

**COMUNIDADES INDÍGENAS NO BRASIL:
REFLEXÕES À LUZ DA TUTELA E
RESPONSABILIDADE CIVIL**
*TERRITORIAL DEMARCATION AND INDIGENOUS
COMMUNITIES: REFLECTIONS ABOUT CIVIL RESPONSIBILITY*

*Thaís Janaina Wenczenowicz*¹
UERGS

*Rodrigo Espíúca dos Anjos Siqueira*²
Faculdade Anglicana/Erechim-RS

RESUMO

O estudo da América Latina passa necessariamente pela análise das comunidades indígenas. Este estudo se propõe a analisar as comunidades indígenas no Brasil à luz da tutela e da responsabilidade civil dos indígenas no Brasil Contemporâneo. Enquanto procedimento metodológico utiliza-se do método bibliográfico-investigativo, acompanhado de documentos jurídicos como a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº143 de 25 de julho de 2002; a Declaração das Organizações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007); a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, ratificada pelo Congresso Nacional em dezembro de 2006, e promulgada no país pelo Decreto-Lei nº 6.177, de 1º de agosto de 2007; a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, ratificada pelo Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006; cartas e decretos da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) e a Constituição do Brasil de 1988. Para a comparação de dados e bases estatísticas emprega-se os indicadores da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o relatório *Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2015*, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi).

¹ Docente Ajunta e pesquisador sênior na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora colaboradora no PPGE/UNIOESTE e PPGD UNOESC/Campus Chapecó.

² Advogado, Mestre em Direito, Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* da Faculdade Anglicana de Erechim-RS, e da Faculdade Anglicana de Tapejara-RS.

PALAVRAS-CHAVE

Brasil; Comunidades Indígenas; Responsabilidade Civil; Tutela.

ABSTRACT

The study of Latin America necessarily involves the analysis of indigenous communities. This study proposes to analyze the indigenous communities in Brazil in the light of the tutelage and civil responsibility of the native peoples in Contemporary Brazil. As a methodological procedure, the bibliographic-investigative method is used, along with legal documents such as Convention 169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries of the International Labor Organization (ILO, 1989), ratified by Brazil through Decree No. 143 of 25 Of July 2002; The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UN, 2007); The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions of UNESCO, ratified by the National Congress in December 2006, and promulgated in the country by Decree-Law No. 6,177, of August 1, 2007; The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, ratified by Decree No. 5,753 of April 12, 2006; Letters and decrees of the Commission on Human and Minority Rights (CDHM) and the Brazilian Constitution of 1988. The indicators of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC) of the Brazilian Institute for Statistics and Geography (IBGE) and the report Violence Against Indigenous Peoples in Brazil - Data for 2015, published by the Indigenous Missionary Council (CIMI).

KEY WORDS

Indigenous Communities; Territorial Demarcation; Civil Responsibility

INTRODUÇÃO

É impossível analisar a história da América Latina e em especial do Brasil sem analisar a composição étnico-histórica. Dezenas de etnias povoaram e ocuparam as terras por séculos em regimes comunais. Os direitos das comunidades indígenas tem se construído nas últimas três décadas como resultado da evolução do Direito, das políticas públicas regionais, nacionais e internacionais, bem como pela organização dos indígenas, da sociedade civil e dos Estados.

No Brasil, os indígenas somavam 734.127 em 2000, segundo o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). Entre os censos de 1991 e 2000, o total dos que se declararam indígenas duplicou, indicando aumento anual de 10,8%, certa-

mente somando natalidade e pessoas que assumiram sua condição étnica negada por décadas. A maioria dessa população vive na Amazônia, e se salvou do genocídio devido à localização geográfica a qual viviam. Já os povos do litoral do sudeste brasileiro e de outros países, como os Estados Unidos não tiveram a oportunidade de manterem-se vivos ou em condições de dignidade humana.

Um quadro semelhante ao mundial e de vários outros países vivem os índios brasileiros, nas áreas de saúde, educação e direitos humanos, além da marginalização econômica e social. A situação mais grave ocorre no Mato Grosso do Sul, que tem fronteiras com Bolívia e Paraguai, onde especialmente o povo guarani kaiwoá enfrenta um permanente conflito com fazendeiros pela posse da terra, sofre assassinatos de seus líderes e jovens, numerosos suicídios de seus adolescentes, alcoolismo e fome.

O devido artigo tem por objetivo traçar elementos que discutam a responsabilidade civil nas comunidades indígenas no Brasil. O artigo divide-se em três partes e utiliza-se do método bibliográfico investigativo. A primeira parte apresenta breve análise da trajetória histórica das comunidades indígenas. A segunda parte traça os elementos componentes dos principais conceitos relativos à responsabilidade civil. A terceira e última parte discorre elementos acerca da Constituição de 1988 e sua relação com as comunidades nativas no Brasil.

1. SOBRE AS COMUNIDADES NATIVAS

Existem comunidades indígenas em todos os continentes: Américas, África, Ártico, Ásia e Pacífico. Nessa diversidade é difícil definir ou conceituar povos indígenas de forma unificada, já que são muitas culturas. No âmbito do Direito, costumeiramente se utiliza indicativos da Organização Internacional do Trabalho, Convenção nº 169, nos artigos 9 e 33:

1. a) *Los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;*

b) *Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales*

fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. *La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*

É ato repetitivo enquanto linguagem e memória construída, justificar a ocupação das Américas por base do conceito de *terra nullius* (literalmente, “terra de ninguém”, ou seja, ausência de população ou territórios habitados por “homens não civilizados ou incompetentes). Posteriormente, optou-se por explorar e aproveitar o trabalho dos indígenas e, anos mais tarde se utilizou do processo de desapropriação das terras. No fim do século XIX, a doutrina de *terra nullius* era justificada pelas necessidades da geopolítica e a expansão das fronteiras agrícolas e pecuárias, com campanhas militares que continuaram dizimando a população dos povos indígenas, especialmente na América Latina, a exemplo da Argentina e Chile.

Em meados do século XX, com os processos de colonização na Amazônia e outras “zonas periféricas” da região ocupou um lugar em um segundo ciclo de desterritorialização dos povos indígenas, com inúmeras consequências sobre a dignidade e sobrevivência dos grupos indígenas. Mais recentemente, o ciclo da pressão extrativista sobre os recursos

naturais por parte das empresas nacionais e transnacionais e a execução de grandes obras civis com impactos negativos sobre os ecossistemas irromperam com força inusitada em todo o continente, agravando o quadro histórico de empobrecimento, invisibilidade e vulnerabilidade. O último e mais recente ciclo, o da apropriação dos conhecimentos tradicionais,³ a biodiversidade associada a estes e os recursos genéticos, é o corolário desse extenso processo histórico de desapropriação dos povos indígenas da América Latina.

A busca incessante de sua sobrevivência e a de seus direitos promoveram nos povos indígenas diversos movimentos em busca de autodeterminação⁴ e reconhecimento de sua trajetória histórica. Este longo processo de reivindicações e reconhecimento resultou nas últimas décadas em um quadro de direitos que se fundamenta em dois grandes marcos: o Convênio sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989 (Núm. 169) da OIT, que reconhece pela primeira vez seus direitos coletivos, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), que propõe o direito desses povos à livre determinação.

³ A possibilidade de mercantilização desse aporte imaterial, que envolve um significativo conjunto de saberes desenvolvido secularmente pelas comunidades nativas em seu convívio com a fauna e a flora, passa a ser questionada frente a preceitos éticos que se levantam contra o comércio desenfreado de formas de vida e conhecimentos tradicionais, espelhando a preocupação com a conservação desse importante instrumento de contenção da erosão da biodiversidade e do movimento de hegemonização que suplanta a diversidade cultural.

⁴ Com relação à autodeterminação vista pelos grupos minoritários, resalto a posição dos representantes indígenas que compareceram a II Conferência Mundial de Direitos Humanos as Nações Unidas, em junho de 1993: [...] entendemos la libre determinación como el derecho que tienen nuestros pueblos a poseer, controlar, administrar y desarrollar un territorio – actual o ancestral – jurídicamente reconocido y respetado, dentro del cual un pueblo, sin ingerencia de ninguna especie, desarrolla, recrea y proyecta todos los aspectos de su cultura particular y específica. En esos territorios nuestros pueblos implementan su propio modelo y opción de desarrollo, según sus propias concepciones cosmogónico-filosóficas de la economía y de su relación con la naturaleza, controlando efectivamente, los recursos del suelo y del subsuelo.

Na América Latina, a Declaração adquire feição singular já que esta possui cerca de 45 milhões de indígenas em 826 comunidades que representam 8,3% da população, segundo revela o relatório Povos Indígenas na América Latina. (ONU, 2016)

Segundo a Cepal (2015), o número de 45 milhões de indígenas em 2010 representa aumento de 49,3% em dez anos. Em relatório de 2007, a Cepal estimou que havia 30 milhões de indígenas no ano de 2000 na América Latina, quando foram identificados 642 povos.

A Cepal atribui esse aumento à melhoria da informação estatística nos últimos anos e à maior autoidentificação por parte dos povos em sua luta por reconhecimento. O relatório também sinaliza que, dos 45 milhões de indígenas, 17 milhões vivem no México e 7 milhões, no Peru. Entretanto, os países com maior proporção de população indígena são Bolívia (62,2%), Guatemala (41%), Peru (24,0%) e México (15,1%). O Brasil, com 900 mil indígenas, tem o maior número de comunidades (305), seguido pela Colômbia (102), Peru (85), México (78) e Bolívia (39). De acordo com o estudo, muitas estão em perigo de desaparecimento físico ou cultural, como no Brasil (70 povos em risco), na Colômbia (35) e na Bolívia (13).⁵

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, datado de 16 de dezembro de 1966,⁶ na Parte I, artigo 1 atribui como autodeterminação dos povos que :

1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

⁵ A Cepal estima ainda que existem 200 povos indígenas em isolamento voluntário na Bolívia, no Brasil, na Colômbia, no Equador, no Paraguai, no Peru e na Venezuela.

⁶ No Brasil o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 49, § 2.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum poderá ser privado de seus meios de subsistência.

3. Os Estados-partes do presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITOS E REFLEXÕES

O Direito, como construto resultante da atividade humana e fenômeno histórico-cultural, tem como finalidade a busca da harmonização e ou pacificação social por meio de normas e técnicas na solução de conflitos. Por isto, o instituto da responsabilidade civil permeou a trajetória dos diversos grupos sociais no decorrer da história, sendo um conceito revisitado e ressignificado em função de tal premissa: ciclicidade humana.

A responsabilidade civil tem uma extensa e morosa evolução histórica. De forma geral, o dano causado pelo ilícito sempre foi analisado e combatido pelo Direito. O que se modificou ao longo da trajetória humana foi apenas a forma de ação contra os danos sofridos em decorrência de um ato praticado em descumprimento a um dever de conduta.

A expressão responsabilidade⁷ é utilizada em várias áreas do conhecimento e da ciência, possuindo significados diversos conforme o contexto. Segundo Abbagnano (2003, p. 855), no

⁷ Na seara do direito civil, o tema da responsabilidade integra o ramo do direito obrigacional, relativo ao dever, segundo o qual a conduta humana está vinculada ao seu fim, econômico ou social, e, na eventualidade do descumprimento da obrigação, surge, então, o dever de compensar o dano causado.

âmbito filosófico, responsabilidade é “a possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão [...]”. Conforme diz Stoco (2007, p. 111) a expressão “tanto pode ser sinônima de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico.”

Segundo Pontes de Miranda (1966, p. 3),

A expressão “responsabilidade” é suscetível de várias acepções. Uma delas, peculiar aos adeptos da doutrina do livre arbítrio, repugna à ciência. Outra, mais restrita, refere-se à distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica; é o critério dos psiquiatras e da antropologia criminal. Outra, finalmente, existe, que é rigorosamente sociológica, e constitui o objeto das nossas cogitações. As espécies sociais de responsabilidade não se confundem com os fatos e limites que interessam à psicologia normal e patológica, ou à antropologia criminal. A responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações da vida, porque também ela é fato social, sujeito as tentativas de caracterização e de exame em estado bruto, ou purificado de elementos que o obscureçam. Quando se pune o assassino ou o ladrão, ou a opinião pública se exalta contra o descaminhador de mulheres, ou a família afasta do seu seio o membro que a desonrou, tais julgamentos de responsabilidade são reflexos individuais, psicológicos, de fato exterior, social, objetivo, que é a relação de responsabilidade.

No tocante as comunidades indígenas, a responsabilidade está ligada ao processo de acesso ao sistema de justiça, já que há uma dimensão da estrutura social dos povos indígenas insistentemente invisibilizada. São centenas, milhares de anos desenvolvendo leis e mecanismos de aplicação delas para que invasores cheguem, e, simplesmente, desconsiderem tudo e queiram impor um sistema que, para eles, não faz o menor sentido. A tentativa de fazer valer as regras que criamos, segundo a nossa

cultura e nosso sistema político, para comunidades que tem seus próprios meios de regulação, pode se mostrar desastrosa.

A responsabilidade civil dos indígenas, calcada, sobretudo, na ideia de que a Fundação Nacional do Índio – FUNAI ainda tutela a pessoa do nativo e, portanto, estaria a responsabilidade fundamentada nos termos dos arts. 7º do Estatuto do Índio combinado com os arts. 932 e 933 do Código Civil assim indica:

Lei 6.001/73

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

Código Civil

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

2.1 A CAPACIDADE JURÍDICA DOS INDÍGENAS E O EXERCÍCIO DE DIREITOS

A estigmatização dos indígenas nas Américas acompanha a história do continente. De maneira geral, associam-se as minorias às vulnerabilidades e a minimização social e, por conseguinte se remete o cuidado dos vulneráveis à ideia de civilização. Assim, são

considerados civilizados os países que cuidam dos vulneráveis. Os estudos sobre minorias são vinculados, normalmente, aos processos de estigmatização e de discriminação. Esses temas – estigmatização e discriminação – apresentam uma dificuldade de imunidade e, quando associados às minorias, apresentam alguns traços comuns, como a transposição de ideias de um tema para outro e o mesmo processo de internalização; é um exemplo a discriminação sofrida por indígenas, mulheres, negros, dentre outros.

Segundo o Fórum Permanente das Nações Unidas para as questões indígenas (2013, p. 1):

Las actividades internacionales relativas a los pueblos indígenas también se han ampliado en órganos regionales de derechos humanos, como los sistemas africano e interamericano de derechos humanos, y se han incorporado en esferas del derecho y las políticas internacionales tan diversas como el medio ambiente (incluido el cambio climático), la propiedad intelectual y el comercio.

O Estado brasileiro reconhece e regula, desde os tempos do império luso-brasileiro, os direitos e interesses das comunidades indígenas, entretanto há debates e controvérsias jurídicas e sociais acerca do indígena e suas comunidades, suas propriedades e posses, bem como sua capacidade e autonomia, exercício livre de seus costumes, línguas, crenças e tradições, direito ao desenvolvimento humano.

O tratamento jurídico brasileiro conferido aos povos indígenas por muito tempo esteve atrelado à concepção de que estes constituíam entrave ao desenvolvimento nacional em razão de não se rederem aos objetivos políticos e econômicos predominantes. Ou seja, conforme o período histórico brasileiro observa-se que a legislação indígena ao invés de promover a tutela dos interesses das sociedades indígenas, se fundamenta basicamente na estigmatização destas, tratando-as de forma preconceituosa sem

se importar efetivamente no atendimento de suas necessidades, peculiaridade que esteve presente em todo o processo legislativo indigenista desde o período colonial até o século XX, no qual em 1988 a Constituição Federal promulgada rompeu com essa concepção até então adota. (SOUZA, 2011)

A partir do início do século XX, o Estado brasileiro assume a formulação e a execução da política indigenista e, conseqüentemente, a responsabilidade pelo trabalho de atração, pacificação e proteção dos povos indígenas. Primeiramente, foi criado o serviço de Proteção aos Índios (SPI), em 1910, e, em seu lugar, criada a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em 1967. Calcado no paradigma do contato como premissa de proteção, o SPI e a FUNAI definiram políticas cuja estratégia foi o estabelecimento de ações de “atração” na perspectiva da integração do indígena à comunidade nacional. (VAZ, 2011. p. 8)

No Brasil, das diversas Constituições outorgadas, somente no texto constitucional de 1934 surge uma política de tutela de direitos as comunidades indígenas. Essa tratava especialmente acerca da posse de terras ocupadas pelos nativos (artigo 154). Entretanto, o que se institucionalizou foi uma política de integração dos indígenas, ou seja, o modo próprio de organização, crença e costumes das populações tradicionais não constituía parte integrante da identidade nacional do país, devendo os integrantes destas populações se adequarem a um modelo de sociedade imposto, renegando suas identidades em nome de sua inserção à nação brasileira.

As Constituições de 1937⁸ e 1946⁹ reiteram o paradigma da integração. Segundo o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Medeiros Silva, o sentido da proteção constitucional do

⁸ Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas. (BRASIL, 1937).

⁹ Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem. (BRASIL, 1946)

texto de 1946 apresentava caráter declaratório, mantendo os silvícolas na posse das terras onde se acham permanentemente localizados, repetindo o pensamento expresso nas duas Constituições anteriores. Assim, definiu-se o direito dos índios sobre as terras por eles ocupadas, com raiz no instituto do indigenato, que apregoa o direito congênito e primário dos silvícolas sobre suas terras, independentemente de título ou reconhecimento formal (SANTOS FILHO, 2006.p. 42).

Já a Constituição de 1967 agregou ao direito de posse anteriormente garantido o usufruto dos recursos naturais e demais utilidades conforme o Artigo 186:

É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (BRASIL, 1967).

Nesse contexto, e, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, a disciplina constitucional da matéria ganhou novo ordenamento e assim se apresenta:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer

ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.¹⁰ (BRASIL, 1969)

. Outras relevantes inovações ainda podem ser destacadas na Emenda, como a inclusão das terras ocupadas pelos nativos entre os bens da União (art. 4º, IV), bem como a atribuição de competência, ao ente federal, para legislar sobre nacionalidade, cidadania, naturalização e, também, sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 8º, XVII, alínea “o”). Contudo, a normatização não extrapolava muito a questão das terras e, quando o fazia, reasentava a ideia de aculturação.¹¹

Esse ideário se perpetuou nas Constituições seguintes, impregnando inclusive textos e dispositivos infraconstitucionais voltados exclusivamente para tutela dos povos nativos, como o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) que logo em seu artigo 1º ao defender a preservação da cultura das comunidades indígenas defende, contraditoriamente, a integração progressiva e harmoniosa destas à comunhão nacional.

Vários foram os textos legislativos que se seguiram, porém destaca-se, frente à importância relativa a este trabalho:

- b) A lei federal n. 6001 de 19/12/1973, que dispõe sobre o estatuto do índio; e
- c) A Carta Política de 1988, por tratar da Constituição nacional que mais reconheceu e garantiu direitos aos povos indígenas.

¹⁰ Manteve-se a grafia original por opção da autora.

¹¹ Para esse artigo utiliza-se o conceito de aculturação referenciado por Alfredo Bosi, disponível no livro *Dialética da colonização*, o qual afirma que esse fenômeno provém do contato entre sociedades distintas e pode ocorrer em diferentes períodos históricos, dependendo apenas da existência do contato entre culturas diversas, constituindo-se, assim, um processo de sujeição social.

2.1.1 Estatuto do Índio: reflexões e historicidade

Denomina-se Estatuto do Índio a lei brasileira de número 6 001, que dispõe sobre as relações do estado e da sociedade com os povos indígenas. Essa lei entrou em vigor em 1973.¹² O Estatuto do Índio segue o mesmo conceito do Código Civil Brasileiro de 1916 e considera os povos indígenas como “relativamente capazes”, sendo tutelados por um órgão estatal. Atualmente, cabe à Fundação Nacional do Índio a tutela estatal. Em seu primeiro artigo, a lei estabelece que seu objetivo é integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva.

No quesito assistência ou tutela, o Capítulo II do Estatuto diz:

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se, no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal e 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.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da

¹² Acesso em http://www.funai.gov.br/quem/legislacao/estatuto_indio.html

capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I – idade mínima de 21 anos;

II – conhecimento da língua portuguesa;

III – habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV – razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional. (ESTATUTO DO ÍNDIO, 1973)¹³

Enquanto classificação dos indígenas, o artigo 4º do Estatuto do Índio classifica-os segundo seu grau de integração à sociedade da seguinte forma:

“I – Isolados- Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e

¹³ Diversas legislações podem ser encontradas no sítio <http://www.funai.gov.br/arquivos/Coletanea-da-Legislacao-Indigenista-Brasileira-2008>

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, conservem 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 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.”

Já o tema da responsabilidade civil do índio, calcada, sobretudo, na ideia de que a Fundação Nacional do índio – FUNAI ainda tutela as comunidades nativas, é dúbio e, portanto, a mesma estaria fundamentada nos termos dos arts. 7º do Estatuto do Índio combinado com os arts. 932 e 933 do Código Civil:

Código Civil

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Quanto à capacidade do nativo, o Código Civil (lei federal n. 10.406/2002) dispõe que esta será regulada por legislação especial, o que não se deu até os dias atuais. Assim, o Estatuto do Índio ainda regula o tema (arts. 7º ao 11), impondo aos indígenas e suas comunidades a tutela da Fundação Nacional do Índio

(FUNAI), fundação pública federal, com natureza jurídica de autarquia.

3 CONSTITUIÇÃO DE 1988: APONTAMENTOS REFLEXIVOS

A Constituição de 1988 apresenta um novo tratamento aos povos indígenas, pois reconhece sua identidade cultural própria e diferenciada (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), assegurando o direito de permanecerem como índios e explicita como direito originário (que antecede a criação do estado) o usufruto das terras que tradicionalmente ocupam. Segundo a constituição, cabe ao Estado zelar pelo reconhecimento destes direitos por parte da sociedade. O papel do Estado passa, então, da tutela de pessoas para a tutela de direitos.

Juliana Santilli (2005, p. 20) enfatiza que a inovação na legislação destaca-se essencialmente, ao reconhecer direitos coletivos a povos indígenas e quilombolas e assegurar-lhes direitos territoriais especiais, seguiu uma orientação claramente multicultural e pluriétnica. Afinal, rompendo com a tradição assimilacionista, assegurou aos índios o direito de permanecerem como tais, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

A Carta Magna de 1988, a qual dedicou um capítulo inteiro à temática indígena, indica através dos artigos 231 e 232 que:

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 im-

prescindíveis 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.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, 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, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

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. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988)

A Constituição Federal de 1988 explicita a opção pelo respeito à alteridade¹⁴ ao apontar textualmente, em seu artigo 231 que aos índios se reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. É visível a mudança de paradigma advinda da Constituição Federal de 1988, fruto da evolução da antropologia e das normas de direitos humanos no plano internacional. Segundo Anjos Filho:

A Constituição, adotando uma postura de respeito à diversidade cultural brasileira, assegura o direito de os índios serem e permanecerem diferentes, afastando a possibilidade de qualquer forma de discriminação, como decorrência direta da liberdade e da igualdade. É o princípio da proteção da identidade, já mencionado retro. Está constitucionalmente vedado qualquer entendimento jurídico que implique afirmar direta ou indiretamente a superioridade cultural da sociedade envolvente em relação aos grupos indígenas. Isso significa que o modo de ser e de viver dos índios deve ser respeitado e protegido, e não destruído,

¹⁴ Para esse artigo utiliza-se o conceito de alteridade e fraternidade segundo DEL PERCIO, Enrique. *Política o destino: cuestiones estratégicas em tempos de crisis*. 1ª. ed. Buenos Aires: udamericana: COPPAL, 2009 y DEL PERCIO, Enrique. *La condición social: consumo, poder y representación social em el capitalismo tardío*. 2.ed., Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010.

sendo-lhes garantido o pleno exercício dos seus direitos culturais. (ANJOS FILHO, 2009, p. 2.403-2.404).

Frente a esta mudança, tornou-se necessária a revisão do Estatuto do Índio. Neste sentido, foram apresentados na Câmara Federal três projetos de lei: um de autoria do Poder Executivo e outros dois de autoria de organizações não governamentais. A partir de 1992, criou-se, na câmara, uma comissão especial para examinar o assunto. Em junho de 1994, esta comissão aprovou um substitutivo que disciplina o Estatuto das Sociedades Indígenas. Entretanto, antes de seguir para o Senado, em dezembro do mesmo ano, após as eleições presidenciais, parlamentares entraram com um recurso para que o projeto fosse submetido ao plenário da Câmara. Desde então, encontra-se paralisado. A revisão do Estatuto do Índio é uma das principais demandas dos povos indígenas hoje no Brasil, ao lado da demarcação das suas terras.

É importante assinalar, que a Constituição Cidadã (1988) se beneficiou com base na incorporação de ajustes internacionais relativos à causa indígena, como: a Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto 2.519, de 16 de março de 1998, e a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, que dispõe acerca da autonomia dos povos indígenas.¹⁵

CONCLUSÃO

O histórico da legislação indigenista apresentado no decorrer desta análise demonstra que a questão indígena incidentalmente baseou-se na política integracionista e escravagista,

¹⁵ Art. 7º. 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

que almejava a assimilação das comunidades nativas deixando-os em condições de desigualdade e, por consequência não rompendo com a invisibilidade. O aparato jurídico teve como constante a discriminação dos povos indígenas e, com isso, relegou o índio a vulnerabilidades verificadas num contexto de desigualdade sociais.

À guisa de conclusão, pode-se apontar com base na legislação internacional que os indígenas possuem a mesma aptidão para exercer diretamente seus direitos e contrair obrigações que quaisquer outros cidadãos da sociedade nacional a que pertencem, podendo livremente praticar os atos da vida civil.

Do mesmo modo que podem livremente exercer direitos, devem estão dispostos a assumir com as obrigações decorrentes da vida em comunhão nacional, motivo pelo qual podem ser demandados em sede de ação de responsabilidade civil, não devendo a lide ser dirigida contra a FUNAI que, para o caso, será parte ilegítima, já que o Estado não pode ser responsabilizado por atos de pessoas estranhas aos seus quadros, ainda que indígenas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Arts. 231 e 232. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Forense, 2009.

BOSI, Ecléa. *Dialética da colonização*, São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

CEPAL. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. *Os Povos Indígenas na América Latina. Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos*. Nações Unidas: Impresso em Santiago, Chile, 2015.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas constituições jurídicas*, São Paulo: Saraiva, 2003.

DEL PERCIO, Enrique. *Política o destino: cuestiones estratégicas em tempos de crisis*, 1ª. ed. Buenos Aires: Sudamericana: COPPAL, 2009.

_____. *La condición social: consumo, poder y representación social em el capitalismo tardío*, 2.ed., Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*, Tomo LIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.

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

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

SEVILLA, Victor Rafael. *El Régimen de Excepción y los derechos Humanos Indígenas*, Caracas: Editorial Buchivacoa, 1997.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FONTES ELETRONICAS

BRASIL. *Constituição do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 03 de fev. de 2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 03 de dez. de 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 03 de dez. de 2016.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 03 de dez. de 2016.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 03 de dez. de 2016.

_____. *Constituição do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 03 de dez. de 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 03 de dez. de 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de dez. de 2016.

_____. *Lei Federal n. 5.371*, de 05 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5371.htm>. Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. *Lei Federal n. 6.001*, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre O Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 18 nov. 2016.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. *Coletânea da Legislação Indigenista Brasileira*. Brasília: Imprensa Oficial, 2010. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos>. Acesso em 18 de Nov. de 2016.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. *Estatísticas do Século XX*. Brasília, 2010.

OIT. Organização Internacional do Trabalho (OIT). *Convenio 169*. Disponível em: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/>. Acesso em 10 de dez. 2016.

ONU. *Los Pueblos Indigenas y el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Genebra: Folheto informativo N° 9/Rev.2. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications>. Acesso em: 05 de dez. 2016.

RONDON, Edson Benedito Filho. *Polícia e minorias: Estigmatização, desvio e discriminação*. Disponível em: <http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-6-2-Art4.pdf> Acesso em: 19 de dez. 2016.

SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/artigos>. Acesso em 05 de dez. 2016.

VAZ, Antenor. *Isolados No Brasil – Política de Estado: da tutela para a política de direitos – uma questão resolvida?*. Brasília: Estação Gráfica, 2011. Disponível em: http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications. Acesso em 09 de dez. de 2016.