

Aspectos da Cidadania Indígena: Contexto Histórico e Evolução Constitucional Emancipatória

Aspects of Indigenous Citizenship: Historical Context and Constitutional Emancipatory Evolution

JULIANNE HOLDER DA CÂMARA SILVA¹

Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA). Mossoró (RN). Brasil.

RESUMO: A cidadania moderna, cumprindo seu papel de mantenedor da hegemonia capitalista, teve que ser ampliada de modo a incluir os subalternos e não proprietários na reprodução da ordem social vigente, funcionando como verdadeira intermediadora de classes, a “forma” encontrada pela burguesia capitalista de manter o regime dominante sem o risco de uma “instabilidade” social provocada pela insatisfação dos marginalizados. Nesse contexto, abordaremos o desenvolvimento histórico desse processo de inclusão política, social e econômica dos subalternos e como essa tendência, a partir da Constituição Federal de 1988, acabou por dar visibilidade política e social aos povos indígenas do Brasil. A partir de reivindicações e articulações em torno da afirmação de sua identidade étnica e cultural diferenciada, os povos indígenas vêm construindo uma noção de cidadania indígena antes impensável no contexto de exclusão e negligência jurídica e social ao qual foram submetidos por cinco séculos de dominação.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania; povos indígenas; reprodução cultural; capacidade civil.

ABSTRACT: Modern citizenship, fulfilling its role of maintaining capitalist hegemony, had to be expanded to include subordinates and non-owners in the reproduction of the current social order, functioning as a true intermediary of classes, the “form” found by the capitalist bourgeoisie of maintain the dominant regime without the risk of a social “instability” caused by the dissatisfaction of the marginalized. In this context, we will approach the historical development of this process of political, social and economic inclusion of subordinates and how this trend, from the Federal Constitution of 1988, ended up giving political and social visibility to the indigenous peoples of Brazil. From claims to articulations around the affirmation of their differentiated ethnic and cultural identity, indigenous peoples have been building a notion of indigenous citizenship that was previously unthinkable in the context of exclusion and legal and social neglect to which they were subjected for five centuries of domination.

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-3473-1050>>.

KEYWORDS: Citizenship; indigenous people; cultural reproduction; capacity civil.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A cidadania moderna e sua gênese; 2 A Constituição de 1988 e o nascer da cidadania indígena; 2.1 Legislação histórica; 2.2 A capacidade civil indígena; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

A cidadania moderna, tal como a compreendemos hoje, foi o resultado de um processo lento e belicoso de reivindicações e reações das classes sociais marginalizadas pelo modo de produção capitalista. Destituídas dos meios de se realizar autonomamente, sem participação política no Estado e na riqueza produzida pelo seu trabalho, restava à classe operária, e demais classes não proprietárias (os chamados subalternos por Abreu, 2008), articular-se na defesa de seus interesses comuns, construindo uma identidade coletiva específica que lograria, ao final de um século, conquistas inimagináveis nos primórdios da revolução industrial.

Dessa forma, a cidadania moderna, cumprindo seu papel de mantenedor da hegemonia capitalista, teve que ser ampliada de modo a incluir os subalternos na participação e pertencimento à ordem social vigente, funcionando como verdadeira intermediadora de classes, a “forma” encontrada pela burguesia capitalista de manter o regime dominante sem o risco de uma “instabilidade” social provocada pela insatisfação dos subalternos.

Nesse contexto, abordaremos, nos próximos capítulos, o desenvolvimento histórico desse processo de inclusão política, social e econômica dos subalternos e como essa tendência, a partir da Constituição Federal de 1988, acabou por dar visibilidade política e social aos povos indígenas do Brasil. A partir de reivindicações e articulações em torno da afirmação de sua identidade étnica e cultural diferenciada, os povos indígenas vêm construindo uma noção de cidadania indígena antes impensável no contexto de exclusão e negligência jurídica e social ao qual foram submetidos por cinco séculos de dominação.

1 A CIDADANIA MODERNA E SUA GÊNESE

De início é de se observar que a insatisfação social com as desigualdades e privações não é consequência exclusiva da revolução industrial, apesar de ter se intensificado a partir dela. Já na revolução francesa, lutava-se contra os privilégios da nobreza, a miséria que se instalara e a tirania dos

Reis. Tanto os *sans-culottes* como os *jacobinos* republicanos uniram suas reivindicações comuns criando, de certa forma, uma consciência coletiva, reivindicando melhores condições de vida.

Passada a era das revoluções (independência norte-americana, de 1776, e francesa, de 1789) e a consagração das liberdades civis e políticas como direitos humanos constitucionalmente assegurados, os temas liberdade, igualdade e fraternidade indicavam uma ideologia idílica e irrealizável frente à miséria e às privações que se abateram sobre a população não proprietária. Principalmente após o início da revolução industrial, a liberdade burguesa se desenvolvia em desigualdade, ampliando o abismo social existente. A liberdade efetiva e a participação política somente alcançavam os detentores dos meios de se realizar autonomamente.

A cidadania liberal burguesa em sua gênese era essencialmente desigual e excludente: primeiramente porque as liberdades civis, conquistadas após as revoluções liberais do final do século XVIII, consagravam direitos abstratos que efetivamente não eram exercidos pela maioria esmagadora da população. Enquanto juridicamente se assegurava a todos uma liberdade, igualando juridicamente os indivíduos, na prática somente quem possuía os meios materiais, econômicos e culturais de se realizar autonomamente é que efetivamente atingia essa liberdade.

Somente os detentores dos meios de produção, capazes de se apropriar da natureza e dos valores produzidos pelo trabalho, é que logravam usufruir de uma liberdade efetiva. O tão proclamado livre-arbítrio somente se tornava realizável para aquele que se encontrava inserido da divisão do trabalho (cada vez mais complexa e concorrencial) possuindo algum valor de troca para intercambiar no mercado. Somente satisfazendo suas necessidades e carências autonomamente poderia o indivíduo se dizer livre.

No entanto, aqueles desprovidos de capital, que só possuem o valor trabalho para ofertar ao mercado como moeda de troca, ficam à mercê da vontade de outro, o capitalista, que se apropria de seu trabalho e do valor por ele produzido, afastando qualquer liberdade pretendida. A satisfação das carências resta comprometida em face das péssimas condições de emprego e salários.

Em segundo lugar, a cidadania liberal burguesa revelava sua característica excludente ao limitar os direitos políticos aos proprietários. A participação política na época se dava por critério censitário, excluindo toda a população não proprietária de opinar e decidir os destinos do Estado

(Delgado, 2010, p. 19-20). O Estado se consolidava, assim, como expressão de uma classe dominante, única a ditar seu destino, mantenedor dos interesses da classe hegemônica, garantindo o livre sistema de trocas e apropriação privada que gerava desigualdade e exclusão.

A coligação de tais fatores, apimentada pela pobreza e privações, não demoraria a resultar na insatisfação social dos marginalizados, que passaram a se articular material, cultural e intelectualmente em reação às desigualdades do sistema, culminando, basicamente, em duas formações ideológicas, com suas subdivisões: a socialista e a que Aroldo Abreu chama democrática, que pretendia democratizar o estado liberal burguês, ampliando a cidadania de modo a incluir nela os subalternos (Abreu, 2008, p. 162).

Mais cedo ou mais tarde, na grande maioria dos países ocidentais industrializados onde as ideias socialistas não lograram êxito, a proporção tomada pelo movimento operário deu início a um processo de reconhecimento e constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais que, ao lado das liberdades civis e políticas conquistadas com as revoluções liberais do final do século XVIII, ganhavam o *status* de direitos fundamentais (ditos de segunda dimensão). As Constituições pioneiras nesse processo de constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais foram a mexicana, de 1917, e a alemã (Weimar), de 1919.

Entretanto, tais direitos não eram compreendidos como de aplicação imediata, mas como programas a serem cumpridos progressivamente pelos Estados nacionais que os reconheciam², correndo o risco de se esvaziar na dependência de uma providência legislativa. Somente no segundo pós-Guerra Mundial e na consolidação do Estado Democrático de Direito se deu um aprofundamento desses direitos sociais, de modo a consagrar a dignidade humana e a justiça social como pilares constitucionais, tudo voltado à proteção da pessoa humana, agora alçada a valor nuclear do sistema jurídico constitucional (Delgado, 2012, p. 24, 74-75).

Nascia, assim, no início do século XX, uma classe de direitos que exigia uma ação do Estado, um fazer, um proporcionar, sem os quais o

2 Essa falta de aplicabilidade direta que caracterizava os direitos sociais, econômicos e culturais em sua gênese acabou por corroer o princípio democrático da Constituição de Weimar, possibilitando a instauração do regime totalitário na Alemanha, em 1933. No pós-guerra, visando corrigir essa falha, a Lei fundamental alemã de 1949 estabeleceu o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, bem como sua vinculação aos Poderes Públicos, tendência que iria influenciar as Constituições dos diversos países ocidentais. Maiores detalhes, vide: Branco, 2000, p. 134.

indivíduo não obteria a satisfação de suas necessidades mais elementares. Essa nova classe de direitos acabava, ainda, por promover uma transformação nas instituições públicas e na estrutura do próprio Estado (Habermas, 1992, p. 16). A separação Estado/sociedade tal qual moldada pelo liberalismo clássico não satisfazia mais as exigências da época, de modo que o Estado teve que assumir uma postura ativa na realização da justiça social, passando a intervir na seara econômica e social, tendência intensificada com o pós-guerra e os esforços de reestruturação socioeconômica das Nações envolvidas no conflito (Branco, 2000, p. 110), assim como em virtude da primeira grande reestruturação do capitalismo³.

A consagração de direitos que satisfizessem as demandas dos subalternos, ou pelo menos que detivesse a promessa de satisfação futura, fora o mecanismo encontrado pela burguesia de manter a hegemonia capitalista, apaziguando os ânimos reacionários dos subalternos. De fato, antes mesmo da Segunda Guerra Mundial, os líderes das importantes potências mundiais já reconheciam o risco social à paz representado pela agitação do movimento operário, levando-os a empregar maiores recursos na proteção contra referidos *risks* (Abreu, 2008, p. 183).

Dessa forma, o Estado nacional ganhava cada vez mais espaço na regulação da reprodução econômica e social, intervindo, tributando, regulando, satisfazendo as carências dos subalternos por meio de políticas públicas, o que era possível somente em razão de uma margem de lucro crescente, que permitisse a redistribuição dos frutos do trabalho. Assim, e paradoxalmente, a satisfação das necessidades dos subalternos dependia inexoravelmente da mais-valia capitalista.

Conforme dito alhures, foi apenas no segundo pós-guerra, em virtude das atrocidades cometidas pelo regime nazifascista, que a dignidade huma-

3 A primeira grande reestruturação do capitalismo coincidiu com a terceira revolução industrial, por volta da década de 1940, em que se observou o emprego de novas tecnologias na produção, aliadas ao desenvolvimento da linha de montagem, com produção em série (“fordismo”) e o planejamento do trabalho (“taylorismo”), o que multiplicou a produção. Observou-se, ainda, uma complexificação da divisão do trabalho, com o surgimento de novas profissões e novas classes sociais, intermediárias entre capital e trabalho. Novos ramos de atividade ainda surgiram em decorrência do aumento da produção e da divisão do trabalho, ampliando a oferta de empregos e responsável pelo desenvolvimento do consumo em massa para a produção em massa, com estruturação de barreiras protecionistas a fim de evitar a concorrência de outras potências no mercado interno – dentre outras mudanças que criaram o quadro favorável à incorporação das classes subalternas. Toda essa transformação exigiu uma reestruturação também do Estado e de suas instituições, que deveria regular todos esses setores, tributar o excedente e redistribuí-lo em forma de direitos sociais para os subalternos, ganhando o papel de protetor da reprodução social e regulador da vida econômica. Maiores detalhes, vide: Abreu, 2008, p. 138-148.

na se eleva como valor fundamental da ordem constitucional. Um valor a se irradiar por todo o ordenamento jurídico e revelado através de um catálogo de direitos fundamentais que passavam a indicar os princípios básicos e opções políticas da Ordem constitucional. Uma constituição agora dotada de força normativa, impondo seus valores por toda a Ordem jurídica, pela sociedade civil e pela sociedade política.

Essa importância atingida pelo princípio da dignidade humana, somada às reivindicações e manifestações das classes subalternas por participação política e econômica, acabou por configurar o ambiente propício à ampliação e democratização da cidadania, que passava a incorporar as classes sociais antes marginalizadas, conferindo-lhes participação política nos destinos da Nação e maior divisão econômica dos frutos do trabalho, em virtude da intervenção estatal, crescendo o sentimento de pertencimento à Nação, o que acabou por diluir o sentimento de classe, para formar uma identidade coletiva nacional, ainda mais funcional para a manutenção da hegemonia capitalista.

Nesse processo de ampliação da cidadania, não só a classe operária construiu sua identidade coletiva, por meio de lutas e reivindicações por melhores condições de vida, como outros segmentos sociais marginalizados e não proprietários se viram diante da oportunidade de sair da invisibilidade política, econômica e social com que foram tratados ao longo da história, e afirmar sua identidade étnica e cultural diferenciada, exigindo respeito e reconhecimento.

Esse processo foi notadamente sentido nos países latino-americanos, cuja forte heterogeneidade de sua formação sociocultural evidenciou sociedades cosmopolitas bastantes diversificadas e cujo pluralismo social gritava por processos democráticos emancipatórios, capazes de ampliar a cidadania, incluindo todos os segmentos sociais que conviviam lado a lado dentro do mesmo território nacional.

Diante desse contexto, uma ação protagonista dos povos indígenas começou a se construir, tanto em um contexto global como no cenário doméstico dos estados, a partir do fortalecimento dos movimentos sociais dos povos indígenas por volta da década de 1970. Reivindicavam o reconhecimento de sua identidade étnica e cultural diferenciada, construída a partir de uma íntima relação com a terra e seus recursos naturais, em contrapartida ao modelo integracionista de aculturação dos povos indígenas, além de

maior autonomia sobre suas terras, vidas e recursos, por meio do reconhecimento de direitos à autodeterminação e à territorialidade.

No Brasil, a construção de uma identidade indígena diferenciada foi possível a partir dos debates em torno da Constituinte de 1987⁴, quando se observou uma intensa mobilização dos povos indígenas de diferentes regiões do País que, ampliando sua rede de articulações com outros movimentos sociais, entidades parceiras e de cooperação, se aproximaram, trabalharam em conjunto e conquistaram ampla visibilidade política nas arenas públicas de discussões. Fortalecendo a consciência de que, apesar da rica diversidade étnica e cultural do País, os diferentes povos indígenas comungavam dos mesmos pleitos, inquietações e demandas que os uniam em torno de um propósito comum e na construção de uma identidade de grupo diferenciada da sociedade envolvente (Silva, 2020).

No País, especialmente, com sua diversidade de comunidades tradicionais⁵ que vivem um estilo de vida peculiar, diferenciadas da comunhão envolvente, cada qual com suas necessidades e aspirações, essa ampliação da cidadania somente se tornou possível a partir de uma Constituição transformadora, que rompeu paradigmas arraigados na tradição jurídica pátria, monista e culturalmente opressora, cujo maior desafio hodierno consiste em efetivar esses direitos, obstaculizados pelo preconceito renitente do imaginário nacional.

Se existe falta de efetividade das normas constitucionais de proteção às diversidades culturais, esta se deve à ausência de uma verdadeira transformação nas instituições públicas e nas práticas da própria sociedade civil. Deparamo-nos, então, com a velha dicotomia entre constituição real e constituição ideal, presente por toda a América *subdesenvolvida*, que revela

4 No caso especificamente brasileiro, até o início da década de 1970, as iniciativas e ações dos povos indígenas se davam de maneira isolada, não existindo uma unidade de reivindicações que caracterizasse um movimento politicamente e juridicamente organizado. O tratamento assistencialista conferido pelos órgãos indigenistas ajudavam na formação desse quadro de isolamento e dependência para com o estado que inibia qualquer articulação política indígena de contestação do governo e de seu relacionamento com os povos indígenas. (Silva, 2020)

5 A Medida Provisória nº 2.186-16/2001 (que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado) estabelece a seguinte definição de comunidade tradicional: “Grupo humano, incluindo os remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas”. Melhor definição é trazida por Diegues e Arruda (*apud* Santilli, 2005, p. 132): “Grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Tal noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional, que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos”.

a imperfeita transição desses Estados Nacionais para um Estado Democrático de Direito. Estamos diante de uma verdadeira Constituição *nominal*, na terminologia de Karl Loewenstein (Carvalho Netto, 2001), que acolhe de fato as aspirações de justiça social da comunidade que regula, muito embora, em virtude da realidade econômica e social, não logra efetividade tamanho o abismo entre as pretensões almejadas e as condições reais.

A grandeza do texto constitucional não alcança efetividade, não se materializa em plenitude, sobretudo porque muitas das instituições, a começar pela Funai e pela regulação do Estatuto do Índio (EI), prendem-se ao paradigma anterior, de assimilação e incorporação do indígena com abandono de sua identidade étnica. A distinção entre “índios” isolados, integrados e em vias de integração, presente no Estatuto do Índio e ainda muito evocada pela jurisprudência pátria e aplicada nas políticas públicas, não desmente nossa teoria. No imaginário da sociedade, “índio” só é “índio” se andar de tanga e cocar, com tacape na mão e sem acesso a qualquer tipo de tecnologia que lhe facilite a vida⁶.

A Constituição de 1988 não conseguiu perpetrar uma transformação na sociedade, pois a sociedade brasileira ainda não estava preparada para compreender a diversidade cultural, largando a tradição monista de outrora; afinal, temos uma marca indelével em nosso histórico como sociedade escravista e de colonizadores (o que significa inexoravelmente opressão de africanos e de povos originários).

A ampliação da cidadania indígena, e de outros grupos étnicos e culturais, deu-se por meio da Constituição de 1988, de maneira normativa, pretendendo a norma transformar a realidade social. Daí por que esse processo se materializou de maneira tão lenta. A seguir nos debruçaremos sobre esse processo de ampliação da cidadania brasileira, democratizada a partir da Constituição Federal de 1988, quando os povos indígenas lograram vi-

6 Foram realizados o total de três censos dos povos indígenas do Brasil pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 1991, 2000 e em 2010. Neste último, registrou-se cerca de 896 mil índios vivendo em território nacional, dos quais cerca de 572 mil vivem na zona rural, e cerca de 315 mil habitam em área urbana, revelando a presença indígena em todos os Estados da Federação, inclusive no Distrito Federal, com preponderância de concentração na Região Norte do País. A Funai ainda estima a existência de 69 grupos isolados e ainda não contatados. Ao total, 274 línguas são faladas entre 305 etnias diferentes, enquanto 17,5% dos povos indígenas do País não falam o português. Por outro lado, identificamos algumas políticas públicas direcionadas à educação profissional específica dos povos indígenas, como a oferta de cursos direcionados ao atendimento de demandas particulares, cursos de magistério intercultural, além da oferta de vestibular indígena em importantes Instituições do País. Mais informações, vide: Fundação Nacional do Índio. O Brasil Indígena. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-dez/pdf-brasil-ind.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019 e 25 nov. 2020.

sibilidade política, reconhecimento jurídico e participação na reprodução social, galgando, paulatinamente, pertencimento à Ordem e satisfação das necessidades básicas, o que somente se tornou possível a partir do instituto da capacidade civil, conforme veremos mais adiante.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O NASCER DA CIDADANIA INDÍGENA

Desde a chegada dos colonizadores portugueses e, a partir de então, por todo o período que se segue, até a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, percebe-se que a aculturação do indígena fez-se uma constante no ordenamento jurídico brasileiro. De início com a finalidade de catequizar para “salvar a alma do bom selvagem” (a dominação religiosa), em seguida objetivando a “civilização” dos indígenas, dado o seu estado de “primitividade”, e conseqüente integração ao modo de vida “civilizado” (a dominação cultural).

De uma forma ou de outra, a política oficial do Governo brasileiro sempre se dedicou à integração do indígena à comunidade envolvente, com a conseqüente perda das características tradicionais dos indígenas, acarretando um verdadeiro extermínio étnico-cultural. Em razão desse fato, considerava-se o indígena uma condição transitória, fadada à extinção (Souza Filho, 1990, p. 158). Acreditava-se sinceramente que o “índio” desejaria e necessitaria se integrar, que seria seu objetivo abandonar a vida “primitiva” que levava.

Não era permitido ao “índio” continuar sendo “índio”, pois ele deveria ser “civilizado” e, alcançando essa civilização, perderia sua condição de índio e todas as prerrogativas que essa qualidade poderia propiciar. Ou o indivíduo era um cidadão brasileiro, exercendo seus direitos políticos e liberdades, e não era “índio”, ou ele era um “índio”, sem cidadania (sem exercício de direitos políticos e sem liberdade), de modo que, para atingi-la, necessitava abandonar sua condição de “índio”.

Percebe-se claro tal objetivo a partir de uma análise da legislação histórica brasileira, o que passaremos a analisar e, em sequência, demonstraremos como esse quadro fora revertido a partir da Constituição de 1988, que ampliou o conceito de cidadania de modo a contemplar as aspirações e reivindicações dos diversos grupos étnico-culturais nacionais, lançando sua proteção sobre a reprodução física e cultural delas, além de assegurar plenos direitos civis aos indígenas nacionais, ampliando os participantes da reprodução política e social brasileira.

2.1 LEGISLAÇÃO HISTÓRICA

A legislação indigenista portuguesa do século XVI determinava bom tratamento aos “índios” que se submetessem à catequização e guerra aos demais. Leis de 1548 e de 1655 vedavam o cativo indígena, salvo os tomados em “guerras justas” e os que se opusessem à evangelização. A carta Régia de 09.03.1718 considerava as nações indígenas fora do alcance da Jurisdição da Coroa Portuguesa, declarando-os “índios livres”, não sendo possível obrigá-los a deixar suas terras ou seus costumes (Santos Filho, 2006, p. 24-25).

Durante a administração do Marquês de Pombal, Primeiro Ministro Português, durante o reinado de D. José I, foi editada a Lei de 06.06.1755, reconhecendo o direito dos “índios” sobre suas terras, um direito hereditário, ao mesmo tempo em que determinava que os mesmos deixassem de ser “bárbaros”, adotassem nomes portugueses e abandonassem a língua local em favor do português, tornando-se legítimos cidadãos portugueses (Santos Filho, 2006, p. 26).

Cartas Régias de 1808 (maio, novembro e dezembro) declaravam guerra aos “índios *Botocudos*” do Paraná, então província paulista, aos “índios Bugres” de São Paulo e aos *Botocudos* do vale do Rio Doce, Minas Gerais, que não se submetessem às Leis reais, permitindo aos milicianos que os aprisionassem para fins de servidão (por 15, 15 e 10 anos, respectivamente), podendo o cativo se estender até a sua pacificação. As referidas Cartas Régias explicavam que não se tratava da escravização dos gentios (!), mas de educá-los à convivência da sociedade ‘doce e pacífica’ (Souza Filho, 2008, p. 56).

O fim da escravidão indígena nesse período, fruto das guerras de 1808, veio por meio da Lei de 27 de outubro de 1831, que, no entanto, declarou a orfandade dos “índios” cativos, que deveriam ser entregues a um Juiz de órfãos que lhes forneceria educação e sustento, até que viessem a ter um trabalho remunerado (Souza Filho, 1990, p. 155).

Mais tarde, um Decreto de 3 de junho de 1833 encarregou os juizes de órfãos da administração dos bens dos “índios” libertos do cativo proveniente das guerras de 1808. Esses dois Atos (Lei de 1831 e Decreto de 1833) conduziram à equivocada interpretação de que todos os “índios” do País seriam incapazes de gerir o seu patrimônio e a sua vida, necessitando

da assistência estatal para tanto, inaugurando a malfadada tutela orfanológica. Observe que a Lei de 1831 e o Decreto de 1833 se destinavam unicamente aos povos liberados da servidão iniciada nas guerras de 1808, não contemplando os indígenas que viviam em liberdade. Entretanto, os juristas da época acharam por bem enquadrar todo e qualquer “índio” sob a tutela orfanológica (Souza Filho, 2008, p. 94).

A Constituição do Império (1824) de início nada previu acerca dos povos indígenas, tendo, posteriormente, um Ato Adicional (1832) introduzido a competência do Governo quanto à catequização e civilização dos indígenas (art. 11, § 5º, da Lei nº 16, de 12 de agosto de 1832).

O Decreto nº 8.072/1910, responsável pela criação do SPI (Serviço de Proteção ao Índio)⁷, altera profundamente a política indigenista do País, deixando de lado as preocupações religiosas e substituindo a catequese por uma política integracionista, fundada na crença evolucionista da humanidade, em que a condição de “índio” seria algo “primitivo”, fadado à civilização, estágio mais “avançado” da evolução humana.

Acreditava-se que a “civilização” era o melhor para o “índio” e por ele desejada. Então toda a legislação brasileira a partir deste momento, até o período anterior à Constituição Federal de 1988, voltava-se à gradativa incorporação do indígena à civilização, o que fatalmente conduziria ao desaparecimento dos aborígenes do País. É o que a doutrina convencionou chamar de paradigma da assimilação cultural, ou paradigma assimilacionista, ou integracionista (Souza Filho, 1990, p. 161). A ideia era tornar o “índio” um autêntico cidadão brasileiro.

Neste particular, a criação do SPI baseava-se na política de integração dos povos indígenas à cultura nacional, na expectativa de suplantar as culturas indígenas “primitivas”. Observe que a dizimação da cultura indígena era, então, uma política oficial do Governo! Entretanto, e contraditoriamente, o diploma (Decreto nº 8.072/1910) previa a demarcação das Terras Indígenas (TI) (art. 11) e o respeito às terras, à organização interna, aos hábitos e às instituições das tribos (art. 2º, §§ 2º e 4º).

7 O SPI fora inicialmente designado Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, transformou-se simplesmente em SPI em 1918, era ligado ao Ministério da Agricultura, indústria e comércio, tendo sua direção conferida ao Marechal Candido Mariano Randon.

O Código Civil de 1916 (art. 6º, IV, e parágrafo único), preconizando a incapacidade civil relativa do indígena⁸, enquanto não integrados à civilização, criou o regime tutelar, a ser disciplinado em lei especial. Essa regulação se deu através do Decreto nº 5.484, de 27.06.1928, que, dentre outras coisas, previu a necessária representação dos “índios” pelo Estado (na figura do SPI) a fim de validar os atos por eles praticados, sob pena de nulidade. A incapacidade cessaria à medida que os aborígenes fossem se integrando à civilização (arts. 5º e 7º)⁹.

A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a tratar dos direitos indígenas, assegurando-lhes a posse de suas terras¹⁰ e atribuindo à União a competência para legislar acerca da incorporação do indígena à comunhão nacional¹¹. A Constituição de 1946 retoma o dispositivo, retirado na CF de 1937, que defere à União a competência para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional (art. 5º, XV, *r*), dispositivo este mantido nas Constituições de 1967 (art. 8º, XVII, *o*) e na Emenda nº 1, de 1969. Claro então, que a incorporação do indígena à cultura dominante tratava-se de política oficial do Governo brasileiro, assegurado em instrumento constitucional.

Foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que esse quadro se modificou, representando um marco decisivo para o direito indigenista do País, operando uma transformação sem precedentes no relacionamento povos indígenas-Estado brasileiro.

A novel Carta constitucional rompe definitivamente com o paradigma da assimilação cultural e civilização dos indígenas, estruturando um sólido sistema de proteção à diversidade cultural brasileira, valorizando os diversos grupos étnicos responsáveis pela construção do patrimônio cultural brasileiro. A partir de 1988, as preocupações do Estado não objetivam mais

8 Frise-se que, desde o início, Clovis Beviláqua, mentor do CC de 1916, fora veementemente contra ao regime tutelar instituído pelo diploma, uma vez tratar-se de instituto do direito de família, em nada compatível com a situação indígena, um universo jurídico aparte, que deveria ser regulado em legislação específica (Souza Filho, 2008, p. 98).

9 Inclusive, o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, que instituiu a Funai, estabelece a competência da Fundação para exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio.

10 “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

11 “Art. 5º Compete privativamente à União: [...] XIX – legislar sobre: [...] *m* – incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.”

a civilização e o engajamento dos indígenas à comunhão envolvente, mas sim a proteção de sua identidade cultural.

A Constituição de 1988 foi a primeira Carta brasileira a dedicar um capítulo¹² à regulação dos direitos e interesses indígenas, estruturando um sólido sistema de proteção à sua singularidade cultural, reconhecendo sua organização social, seus costumes, religião, línguas, crenças e tradições, assegurando-lhes o direito à reprodução física e cultural. Trocando em miúdos, a CF de 1988 garantiu ao “índio” o direito a ser “índio” e a continuar reproduzindo seu modo de vida particular, tal como sempre fez, vivendo seus costumes e tradições sem o fantasma da aculturação forçada (Souza Filho, 2008, p. 107).

A nossa Carta constitucional ainda estruturou uma seção dedicada à cultura (arts. 215 e 216), estendendo sua proteção às manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos formadores do processo civilizatório nacional, reconhecendo expressamente que as formas de expressão e manifestação cultural desses grupos consubstanciam o patrimônio cultural brasileiro, merecedor de proteção pelo Estado brasileiro.

A nova dogmática constitucional visa preservar a diversidade cultural do País, reconhecendo que o Brasil é uma nação multicultural e pluriétnica, formada por uma riquíssima variedade de populações tradicionais que merecem ter seu modo de vida secular e sua cultura singular preservados, uma vez que contribuíram, e ainda contribuem, para a formação da identidade do povo brasileiro (Santos Filho, 2006, p. 46).

Aliás, o reconhecimento de que compomos uma “sociedade pluralista e sem preconceitos” resta expressamente evidenciada em seu preâmbulo, que, apesar de desprovido de força normativa, possui uma incontestável função hermenêutica integradora do texto constitucional, revelando seus valores mais contundentes¹³. Assim, quilombolas, indígenas, seringueiros e toda uma sorte de populações que vivem um estilo de vida tradicional ganham espaço na tutela constitucional à diversidade cultural.

A Constituição de 1988 concedeu proteção às manifestações culturais dos afrodescendentes, incumbindo o Poder Público de proteger tais re-

12 Capítulo VIII, arts. 231-232, dentro do título VIII “Da Ordem Social”.

13 O papel do preâmbulo como instrumento de interpretação constitucional fora reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em sede da ADIn 2.649, Relatora Ministra Carmem Lúcia, julgamento em 08.05.2008.

ferências culturais¹⁴. A Constituição ainda atribuiu aos remanescentes das comunidades quilombolas o direito aos títulos de propriedade sobre os seus territórios¹⁵, conferindo, de forma inédita no Ordenamento Jurídico do País, proteção aos descendentes dos antigos escravos, deixados à margem das iniciativas governamentais desde a abolição da escravatura em 1888, quando os quilombos passaram da proibição a uma realidade simplesmente desconsiderada.

Ressalte-se que a CF, no § 5º do art. 216¹⁶, declara tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tendo, ainda, no *caput*, determinado que todos os bens de natureza material e imaterial portadores de referência às identidades, memórias e ações dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira constituem nosso patrimônio cultural.

Da mesma forma, reconhecendo a necessidade de preservação da diversidade étnica nacional, a Constituição Federal estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena, perfilhando, em seu art. 231 e parágrafos¹⁷, o direito dos povos indígenas em manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, além de resguardar os direitos originários¹⁸ sobre as terras que

14 “Art. 215. [...] § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. [...] Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico [...]”

15 Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

16 “Art. 216. [...] § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

17 “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes [...]”

18 A expressão “direitos originários sobre as terras que habitam” liga-se ao reconhecimento, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, da tradicional ocupação da terra pelos autóctones desde épocas imemoriais, que remontam à colonização do País, quando, em 1º de abril de 1680, o Alvará Régio os outorgou tal legitimidade. De lá para cá, a tendência nacional em todas as Constituições foi a manutenção do reconhecimento de que o direito da posse indígena sobre suas terras é congênito, restando o Alvará de 1680 ainda em vigor, posto que nunca fora revogado.

tradicionalmente ocupam, assegurando-os o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes.

A proteção constitucional às diversidades étnicas e culturais brasileiras vai mais além do que o simples reconhecimento da identidade cultural singular, garantindo aos membros de tais grupos sociais os mesmos direitos, deveres e oportunidades conferidas a qualquer cidadão brasileiro, dado que são integrantes do “povo brasileiro”, destinatários do rol de direitos e garantias fundamentais do ser humano, assegurados pelo Estado brasileiro a qualquer de seus membros, sem que o gozo desses direitos implique qualquer perda de identidade cultural ou prerrogativas inerentes à sua condição jurídica especial¹⁹.

Percebe-se, então, que o maior direito assegurado pela Constituição aos indígenas foi o direito a ser “índio”, reproduzindo sua cultura e tradições seculares, perpetuando²⁰ seu estilo de vida tradicional sem que isso acarrete qualquer prejuízo ao gozo de direitos enquanto membro do povo brasileiro (Santos Filho, 2006, p. 47). A CF de 1988, conforme veremos a seguir, consagrou a plena capacidade civil do indígena e, conseqüentemente, possibilitou sua participação e pertencimento à reprodução social. O indígena ganha, assim, cidadania.

2.2 A CAPACIDADE CIVIL INDÍGENA

A capacidade jurídica plena das pessoas naturais relaciona-se à possibilidade de adquirir direitos e assumir obrigações pessoalmente, sem a intervenção de quem quer que seja para tanto. Ensina-nos Nelson Rosendal (2010, p. 248) que a capacidade jurídica se divide em duas vertentes: a capacidade de direito (ou de gozo), relacionada à aptidão para titularizar relações jurídicas (ser sujeito de direitos), conferida a todas as pessoas naturais nascidas com vida; e a capacidade de fato (ou de exercício),

19 Neste particular, reza a Declaração da ONU sobre Povos Indígenas, de 2007, assinada pelo Brasil: “Artigo – 2 Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e pessoas e têm o direito a não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundado, em particular, em sua origem ou identidade indígena”.

20 Aqui abro um parêntese para esclarecer que a perpetuidade cultural não significa uma intangibilidade ou um *apartheid* cultural; a convivência, mistura e influência de culturas diversas sempre foi um fato histórico, responsável pela reprodução cultural e pelo enriquecimento humano. A proteção constitucional à identidade cultural indígena não almeja a estagnação e o engessamento de culturas milenares como se fossem um museu vivo, mas apenas livrar da interferência ruinosa com que o Estado brasileiro atuou sobre esses grupos forçando um choque cultural e uma dominação vertical. Liberta-se, enfim, o índio deixando que ele escolha o seu caminho.

correspondente à aptidão para, pessoalmente, praticar os atos da vida civil, exercendo, por si só, seus direitos (Gangliano; Pamplona, 2010, p. 132).

As limitações à capacidade jurídica das pessoas naturais se dão justamente por meio da capacidade de exercício, quando determinadas condições pessoais do indivíduo (orgânicas ou psicológicas) impedem a realização pessoal dos atos da vida civil, conduzindo à necessidade de integração dessa falta de capacidade de exercício, por meio dos institutos jurídicos da assistência e da representação. Dessa forma, a incapacidade civil seria a ausência da possibilidade de exercício dos próprios direitos por si só ou por procurador habilitado (dado que não teria capacidade para outorgar poderes de representação).

Pessoas com capacidade jurídica plena não necessitam ser assistidas ou representadas para que possam exercitar seus direitos. Já pessoas sem capacidade jurídica plena, muito embora possuam a capacidade de gozo, não poderão praticar sozinhas os atos da vida civil, sob pena de invalidade de tais atos. Vale dizer que as pessoas incapazes merecem um tratamento especial, em virtude de sua falta de compreensão total, ou relativa, dos atos da vida civil, de modo que essa incompreensão seja suprida, igualando-o aos sujeitos plenamente capazes.

É o Código Civil quem estabelece as limitações à capacidade de exercício das pessoas naturais, elencando, em seu art. 3º, os absolutamente incapazes, que precisam ser representados, e os relativamente incapazes (art. 4º), cuja incapacidade se circunscreve apenas a determinados atos, quando se faz necessária a assistência. Os atos praticados pelos absolutamente incapazes, sem a necessária representação, padece do vício da nulidade desde sua origem; já os atos praticados pelos relativamente incapazes sem a necessária assistência conduzem à anulabilidade de tais atos, desde que declarados pelo Poder Judiciário, em decisão com efeitos *ex nunc*.

Exposto os contornos gerais do instituto da capacidade civil das pessoas naturais, passemos à análise da capacidade civil dos indígenas.

Conforme demonstrado alhures, a política oficial de relacionamento entre o Estado brasileiro e seus indígenas sempre fora a dominação cultural, uma aculturação forçada. De início com finalidades religiosas, através da catequização, posteriormente por meio do processo de civilização. Tal opção política lançava seus reflexos em diversos aspectos jurídicos do direito indigenista:

Em primeiro lugar, fora responsável pela instituição da tutela-incapacidade²¹ do Estado sobre os indígenas existentes no território nacional. Compreendia-se que, sendo os “índios” uma categoria não civilizada, não pertencente ao processo de comunhão nacional, não possuiriam capacidade para gerir suas próprias vidas e a de seus bens, sendo, pois, incapazes frente à legislação civil, motivo pelo qual deveriam ser assistidos pelo Estado, na figura de um órgão especialíssimo, inicialmente o juiz de órfão, posteriormente o SPI (Sistema de Proteção ao Índio), substituído, finalmente, pela Funai (Fundação Nacional do Índio) em 1967.

A noção de tutela-incapacidade teve início com os Decretos de 03.06.1833 e 27.10.1831 (Brasil império), aliado ao Regulamento nº 143, de 15.03.1842, que criou o sistema da tutela orfanológica, atribuindo aos juízes de órfãos poderes especiais em relação à pessoa e aos bens dos “índios” (Miranda, 1994, p. 34), capaz de elidir, inclusive, o pátrio poder (atual poder familiar)²². Os juízes de órfão, além de poderes para gerir o patrimônio e a pessoa dos indígenas, possuíam atribuições jurisdicionais, de primeira e segunda instância, com poderes para conhecer e julgar as causas envolvendo questões indígenas.

O Decreto nº 426, de 24.07.1845, chamado de Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos “índios”, assim dispunha: “Art. 5º A capacidade, de fato, dos índios sofrerá restrições prescritas nesta lei, enquanto não se incorporarem eles à sociedade civilizada”²³.

O Código Civil de 1916 passa a determinar expressamente a incapacidade relativa dos “índios” para os atos da vida civil (art. 6º, IV), sujeitando-os ao regime tutelar, que deveria ser regulada em legislação específica, salientando que esta incapacidade cessaria à medida que fossem se adap-

21 Se faz de bom alvitre não confundir a tutela incapacidade – presente na legislação anterior e que não fora recepcionada pela novel Carta, por se arrimar no paradigma da assimilação cultural – com a tutela proteção, presente na CF, em seu art. 231, ao determinar o dever da União (na figura da Funai) de zelar pelos direitos e bens dos indígenas. Tivemos, assim, em 1988, a constitucionalização da tutela-proteção e abandono da tutela-incapacidade (Barreto, 2008, p. 42).

22 Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2008, p. 92) conta a triste história da índia Helena, que, considerada incapaz de gerir a própria vida apenas pelo fato de ser índia, perdeu a guarda de seu filho menor, Antônio Solimões, para um Juiz de Órfãos, em 25 de outubro de 1898, sob o argumento de que “era uma selvagem”, “não dominando o português” e, “como consequência, não poderia gerir a sua própria vida, muito menos a de seu filho”.

23 O citado Decreto criou nas Províncias o cargo de Diretor Geral de “Índios”, além do cargo de diretor de aldeia. Estes últimos possuíam competência para demarcar as terras indígenas, representar os “índios” na qualidade de procurador legal, passando, ainda, a deter as atribuições e poderes dos juízes de órfãos, com exceção da competência jurisdicional (Souza Filho, 2008, p. 96).

tando à civilização do País (parágrafo único). Esse novo regime tutelar não se confundia com a tutela orfanológica, dado que esta apresentava feição nitidamente privatista, arrimado em institutos do direito de família, sendo o tutor aquele que decide e administra os bens, enquanto que a tutela estabelecida pelo CC de 1916 possuía cunho publicista, relacionado a devida representação do Estado para dotar de validade os atos praticados pelos “índios”; o tutor seria aquele que assiste (Santos Filho, 2008, p. 101-105).

A regulação específica exigida pelo Estatuto civil veio em 1928, por meio do Decreto nº 5.484, que expressamente liberava os indígenas da tutela orfanológica vigente nas Ordenações do Reino, reputando nulos os atos praticados pelos “índios” sem a devida assistência do Estado, que na época se dava através do SPI. Frise-se que a extinção da tutela orfanológica pelo referido Decreto não afastou o equívoco da incapacidade civil.

Quando foi editado o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), revogando o Decreto nº 5.484/1928, fora mantido o regime tutelar previsto no CC de 1916, que tratava o indígena como relativamente incapaz²⁴, cessando a sua incapacidade à medida que fosse se adaptando à civilização do País, revelando a transitoriedade com que a condição indígena era tratada na época²⁵. Protegia-se para integrar, acreditando-se sinceramente que a integração fosse o melhor para o “índio”, e, uma vez integrado, o indígena deixaria de ser “índio” e perderia os direitos inerentes a essa condição²⁶.

Destaque-se que o EI condiciona, inclusive, o gozo de direitos civis e políticos pelos indígenas à integração deste à comunhão nacional (art. 5º, parágrafo único): “O exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente”. Esses requisitos não estão claros no diploma, o que nos leva a crer que sejam as condições necessárias para se obter a

24 Pablo Stolze Gangliana (2010, p. 144) defende que o regime tutelar estabelecido pelo estatuto do “índio” considerava o indígena absolutamente incapaz e que, tendo o Código Civil de 2002 deixado a regulação da capacidade civil indígena para a legislação especial, estando o EI em pleno vigor, vigoraria hoje a incapacidade absoluta dos aborígenes.

25 Lei nº 6.001/1973: “Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. [...] § 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas. Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente”.

26 Perceba que, uma vez integrados, os “índios” deixariam de ser “índios” e, conseqüentemente, suas terras deixariam de ser indígenas, o que fatalmente conduziria à sua reversão ao domínio público.

liberação do regime tutelar e aquisição da plena capacidade civil, conforme veremos adiante.

O El expressamente dividia os indígenas em “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”, de acordo com o grau de contato que mantivessem com a sociedade envolvente e conseqüente assimilação de seus hábitos, sendo certo que confere plena capacidade para os atos da vida civil apenas ao indígenas reconhecidamente integrados, mantendo sob o regime tutelar os ainda não integrados.

A liberação do regime tutelar dependia de solicitação do interessado junto ao órgão de assistência, dependendo de homologação judicial e do preenchimento dos seguintes requisitos (art. 9º): ser maior de 21 anos, ter conhecimento da língua portuguesa, ter habilitação para o exercício de atividade útil na comunhão nacional e razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional²⁷.

Saliente-se, ainda, que, ao definir a condição de “índio”, o El aduz, em seu art. 3º, que “é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”. Percebe-se, pois, que a qualidade de “índio” independe de sua relação com a sociedade envolvente, estando, por sua vez, intimamente correlacionada com sua ascendência genética e social, bem como com o vínculo de pertinência a uma determinada comunidade. Conclui-se, então, que pouco importa o grau de “integração” à sociedade “civilizada” para definir um indivíduo como indígena (Souza Filho, 2008, p. 115).

O interessante é que o próprio El afirma, em seu art. 1º, que “regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas”, com “o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (grifos nossos). Ora, o estatuto aduz ser seu objetivo integrar o indígena à comunhão nacional, ao mesmo tempo em que colima a preservação da singularidade cultural dos gentios; por óbvio se deduz, então, que, para se “civilizar”, não seria necessário que o “índio” abandonasse seus costumes e modo de vida.

27 A tutela do El conduziu a absurdos tamanhos que acabavam por justificar verdadeiros cerceamentos do direito à locomoção, como aconteceu com o cacique Mário Juruna, que, convidado no exterior, por entidades defensoras dos direitos humanos, para expor a situação indígena no Brasil, teve sua saída do País obstada pelo Ministro do Interior, então chefe hierárquico do presidente da Funai, tendo o caso ido parar no Judiciário, que, por fim, autorizou o líder indígena a sair do território brasileiro (Souza Filho. Op. cit., 2008, p. 105).

Aliás, em seu art. 4º, ao dividir os “índios” em isolados, em vias de integração e integrados, a referida lei salienta que, quando incorporados à comunhão nacional, obterão o pleno reconhecimento de seus direitos civis, mesmo que mantenham seus costumes, crenças e tradições²⁸. Dos referidos dispositivos depreende-se a convivência tranquila entre capacidade civil e manutenção da estrutura étnica-cultural histórica.

Dando ao dispositivos citados uma interpretação conforme à Constituição, a fim de mantê-los em vigor no Ordenamento Jurídico, temos que, abandonado o paradigma da assimilação pela novel Constituição, não há mais que se falar em necessária integração do indígena à comunhão nacional, como meio de alcançar a plenitude da capacidade civil, ao mesmo tempo em que a divisão dos “índios” entre integrados e não integrados perde sua utilidade, uma vez que todo “índio” é “índio”, independente do grau de relacionamento e intimidade que mantém com a sociedade não índia²⁹, mantendo todos os direitos inerentes a tal condição. Aliás, foi isso que o Estatuto do Índio salientou em seu art. 3º, ao delimitar o conceito de “índio” sem levar em consideração sua interação com a “civilização”, mas apenas sua ascendência e pertinência sociocultural.

Seguindo esse raciocínio, no famoso caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou no sentido de que a integração do indígena não faz cessar sua condição de “índio”, permanecendo os direitos inerentes a essa condição³⁰. A integração tem apenas o condão de afastar a necessidade de perícia a fim de averiguar a capacidade penal do indígena³¹.

28 “Art. 4º Os ‘índios’ são considerados: I – Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II – Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III – Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.” (grifos nossos)

29 PET 3388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, J. 19.03.2009, DJe-181.

30 PET 3388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, J. 19.03.2009, DJe-181.

31 De fato, julgados da Suprema Corte, bem como do Superior Tribunal de Justiça, apontam alguns elementos como identificador da aptidão do indígena para compreender a ilicitude de sua conduta, o que conduz à sua plena imputabilidade penal, apuráveis de pronto pelo Magistrado, sem a necessária realização de laudo antropológico, como grau de escolaridade, título de eleitor, liderança criminosa, habilitação para dirigir, dentre outros.

A partir de 5 de outubro de 1988, quando o “índio” no Brasil passou a ter o direito a ser “índio”, não há mais o que se falar em incapacidade civil³², primeiramente em virtude do abandono do paradigma assimilacionista em favor da garantia de reprodução étnica e cultural, restando garantido aos indígenas a manutenção de seu estilo de vida tradicional sem o fantasma da “assimilação”³³.

Em segundo lugar, por ser conferido aos indígenas, sem qualquer exigência adicional, todos os direitos fundamentais destinados a qualquer integrante do povo brasileiro, dentre eles a cidadania. Em terceiro, por não ter a novel Constituição exigido qualquer representação ou assistência a fim de legitimar os atos praticados pelos “índios”.

E finalmente, em face do art. 232, que assegura aos “índios”, suas comunidades e organizações legitimidade para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, não exigindo representação ou assistência de quem quer que seja³⁴.

Voltando à questão da capacidade civil, extrai-se do art. 7º do Código de Processo Civil que toda pessoa que se achar no exercício de seus direitos (capacidade de exercício!) tem capacidade para estar em juízo na defesa de

32 Registre-se que, em suas justificativas, o PL 2.057, voltado a regular o Estatuto das Sociedades Indígenas, ainda não aprovado pelo Congresso Nacional, expressamente abandona a concepção de incapacidade civil do indígena para compreendê-lo como apto plenamente ao exercício dos atos da vida civil.

33 Vide decisão do STJ neste sentido: “[...] Os instrumentos normativos e as Constituições anteriores à Carta de 1988 concebiam os índios como relativamente incapazes. A capacidade plena somente era adquirida conforme os autóctones adquirissem outros costumes, progredindo do seu estágio social para o estágio da ‘avançada civilização branca’. Por esta razão, estabeleciam que os índios deveriam ser incorporados à comunhão nacional, para assim serem reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis. Enquanto não incorporados à comunhão nacional, os indígenas permaneciam sob a tutela do órgão indigenista oficial – inicialmente o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e, posteriormente, a Fundação Nacional do Índio (Funai) – encarregado do auxílio no processo de assimilação dos índios pela sociedade nacional. [...] Com o advento da Constituição de 1988, este cenário alterou-se substancialmente. Isso porque restou reconhecida a diversidade cultural e importância da valorização da cultura dos grupos étnicos formadores da sociedade brasileira, dentre os quais se incluem os indígenas [...] *Na esteira do reconhecimento da diversidade cultural, aboliu-se a política integracionista das populações indígenas. A partir de 1988, não mais se pretende que os silvícolas percam as características, costumes, línguas e tradições que lhe são inerentes para serem incorporados a uma pretensa cultura nacional.* Inovou o texto constitucional também ao reconhecer, em seu art. 232, que os povos indígenas, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Ao reconhecer aos indígenas capacidade postulatória e, por consequência, capacidade civil, porque consoante se extrai do art. 7º do Código de Processo Civil, toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos, tem capacidade para estar em juízo – lógica segundo a qual ‘quem tem o mais, tem o menos’ –, restou extinto o instituto da tutela sobre os povos indígenas, porquanto não é possível conceber que a Funai administre os bens e responda pelos atos de quem tem plena capacidade civil. [...]” (REsp 1.026.942/SC, Relª Min. Denise Arruda, 03.02.2010 – grifos nossos).

34 “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

seus interesses³⁵. Partindo do pressuposto de que “quem pode o mais, pode o menos” – ou seja, se podem os indígenas estar em juízo sem a assistência do Estado é porque possuem capacidade para exercer, por si só, os atos da vida civil –, o STJ decidiu, em julgado recente, pela plena capacidade civil do indígena³⁶, uma vez que, não sendo permitido aos incapazes estar em juízo sem a devida representação, em possuindo os indígenas a prerrogativa de estar em juízo por si só, claro está sua plena capacidade civil (de exercício e de gozo).

O STJ, inclusive, se posicionou expressamente no sentido de que não cabe mais à Funai responder pelos atos praticados pelos indígenas que causem danos a terceiros, nem cabe-lhe mais tutelar seus bens, posto que são eles plenamente capazes para os atos da vida civil.

É bem verdade que o Código civil, em seu art. 4º, parágrafo único, deixou a regulação da capacidade civil dos indígenas para a legislação específica, o que conduz os intérpretes desavisados ao Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), por ser a lei de regência especial dos indígenas. No entanto, esquecem que o EI fora editado em momento anterior à promulgação da CF de 1988, quando ainda vigorava o malfadado paradigma da integração cultural, presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o período colonial e que fora suplantado apenas com a novel Constituição e seu paradigma da diversidade.

À guisa do exposto, tendo a CF de 1988 abandonado o modelo integracionista, temos que toda a legislação indigenista anterior a 5 de outubro de 1988 deverá ser interpretada segundo seus ditames e, em sendo contrária a ela, por óbvio, estará revogada por falta de recepção na nova Ordem Constitucional. Dessa forma, fácil concluir que diversos dispositivos do Estatuto do Índio, por estarem atrelados ao padrão assimilacionista, não foram recepcionados pela Constituição hodierna, não tendo, pois, qualquer aplicação (Santos Filho, 2006, p. 44).

Quanto à legislação especial destinada à regulação da capacidade civil dos “índios”, como exigiu o Código Civil de 2002, forçoso concluir pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, uma vez que a própria CF de

35 É de salientar que, fora as comunidades indígenas e suas organizações, também a União (através da Funai) e o *Parquet* possuem legitimidade para defender em juízo os interesses dos povos indígenas. A primeira em razão da tutela-proteção estabelecida no *caput* do art. 231; o segundo, em virtude do dever institucional previsto no art. 129, V.

36 STJ, RE 1.026.942/SC, Relª Denise Arruda, publ. 03.02.2010.

1988 não exigiu qualquer representação ou assistência aos povos indígenas para que estes possam estar em juízo, ou seja, reconhecendo sua capacidade civil plena, não poderia um Código, legislação infraconstitucional, impor restrições ao exercício da cidadania por quem não sofreu limitação pela própria Carta Constitucional. Compreender de outra forma seria um atropelo às decisões políticas e jurídicas assumidas pelo Constituinte de 88, numa flagrante inconstitucionalidade.

Percebe-se, pois, mais uma grande inovação perpetrada pela Constituição brasileira de 1988 no que tange ao direito indigenista pátrio, rompendo com uma tradição histórica de nossa legislação: a (in)capacidade civil dos indígenas. O art. 232 da CF inaugura uma nova fase do direito indigenista brasileiro, em que o “índio” não necessita mais se fazer representar por órgão estatal especial (hoje a Funai) para que os atos por ele praticados se revistam de legitimidade. A partir de 1988, o “índio” não só ganhou o direito constitucional a ser “índio” como também ganhou a plena capacidade civil para gerir sua própria vida e a de seus bens, ostentando, enfim, cidadania.

Ressalte-se que a capacidade civil é a regra, enquanto a incapacidade civil é a exceção, devendo ser estabelecida por lei justamente por afetar o pleno exercício dos direitos da personalidade da pessoa natural (Diniz, 2005, p. 148). No entanto, independente de existir regulação da matéria, o fato é que a própria Constituição não exigiu representação ou assistência para o exercício dos direitos conferidos aos povos indígenas.

Pelo contrário, possibilitou aos “índios” e suas organizações o ingresso no Judiciário sem a representação ou assistência de quem quer que seja. Se a própria CF não limitou a capacidade civil dos autóctones, não seria concebível que um ato normativo infraconstitucional o fizesse, dado que o ingresso de indígenas no Judiciário, por si só, fora opção do próprio constituinte originário, um direito da personalidade que não poderá ser limitado por norma hierarquicamente inferior.

Não se objetiva mais a incorporação do indígena ao nosso *modus vivendi*; pelo contrário, protege-se o direito à reprodução de seu estilo de vida tradicional sem que isso acarrete qualquer perda dos direitos conferidos a qualquer brasileiro. Não é mais necessário deixar de lado a condição de “índio” a fim de que se possa gozar das prerrogativas inerentes à cidadania. Cidadania e condição indígena não são mais qualidades excludentes, mas agregadoras.

Percebe-se, pois, que a Constituição de 1988 deu continuidade ao processo de ampliação e democratização da cidadania moderna, iniciada século passado, agregando ao processo de reprodução social as necessidades e reivindicações de uma parcela marginalizada da sociedade brasileira.

A reprodução física e cultural de grupos etnicamente diferenciados passa a ser reconhecida como direito fundamental dessas comunidades, um direito inarredável da materialização de sua dignidade humana, o que, por si só, já democratiza o conceito de cidadania. Indo mais além, a nossa Constituição funciona como verdadeira intermediadora da conflitiva reprodução social de nossa sociedade plural ao reconhecer direitos civis plenos aos indígenas, sem que seu exercício dependa da negação de sua identidade cultural. Agora o “índio” tem cidadania e continua a ser “índio”, numa ampliação inclusiva e emancipatória da cidadania moderna tal qual desenhada na Ordem constitucional brasileira.

CONCLUSÕES

Vimos que a manutenção da cidadania liberal burguesa, tal qual sua formatação originária, gerou uma “instabilidade” social dentro do modo de produção capitalista que acabou por conduzir à sua necessária remodelagem de modo a incluir as aspirações e reivindicações das classes não proprietárias. Assim, segmentos sociais marginalizados, os subalternos, passam a obter, paulatinamente, expressão política, adquirindo participação na vida política da Nação e na repartição dos frutos do trabalho, em um processo de ampliação da cidadania que permitiu a manutenção da hegemonia capitalista enquanto atendia às reivindicações sociais.

No Brasil, no que tange aos povos indígenas, essa ampliação da cidadania se deu por meio da Constituição Federal de 1988, após longo processo de lutas e reivindicações pela afirmação de sua identidade étnica e cultural diferenciada. Rompendo com uma tradição institucional de dominação intransigente e repressão cultural, a Constituição de 1988 reformulou o tratamento conferido pelo Estado brasileiro aos povos indígenas, possibilitando-lhes participação política e cidadania a partir da substituição do paradigma da integração forçada pelo da diversidade étnica e cultural.

Através da Constituição Federal de 1988, os povos indígenas passaram a ter assegurado seu direito fundamental à reprodução física e cultural, perpetuando suas tradições, costumes e religiosidade, sem que isso acarrete qualquer perda de direitos no cenário político e social do País. O “índio”

agora pode continuar sendo “índio” ao mesmo tempo em que é um cidadão brasileiro, ostentando todas as prerrogativas de qualquer das duas condições. Não precisa mais negar sua identidade cultural, se “integrando”, a fim de que usufrua de todas as prerrogativas conferidas a qualquer membro do povo brasileiro. Dentre os instrumentos constitucionais dedicados a promover essa ampliação da cidadania indígena, temos o reconhecimento de sua plena capacidade civil, rechaçando a mal fadada incapacidade indígena, presente no Ordenamento Jurídico Pátrio ao longo de cinco séculos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Haroldo. *Para além dos direitos – Cidadania e hegemonia no mundo moderno*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

BOTELHO, Marcos César. Os povos indígenas e o direito a terra: o Supremo tribunal Federal e o julgamento da demarcação da terra Raposa Serra do Sol. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BELINATI, Miguel (Coord.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. São Paulo: Boreal, p. 261-277, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do Poder Constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. *Fórum Administrativo – Direito Público – FADM*, Belo Horizonte, n. 7, a. 1, set. 2001.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais – Dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). Povos indígenas do Brasil. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/estatuto-do-Indio/introducao>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

_____. *Almanaque socioambiental – Parque Indígena do Xingu 50 anos*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

_____. Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos indígenas. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS SOBRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDIGENAS.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Índios do Brasil. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. O Brasil indígena. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-dez/pdf-brasil-ind.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019 e 25 nov. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil* – Parte geral. São Paulo: Saraiva, v. I, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

_____. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

_____. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madri: Marcial, p. 1-15, 2001.

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial, p. 63-115, 2001.

MALLMANN, Germene. As comunidades remanescentes de quilombo e o artigo 68 do ADCT: Propriedade da terra, reconhecimento e cidadania. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord.). *Revista Direito Brasileira (RDBras)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 1, n. 1, p. 265-290, jul./dez. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, A. Gursen de (Coord.). *O direito e o índio*. Belém: Cejup, 1994.

PIOVERSAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito civil* – Teoria geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Julianne Holder da Câmara. *A legitimidade do uso da terra indígena por não índios a partir do protagonismo dos povos indígenas*. Natal: Polimatia, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. O direito envergonhado – O direito e os índios no Brasil. *Revista IIDH*, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, v. 15, 1990. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06852-5.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

Sobre a autora:

Julianne Holder da Câmara Silva | E-mail: juholder@gmail.com

Professora Adjunta da UFERSA – Universidade Federal Rural do Semi-árido. Doutora em Direito Constitucional pela UNB – Universidade de Brasília. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Graduada pela UFRN.

Data de submissão: 22 de setembro de 2020.

Data do aceite: 17 de novembro de 2020.