como sujeitos de direitos, quanto como agentes políticos, abrindo campo para todo o tipo de ingerência estatal contra a autonomia e seus modos de ser, mesmo que lhes fossem reconhecidos direitos territoriais.

2876

A Constituição de 1988 inaugura novo paradigma jurídico sobre o tema e garante aos indígenas, em seus artigos 231 e 232, o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e o direito *originário* sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Consagra, também, a legitimidade dos índios, suas comunidades ou organizações, para ingressarem em juízo para a defesa de seus direitos e interesses.

Dentre os muitos elementos que compõem este *sensu comum* teórico tutelar, podemos, primeiramente, mencionar a enorme dificuldade do aparato estatal em aceitar e aprender com a diversidade de povos como sendo a regra, não a exceção – o que exige disposição para reinventar esquemas institucionais e epistemológicos.

Em segundo lugar, os pensamentos tutelares dificultam a exata compreensão da *autodeterminação dos povos indígenas* enquanto critério político, limitativo do poder estatal e vinculado à livre-determinação. Neste sentido, é importante superar mecanismos legais e institucionais que naturalizam os resultados de uma política de colonização e

contextualizar a autodeterminação em processos não-lineares, contraditórios e complexos de formação e reforço de identidades subalternas, afastando-se de ideias de pureza cultural e estereótipos deste tipo.

4.1.1 Da tutela indigenista e o judiciário

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, levanta aspectos de importante relevância quanto aos direitos indígenas presentes na Carta Maior, promulgada em 1988.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Pet. 3388, caso Raposa Serra do Sol, acentuou que: EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI N. 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA N. 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECENDO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. [...]

9. A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é a perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor de inclusão comunitária pela via de identidade étnica.

O Supremo Tribunal Federal trata os direitos dos povos indígenas, na Constituição Federal, como um estatuto jurídico da causa indígena, isto é, ao nosso modo de ver, uma constituição do direito indígena ancorada na Carta Magna, sendo, de fato, um avanço dentro do constitucionalismo brasileiro. O tratamento dado pelos Tribunais em relação a responsabilização dos indígenas tem sido oscilante.

No entanto, a maioria enfatizou a incapacidade de os indígenas responderem por seus próprios atos, devendo a FUNAI responder como defensora dos índios e por sua culpa *in vigilando* responder se era um índio incorporado pela sociedade. Apenas uma minoria aceita a responsabilidade direta sem insistir no conceito de compromisso. Essas decisões são analisadas ao longo do texto.

A prática jurídica deve se adequar e reconhecer a responsabilidade individual porque não há respaldo legal para a responsabilidade da FUNAI e a tutela e a criação de empresas são paradigmas ultrapassados e que a responsabilidade implícita é igualmente confusa. Para se ter uma melhor compreensão, exemplifica-se alguns julgados que argumentam pelo sistema de tutela e incapacidade, logo em seguida trata-se dos que argumentam pela responsabilização individual, sem necessidade de integridade indígena.

2878

Existem diversas decisões que tratam da capacidade em que pese a presença da tutela no nosso ordenamento. Em sua maioria a argumentação é baseada na noção indígena como sem discernimento, como vemos:

(...) - Não há que se falar que os indígenas agiram com propósitos deliberados de invadir a fazenda ou expulsar os moradores. Em razão de não serem afeitos à civilização e desconhcerem todo o trâmite do processo de demarcação das terras, bem como as implicações jurídicas de seus atos. Não se pode tratar os silvícolas como absolutamente capazes e exigir o discernimento próprio de um indivíduo civilizado, inclusive o CC de 2002 estabelece no § único do art. 4º que a legislação especial regulará acerca da capacidade dos índios. (...)
(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0063274- 40.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO, julgado em 05/12/2005, DJU DATA:22/01/2008 PÁGINA: 569).

Em outro argumento tem-se a aplicação da culpa *in vigilando*, que, neste caso, obrigaria a responsabilização da FUNAI sempre que falhasse no seu dever de cuidar dos índios e impedir que cometessem danos, vide:

(...) 10. Ademais, ainda que fosse possível ultrapassar tal óbice, verifica-se que o Apelo Nobre está fundado em matéria constitucional: Portanto, incabível negar a legitimidade passiva da FUNAI, mesmo que ela não tenha praticado qualquer ato

que concorresse para o evento que ora se discute, a não ser que viesse a comprovar não ter havido culpa in vigilando. (...)

(RESP Nº 1.580.077/SC. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 05/12/2016);

Destaca-se ainda o argumento que vem através do Decreto 564/2002, suposto Estatuto da FUNAI, embasado pelo sistema tutelar na atualidade. A questão é que não existe decreto encontrado com esse número, e ainda que existissem, estes foram editados após 2002. Como vemos:

(...) 2. A FUNAI responde pelos danos causados por índios a terceiros, já que a teor do parágrafo único do artigo 4º do CCB/2002 e dos artigos 2º e 3º do Decreto 564/2002 a mencionada Fundação exerce a tutela sobre os índios, velando pela sua educação, saúde e bemestar, além da conservação de seu patrimônio, sem prejuízo de que os próprios índios detenham capacidade processual.

(TRF4, EINF 2001.72.01.004308-0, SEGUNDA SEÇÃO, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, D.E. 14/01/2011).

Conforme dito anteriormente, os Decretos que se referem ao funcionamento da FUNAI são os de nº 564/1992 e o 4.645/2003, não havendo qualquer outro com esse conteúdo.

4.1.2 Da tutela indigenista e o legislativo

Segundo Cunha (2006, p. 98), os índios só foram incluídos na categoria dos relativamente incapazes, quando a discussão do Código chega à comissão Legislativa do Senado, por influência do Senador Rui Barbosa, que revisou o projeto de Beviláqua, através de uma emenda apresentada por José de Mello Carvalho Muniz Freire.

Essa emenda, ao que tudo indica, teria sido elaborada por Souza Pitanga, que havia oferecido à Comissão do Código Civil no Senado duas emendas, uma definindo a capacidade civil dos índios, “limitada a um regime tutelar para as tribos nômades, não incorporadas ainda a civilização ocidental”, e outra “assegurando o domínio útil dos territórios por eles ocupados, legitimando-se por processo competente a sua posse atual”. As duas emendas elaboradas por Souza Pitanga são interessantes na medida em que dissociam claramente a questão dos direitos territoriais da questão da tutela. Esta era, para ele, algo transitório; aquela, definitiva.

A Constituição de 1988 estabeleceu uma nova forma de pensar a relação com os povos indígenas em nosso território, reconhecendo serem eles coletividades culturalmente

distintas, por isso mesmo detentor de direitos especiais. E com esses avanços constitucionais, Adriana Ramos sustenta sobre a necessidade de revisão da legislação ordinária.

Novos temas foram incluídos no debate jurídico relativo aos índios. Desde então, inúmeros projetos de lei têm sido apresentados pelo Executivo e por deputados e senadores, buscando regulamentar dispositivos constitucionais e adequar a legislação aos termos da nova Carta. Com a aprovação do Código Civil, um novo tratamento mais progressista aos indígenas foi oferecido, estabelecendo que o tema da sua capacidade para a prática dos atos da vida civil fosse matéria de lei específica.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988, inspirada nos valores pluralistas e multiculturais que cercavam o cenário internacional na plena consolidação do neoconstitucionalismo, realizou uma revolução jurídica, filosófica e ideológica no tratamento dos povos indígenas, sem precedentes no constitucionalismo do país história. A *novel* Carta Política rechaçava o paradigma da assimilação cultural e a política oficial do governo de "civilização" e a paulatina incorporação da silvicultura à sociedade envolvente.

2880

O sistema de proteção da diversidade cultural do Brasil, que reconhece e protege a identidade cultural das minorias étnicas, incluindo os povos indígenas, negligenciadas devido a séculos de coerção social e, em particular, garante sua reprodução física e cultural e o direito de viver de acordo com suas antigas tradições e costumes.

Entre as garantias indígenas está a atual Constituição que enfatiza o direito de ser indígena e continua a repetir seu modo de vida tradicional sem que essa identidade cultural diferenciada leve à cassação, e não apenas reconhece que os indígenas podem desfrutar de todos os privilégios concedidos aos membros da nação brasileira sem a necessidade de "civilizar", enquanto continua exercendo o cargo gozando de seus direitos legais. Indígenas que conciliaram definitivamente cidadania e singularidade cultural, conceitos até pouco tempo exclusivos.

Antes a Constituição de 1988 os indígenas precisariam perder suas origens culturais, "civilizando-se" desde suas origens culturais para finalmente obter a cidadania, o que

repercutiu diretamente no reconhecimento de seus direitos civis, agora a ordem estatal não mais exige o cultivo da silvicultura como condição para o controle de seus bens e pessoas e para ter direitos civis e políticos sem representação ou assistência de quem recebe a plena capacidade civil que alcançou após a Constituição Feral de 1988. O objetivo das reflexões aqui apresentadas não é esgotar o assunto, mas despertar em nós um compromisso diário de transcender as práticas, saberes e pensamentos tutelares.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.
- BRASIL. Código civil de 1916.
- BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais.
- BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do índio.
- BRASIL, TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0063274-40.2005.4.03.0000, Rel. 2881
DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO, julgado em 05/12/2005.
- BRASIL, TRF4, EINF 2001.72.01.004308-0, SEGUNDA SEÇÃO, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, D.E. 14/01/2011
- LACERDA, Rosane Freire. Diferença não é incapacidade. Gênese e Trajetória Histórica da Concepção da Incapacidade Indígena e sua Insustentabilidade nos Marcos do Protagonismo dos Povos Indígenas e do Texto Constitucional de 1988. Tese de Mestrado, UnB. 2007.
- LUCIANO, Gersem dos Santos. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. 2006. fls. 34/38.
- SANTOS, Caroline Marinho Boaventura. Da ausência de responsabilidade civil da FUNAI pelos atos praticados por indígenas Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 nov 2014, 05:15.
- SOARES, Dirjenane Ferreira Nunes. A Responsabilização Civil Dos Índios Por Dano Ambiental. Brasília-DF. 2018.