

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

CARLOS EDUARDO DO NASCIMENTO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Yuri Nathan da Costa Lannes; Carlos Eduardo do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-592-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Esta questão suscitou intensos debates desde o início, com a abertura do evento no Complexo Pupileira, e no decorrer do evento com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que na Universidade ocorreram.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo”, realizado no dia 15 de junho de 2018, que passaram previamente por dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem pelo Brasil, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes. Dentre as temáticas, questões atinentes: à poliafetividade, às relações familiares, à responsabilidade civil, à personalidade, aos direitos reais e à tutela indígena.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC/Minas

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes – Mackenzie

Prof. Dr. Carlos Eduardo do Nascimento - UPM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TUTELA INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

THE INDIGENOUS GUARDIANSHIP IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Thomás Henrique Welter Ledesma

Resumo

O Estatuto do Índio estabelece que os índios, quanto ao grau de integração, poderão ser considerados isolados, em vias de integração e integrados. Esta classificação refere-se à necessidade, ou não, de presença da FUNAI, para validar os atos da vida civil praticados pelos índios. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a política integracionista, que fundamentou a elaboração do Estatuto do Índio, foi substituída pela interacionista, reconhecendo aos índios o direito de serem diferentes. Há divergência doutrinária sobre a recepção, ou não, do regime tutelar previsto no Estatuto do Índio.

Palavras-chave: Estatuto do índio, Índios, Integracionismo, Interacionismo, Tutela

Abstract/Resumen/Résumé

The Indian Statute establishes that the Indians, regarding the degree of integration, can be considered isolated, in the process of integration or integrated. This classification refers to the need, or not, for FUNAI's presence, to validate the acts of civil life practiced by the Indians. With the promulgation of the Republican Constitution, in 1988, the integrationist policy, which underpinned the elaboration of the Indian Statute, was replaced by the Interactionist, recognizing the Indians' right to be different. There is a doctrinal divergence regarding the reception, or not, of the tutelary regime provided for in the Indian Statute.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indian statute, Indians, Integrationism, Interactionism, Guardianship

1 INTRODUÇÃO

A (in)capacidade civil indígena é um tema com discussões relevantes dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Existem divergências, tanto na doutrina, como na jurisprudência, sobre a necessidade, ou não, da presença da FUNAI, para validar os atos da vida civil praticados pelos índios.

A metodologia utilizada para a elaboração deste estudo foi a hipotético-dedutiva, analisando-se os questionamentos doutrinários acerca da capacidade civil indígena. Como fonte para o presente artigo, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, verificando-se os posicionamentos doutrinários sobre o tema.

A divergência ocorre, uma vez que o Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73), baseado na classificação desenvolvida por Darcy Ribeiro, classifica os índios, quanto à integração, em três espécies: isolados; em vias de integração; e integrados.

Até a edição da Constituição Federal de 1988, vigorava no Brasil a política integracionista, que defendia uma homogeneidade cultural, não reconhecendo, aos índios, o direito a serem índios.

O integracionismo tinha como objetivo integrar, gradualmente, os índios à comunhão nacional, impondo-lhes os costumes, as culturas e as crenças da maioria. A condição de ser índio, no integracionismo, era transitória, pois sua finalidade era de adequá-los aos padrões sociais da maioria. Como consequência da política integracionista, havia uma presunção sobre os indígenas de incapacidade relativa, havendo necessidade da presença do órgão tutor (FUNAI), para a validação dos atos da vida civil por eles praticados.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu que a sociedade brasileira é, em sua natureza, plural, e, como consequência, garantiu aos índios o direito de serem diferentes, rompendo com a política integracionista e adotando a interação como paradigma.

Apesar do evidente avanço da Constituição Federal, no que tange ao tratamento dado pelo Estado aos índios, como não houve edição de norma posterior, há divergência quanto à permanência, ou não, da presunção de incapacidade relativa, já que o Estatuto do Índio foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

2 TEORIA GERAL DA INCAPACIDADE CIVIL

No ordenamento jurídico brasileiro, o nascimento confere ao sujeito a titularidade de direitos. A concessão de direitos é chamada de capacidade jurídica, inerente a qualquer ser humano.

O nascimento é um fato jurídico¹, pois confere personalidade jurídica ao ser humano². A aquisição da capacidade de direito é uma decorrência automática do nascimento com vida.

Waldomiro Vanelli Pinheiro (1997, p. 58) entende que, “nascido que seja o ser de uma mulher e que respire uma única vez, terá adquirido a personalidade, tornando-se sujeito de direitos e obrigações”.

Conforme Paulo Nader (2009, p. 151) “[...] basta ser ente humano para ser agente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil. Esta capacidade, portanto, é atributo essencial da personalidade humana [...]”.

Além da capacidade de direito, tem-se a capacidade de fato, que, ao contrário da primeira, não é indisponível, podendo sofrer limitações.

A capacidade de fato pode ser definida como “a aptidão para exercitar seus direitos” (NADER, 2009, p. 15), sendo concedida aos seres humanos conforme o seu grau de discernimento.

O ser humano que possuir todos os requisitos legais, no que tange ao discernimento, terá capacidade plena para a prática dos atos da vida civil. Aqueles que possuem discernimento limitado poderão ser considerados relativamente ou absolutamente incapazes.

A distinção entre as incapacidades absolutas e relativas refere-se ao grau de discernimento do sujeito, tendo em vista “a diversidade de condições pessoais dos incapazes e a maior ou menor profundidade da redução de discernimento” (PINHEIRO, 1997, p. 164).

O Código Civil brasileiro, em seus artigos 3º e 4º traz duas modalidades de incapacidade: a incapacidade civil absoluta; e a incapacidade civil relativa.

São considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, conforme estabelece o art. 3º do Código Civil. Os relativamente incapazes, nos termos do art. 4º do mesmo diploma, são: os ébrios eventuais e os viciados em tóxico; os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; os pródigos; e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Em seu parágrafo único, o art. 4º estabelece que “a capacidade dos indígenas será regulada por lei especial”.

O legislador civil remeteu ao Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73) a competência para regular a capacidade civil dos indígenas.

¹ Conforme Maria Helena Diniz (2010, p. 389), fato jurídico é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas jurídicas.

² Código Civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O Estatuto do Índio foi editado em 1973, influenciado pela política indigenista do regime militar e pelo Código Civil de 1916. Sua posterior recepção pela Constituição Federal acarretou problemas interpretativos, principalmente no que tange à capacidade civil dos indígenas.

3 A CAPACIDADE DOS INDÍGENAS NO ESTATUTO DO ÍNDIO

O Estatuto do Índio é a principal lei indigenista ainda em vigor. O instrumento regula a situação jurídica do índio e das comunidades indígenas, “com o propósito de preservar sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (art. 1º)” (VILLARES, 2009, p. 62). A capacidade civil dos indígenas é regulada art. 4º do Estatuto, que dispõe:

Art. 4º. Os índios são considerados:

I – Isolados – quando vivem em grupos desconhecidos ou de que 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.

A classificação dos índios em isolados não apresenta grandes dificuldades de compreensão, já que se refere àqueles que não possuem nenhum ou pouco contato com o restante da sociedade. Como, por exemplo, citam-se aqueles situados no Peru, que esporadicamente aparecem nas margens dos rios localizados no Parque Nacional do Manu e atiraram flechas contra turistas (CORTIJO, 2012).

Conforme Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Thais Luiza Colaço (2008, p. 352) a existência dos grupos de índios isolados não é novidade para a Fundação Nacional do Índio (FUNAI):

Existem registros de 68 tribos que ainda vivem isoladas no Brasil; 24 delas já foram confirmados. A maioria situa-se no Acre e no sul do Amazonas. São diversos grupos e/ou subgrupos indígenas que representam vários povos distintos, e que, por sua condição ímpar, constituem-se em um dos maiores patrimônios culturais da humanidade.

Os índios isolados têm, como característica principal, a preservação de sua cultura, sem influência dos demais grupos sociais. Esta classificação não impede que os índios já tenham tido contato com o restante da sociedade. Há registros de grupos indígenas que, após

terem contato com agentes da FUNAI, optaram por se isolar novamente. Como exemplo, os Hi-Merimã, que evitam, inclusive, contato com índios de outras tribos (Instituto socioambiental).

O contato de índios isolados com outras tribos pode acarretar em modificação da classificação, pelo Estatuto do Índio. Conforme será demonstrado, alguns grupos indígenas estão em maior interação com os demais setores da sociedade, recebendo influência em sua cultura. Entendemos que a preservação da cultura originária, com manutenção dos costumes, da forma de alimentação e das crenças, afigura-se como critério definidor fundamental na classificação trazida pelo Estatuto do Índio.

Os índios que possuem pouco ou nenhum contato com os demais grupos sociais, justamente em razão de seu isolamento, deverão ser classificados, nos termos do Código Civil, como absolutamente incapazes.

É de grande importância a preservação desses grupos de índios isolados, evitando-se, ao máximo, o contato, até mesmo por agentes da FUNAI. Porém, a opção pela interação, ou não, deve pertencer aos próprios índios, conforme a ideia de etnodesenvolvimento, abordada por Robério Nunes dos Anjos Filho (2012, p. 452):

[...] o paradigma do etnodesenvolvimento exige que as comunidades indígenas sejam gestoras efetivas do seu próprio desenvolvimento, bem como que possuam autonomia sobre suas terras e os recursos naturais nela existentes, definindo elas próprias os projetos a serem desenvolvidos à luz da sua cultura, dos seus valores e das suas aspirações.

Dentro da ideia de desenvolvimento, está incluída a interação com outros grupos tribais e setores da sociedade. Os índios isolados não podem ser privados deste contato, bem como também não podem ser obrigados a realizá-lo. A iniciativa para receber influências externas à aldeia e à sua comunidade deve partir dos próprios índios.

A classificação dos índios em isolados não apresenta grandes dificuldades, haja vista que são aqueles que preservam suas culturas originárias e possuem pouco, ou nenhum, contato com o restante da sociedade.

Em relação à definição dos índios como em vias de integração ou integrados, há uma maior dificuldade na distinção do caso concreto, pois, em algumas situações, o espaço para diferenciação é muito reduzido e subjetivo.

Os índios “em vias de integração” são aqueles que estão em grau intermediário da classificação, não estando mais isolados, porém que não sofreram um processo de aculturação total. O índio classificado como “em vias de integração” já possui contato com outros grupos sociais, sofrendo influência de suas culturas.

Em relação ao índio “integrado”, trata-se daquele que já sofreu um processo de aculturação total. Conforme Edilson Vitorelli Diniz Lima:

Grupos integrados na sociedade brasileira nacional, aqueles que, apesar de possuírem fortes relações com a sua identidade indígena, perderam a própria língua e outras características. Esses grupos possuem relação de dependência econômica com a sociedade não-índia, mas lutam para manter seus territórios remanescentes e o resto de sua indigenidade. (LIMA, 2011, p. 36)

Questionamento importante, no que tange ao índio classificado como integrado, refere-se à necessidade de preservação ou utilização da cultura de sua comunidade. É possível que um ser humano nasça em um centro urbano, sem nenhuma relação com a cultura indígena, e que seja considerado indígena?

O art. 3º do Estatuto estabelece que será considerado índio “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”.

Conforme Tatiana Azambuja Ujacow Martins:

[...] de acordo com o Estatuto do Índio, todo e qualquer indivíduo que se identifique ou seja identificado como pertencente a um grupo étnico que apresente características culturais diferentes das encontradas na sociedade nacional e que tenham origem e ascendência pré-colombiana, será considerado índio. (MARTINS, 2005, p. 96).

A definição de índio no Estatuto, conforme Helder Girão Barreto (2003, p. 3) é feita sob três critérios:

Genealógico, quando se refere à “origem e ascendência pré-colombiana”, cultural, aos mencionar “as características sociais que os distinguem da sociedade nacional”, e por fim, a pertença étnica, na expressão que se “identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”.

Apesar de o Estatuto do Índio estabelecer como requisito a presença de características culturais distintivas da sociedade nacional, para o sujeito ser classificado como índio, entendemos que tal exigência mostra-se retrógrada e pode, inclusive, acarretar na negativa das origens de ser humano com traços físicos indígenas, mas que não tem nenhuma influência cultural de seus ancestrais.

O art. 1º, 1, da Convenção da OIT nº 169, sobre Povos Indígenas e Tribais, possui critérios mais inclusivos no que tange à classificação das pessoas como indígenas:

A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for a situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

Na Convenção n.º 169, ainda há a possibilidade de autodeclaração como indígena: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção”.

Portanto, existem duas possibilidades de o sujeito ser considerado indígena: a partir da autodeclaração; ou quando possuam costumes e características dos povos originários. A FUNAI, a seu tempo, vem aceitando as duas formas de reconhecimento de indígenas.

Caso a autodeclaração não fosse admitida, uma pessoa nascida em um centro urbano, filho de indígenas, sem nenhum contato com sua tribo ou comunidade, poderia não ser classificada como índio.

O índio nascido distante de sua comunidade, por estar totalmente influenciado pelo restante da sociedade, deverá ser classificado, nos termos do Estatuto do Índio, como “integrado”.

A classificação dos índios trazida pelo Estatuto foi desenvolvida por Darcy Ribeiro e distingue os povos indígenas “pelo grau de contato com a sociedade circundante” (LIMA, 2011. p. 36).

Há que ser observado que o Estatuto do Índio foi elaborado em 1973, período em que em que a política adotada no Brasil era a integracionista. Com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, o integracionismo foi substituído pelo interacionismo, causando modificações no tratamento dado pelo Estado aos índios.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A TUTELA INDÍGENA

Com a edição da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança radical no tratamento dado pelo Estado brasileiro às populações indígenas. Conforme Hartmut-Emanuel Kayser:

A Constituição de 1988 apresenta, em comparação às constituições históricas do Brasil, que deram pouca atenção à questão indígena, não somente um número consideravelmente maior de normas sobre o Direito indígena, como também ela contém, com respeito a isto, principalmente, numerosas inovações de conteúdo e objetivos modificados. (KAYSER, 2010, p. 13).

A Constituição Federal de 1998 é reconhecida internacionalmente, como “um marco do direito constitucional indígena, por ter influenciado a concepção de várias Constituições americanas, como a da Colômbia, do México, do Paraguai, do Peru e da Bolívia” (SANTOS FILHO, 2008. p. 45).

O art. 231 da Constituição Federal assegurou aos índios o reconhecimento de “[...] 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”.

As conquistas alcançadas pelos índios, a partir da inserção de seus direitos no texto constitucional, decorreram de grande mobilização de setores específicos da sociedade. “Toda a modificação normativa, garantida na atual Constituição pátria, teria sido improvável sem a mobilização dos povos indígenas e de suas organizações, acompanhadas de apoio de entidades civis e religiosas” (DORNELLES, BRUM e VERONESE, 2017, p. 37).

Do extenso rol de direitos garantidos aos povos indígenas, decorreu-se implicitamente a adoção da teoria do multiculturalismo e o conseqüente rompimento com a teoria integracionista, que era aplicada no Brasil desde o Regimento Tomé de Souza, de 17 de dezembro de 1548, considerada por Harmut Emanuel Kayser como grande marco do direito indígena (2010, p. 105).

4.1 A CONVERSÃO DA TUTELA INDÍGENA: DO INTEGRACIONISMO PARA O INTERACIONISMO.

O Estatuto do Índio adotou a teoria integracionista, conforme pode ser extraído da leitura do seu art. 1º: “Esta Lei 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”.

Como pôde ser observado, a intenção era a de integração do índio à comunhão nacional. A partir da leitura do artigo acima mencionado, verifica-se que os índios não eram considerados partes da comunhão nacional, pois seus costumes, culturas e crenças não eram reconhecidos pelo restante da sociedade.

Sobre o integracionismo, discorre Edilson Vitorelli Diniz Lima:

De acordo com o princípio integracionista, os índios são indivíduos não evoluídos, membros de populações em um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional (art. 1º da OIT

107/53), ou seja, são um nível inicial do processo de evolução comparados com a sociedade não-índia, pelo que o Estado tem a responsabilidade de buscar sua integração a esta, de forma a possibilitar-lhes o desenvolvimento. (LIMA, 2011. p. 17-18).

Não se aceitava, no momento da edição do Estatuto do Índio, a heterogeneidade; por este motivo, o objetivo da União era de integrar os índios, impondo-lhes e adequando-os à cultura da população dominante.

Tal objetivo da União fica claro quando o Ministro do Interior, no Governo Geisel, Maurício Rangel Reis, informou que “haveria um esforço coletivo concentrado entre os ministérios federais, para reduzir o número de índios existentes no Brasil. No prazo de trinta anos, todos estariam integrados” (DOS SANTOS in KAYSER, 2010, p. 209).

Porém, a política integracionista era duramente criticada, principalmente pelos irmãos Cláudio e Orlando Villas Boas, que tiveram a iniciativa de organizarem o Parque Nacional do Xingu, protegendo 15 (quinze) povos indígenas ameaçados de extinção. Para eles, os índios “poderiam viver apenas com suas próprias culturas, não necessitando da intervenção do restante da sociedade” (KAYSER, 2010, p. 209-210).

A política integracionista gerou consequências para os povos indígenas, pois, como não havia reconhecimento de sua cultura originária, a União intervinha diretamente nas comunidades indígenas, impondo costumes, tradições e crenças majoritários.

Tatiana Azambuja Ujacow Martins descreve os efeitos do integracionismo para as populações indígenas:

Embasados na crença de somente ser possível salvar os índios pela conquista de novas gerações e revelando absoluto menosprezo pelo que isso representava para os pais índios, os missionários tomavam-lhes os filhos e os conduziam para suas escolas. Os resultados desse procedimento nunca foram os esperados. O que ocorria, na realidade, é que apenas se privava o jovem índio da oportunidade de iniciar-se em novas técnicas e tradições tribais, as únicas que realmente poderiam dar uma contribuição efetiva para a vida adulta. (MARTINS, 2005, p. 79).

A política integracionista prejudicou o desenvolvimento dos próprios índios, bem como foi responsável pela supressão de tribos indígenas, que, após passarem a ser consideradas integradas, perderam os seus traços culturais.

Outro aspecto de extrema relevância, no que tange à política integracionista, refere-se à tutela indígena. Diante da necessidade de integração, a regra, até a edição da Constituição de 1988, era de que os índios eram incapazes para a prática de atos da vida civil, devendo ser tutelados.

A tutela dos índios é de responsabilidade da FUNAI. Nos termos do art. 2º, I, do Anexo I, do Decreto nº 9.010, de 23 de março de 2017 (Estatuto da FUNAI): “A FUNAI tem por finalidade proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União”. O § 2º do art. 7º do Estatuto do Índio estabelece que “Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas”.

A FUNAI foi criada em substituição ao Serviço de Proteção ao Índio, extinto após “um processo de decadência administrativa, fruto de corrupção, de uso indevido das terras indígenas e suas utilidades, de venda de “atestado de inexistência de índios”, que possibilitava e legitimava a usurpação de terras” (SOUZA FILHO, 1998, p. 89-90).

Conforme já demonstrado, o art. 4º do Estatuto do Índio classificou os índios quanto ao grau de integração, justamente por não serem considerados integrados. Dos três graus de integração (isolados, em vias de integração e integrados), apenas aqueles classificados como “integrados” não estariam sob a tutela da FUNAI.

Em relação aos índios “isolados” e “em vias de integração”, estariam sob a tutela da FUNAI, por haver uma presunção relativa de que não possuíam o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil. Dispõe o art. 7º do Estatuto do Índio: “Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei”.

Qualquer ato que fosse praticado pelos índios “isolados” e “em vias de integração”, com pessoas estranhas à sua comunidade, seria considerado nulo, caso não fossem assistidos pelo órgão tutelar competente (Art. 8º do Estatuto do Índio³).

As regulamentações sobre a tutela do Estatuto do Índio são provisórias, pois, de acordo com a Lei, “os índios têm a possibilidade de obter a liberação e de adquirir capacidade civil plena” (KAYSER, 2010, p. 287).

Os índios que habitavam comunidades indígenas, para que fossem considerados integrados, deveriam requerer, junto ao juízo competente, sua emancipação, nos termos do art. 9º do Estatuto do Índio:

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

³ 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. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

Caso ausentes os requisitos do art. 9º do Estatuto do Índio, a emancipação não poderia ser concedida ao índio requerente, necessitando da assistência da FUNAI, para validar todos os atos civis que viesse a praticar.

O Estatuto do Índio, para Carlos Frederico Marés Souza Filho “[...] é um retrocesso do ponto de vista teórico em relação à tutela, pois recria a ideia de emancipação [...]” (1998, p. 103).

Sobre o regime tutelar previsto no Estatuto do Índio, Helder Girão Barreto entende que “[...] até que houvesse a integração, o índio era visto como um ser inferior. Após a integração, deixaria de ser considerado índio e não necessitaria mais da tutela da FUNAI” (BARRETO, 2011, p. 34).

Conforme já exposto, com a promulgação da Constituição de 1988, houve o rompimento com a política integracionista, sendo adotado o paradigma interacionista, que reconheceu o direito dos índios em serem diferentes do restante da comunhão nacional. Entende-se que, com a adoção do interacionismo, houve uma completa ruptura com o regime tutelar trazido pelo Estatuto do Índio.

4.2 A TUTELA DO ÍNDIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme já exposto, a promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova etapa do Direito Indígena. A política integracionista, que estabelecia que o índio deveria ser integrado à comunhão nacional, por ser diferente, foi substituída pelo interacionismo.

A política interacionista não determina a integração dos índios. Pelo contrário, os considera como atores de uma sociedade multicultural, reconhecendo que são povos diferentes e que, por isso, devem ser protegidos.

A política interacionista decorreu da adoção da Teoria do Multiculturalismo, pela Constituição Federal de 1988, que, apesar de não estar prevista expressamente, pode ser extraída da leitura do 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.

“O integracionismo tinha como ideia a de que ser índio era uma condição transitória, enquanto o interacionismo reconheceu o direito à diferença, ou seja, de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente” (SOUZA FILHO, 2008, p. 46)

Após a edição da Constituição de 1998, os grupos étnicos são reconhecidos como tais pelo direito e “ [...] deverão ter suas culturas protegidas e seus direitos assegurados, devendo-se abandonar qualquer ideia de integração forçada a uma unicidade étnica ou cultural” (VILLARES, 2009, p. 17).

Sobre a Constituição Federal e os direitos dos povos indígenas, discorre Luiz Fernando Villares:

O ordenamento passa, então, a reconhecer os povos indígenas enquanto tais, dotados de culturas, organizações sociais, línguas, religiões, modos de vida, visões de mundo, peculiaridades a cada grupo ou povo. Abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que os índios são seres humanos com uma cultura inferior, primitiva, de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira condena-os à civilização ocidental e à conseqüente perda de sua identidade indígena. (VILLARES, 2009, p. 17).

Conforme Luiz Edson Fachin, é certo que “A Carta Constitucional, em sua breve análise da matéria, refundou as bases do relacionamento do Estado com os povos indígenas. Restou revista a tônica da tratativa legal indigenista que até então era a da integração” (FACHIN, 2008, p. 173).

Com o rompimento da política integracionista e a conseqüente consideração de que os índios não precisam mais ser integrados à comunhão nacional, já que o fato de serem diferentes não gera uma inferioridade social, o regime tutelar estabelecido pelo Estatuto do Índio foi modificado.

Antes da edição da Constituição Federal de 1988, apenas os índios considerados “integrados” não estavam sob a tutela da FUNAI, enquanto aqueles classificados como “em vias de integração” e “isolados” não poderiam praticar qualquer ato da vida civil sem a presença do órgão tutor, sob pena de nulidade.

Na política integracionista, havia uma presunção de incapacidade dos indígenas, pois o grau de capacidade era medido conforma a integração à comunhão nacional, desconsiderando totalmente os seus costumes originários.

Apesar da recepção do Estatuto do Índio, pela Constituição Federal de 1988, questionamentos surgem quando se questiona qual o grau de (in)capacidade dos indígenas e se o regime tutelar da FUNAI continua se aplicando.

Conforme Luiz Fernando Villares (2009, p. 61), “A questão da incapacidade é polêmica e não tem um tratamento unânime pela doutrina, havendo divergência quanto à receptividade ou não da presunção de incapacidade”.

Sobre o tema Tatiana Azambuja Ujacow Martins:

[...] sobre a questão da capacidade do índio existem hoje duas correntes: uma corrente defende a tutela-incapacidade, portanto remete ao Estatuto do Índio essa questão; outra corrente, que é a predominante, considera que não há que se falar em tutela-incapacidade, mas tutela-proteção dos direitos e garantias constitucionais. (MARTINS, 2005, p. 91).

Luiz Felipe Bruno Lobo admite “a relativa incapacidade prevista no Estatuto do Índio” (LOBO apud VILLARES, 2009, p. 61). Já para Edilson Vitorelli Diniz Lima, “[...] com o advento da Constituição de 1988, é possível concluir, por interpretação, que se concedeu ao índio plena capacidade civil” (LIMA, 2011, p. 52).

Na opinião de Luiz Fernando Villares, o índio “[...] tem capacidade plena, reconhecida constitucionalmente, mas que o instituto da tutela, tratado em separado da capacidade, como sempre deveria ter sido, continua a existir” (VILLARES, 2009, p. 61).

O tema relativo à recepção, ou não, da incapacidade prevista no Estatuto do Índio também gera divergência jurisprudencial. Por exemplo, no REsp 20050093181, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 2005, ou seja, após a vigência da Constituição Federal, os índios integrados não se submetem ao regime tutelar, enquanto o TRF1, na AC 199834000188003, decidiu que a FUNAI responde pelos danos causados por grupos de índios a terceiros, justamente em razão da tutela que exerce sobre os índios (LIMA, 2011, p. 52-53).

O tema relativo à tutela dos índios está longe de ser pacificado. Porém, mais adequado seria interpretar o instituto da tutela sob a ótica da Constituição Federal de 1988, que rompeu com o integracionismo, e reconheceu aos índios o direito a serem diferentes.

O interacionismo equiparou os índios a qualquer outro cidadão brasileiro. Conforme o Código Civil, a regra é que todos os sujeitos são capazes para a prática dos atos da vida civil. Como não vige mais a política integracionista, não há que se falar em incapacidade.

Em algumas situações específicas, como, por exemplo, relações que envolvem índios classificados como “isolados”, a presença da FUNAI seria indispensável, justamente pelo fato desconhecerem os costumes do restante da sociedade. Neste caso, a presença da FUNAI figuraria como um instrumento de garantia.

Porém, em relação aos índios classificados pelo Estatuto do Índio como “integrados” e “em vias de integração”, entende-se pela presunção de capacidade, assim como ocorre com qualquer ser humano.

Nada impede que, na análise do caso concreto, o Ministério Público e a FUNAI requisitem ao juiz que o índio seja considerado incapaz. Obviamente, tal situação dependerá das condições de assimilação e conhecimento do índio.

Entende-se que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, a FUNAI deverá continuar tutelando todos os povos indígenas, independentemente da classificação prevista no art. 4º do Estatuto do Índio.

A manutenção da tutela deverá ocorrer, não em razão da existência de presunção de incapacidade, como determinada o paradigma integracionista, mas, sim, em razão da grande importância histórica e cultural que os povos indígenas representam para o Estado brasileiro.

Não se trata de uma tutela para validar a prática dos atos da vida civil dos índios, ou determinar as suas condutas, mas, sim, com a finalidade de garantir-lhes todos os direitos previstos pelo art. 231 da Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar a controvérsia existente, no que tange à capacidade civil dos indígenas, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o conseqüente rompimento com a política integracionista.

A Constituição Federal de 1988 é considerada como um grande marco para o direito constitucional indigenista, servindo, inclusive, como modelo para demais países latinos americanos.

Com o afastamento do paradigma integracionista, entende-se que a presunção de incapacidade relativa sobre os índios, prevista no Estatuto do Índio, deve ser afastada e substituída pela presunção de capacidade, regra no ordenamento jurídico brasileiro.

Os critérios utilizados para avaliação da integração, pelo Estatuto do Índio, eram analisados sob o aspecto do grau de influência que o índio tinha da comunhão nacional. Ser índio era uma condição transitória, pois o objetivo do Estado era alcançar uma homogeneidade cultural.

Os índios que preservavam suas culturas originárias não poderiam praticar atos da vida civil sem a presença da FUNAI, órgão responsável pela tutela. Com o advento da Constituição Federal de 1988, rompeu-se com o integracionismo, e os índios passaram a ser considerados participantes da sociedade brasileira. Foi-lhes reconhecido o direito de ser índios, de ser diferentes.

Com a consideração do índio como parte pluralidade social do Brasil, a interpretação não poderia ser outra, senão a da presunção de capacidade, regra do Código Civil, que se aplica a todos os cidadãos brasileiros.

A FUNAI deve estar presente na prática dos atos da vida civil apenas daqueles índios que, em razão de seu isolamento e da falta de conhecimento sobre as demais variantes da cultura brasileira, poderiam ser prejudicados.

Não compete mais à FUNAI o papel de integrar o índio, mas, sim, de garantir todos os direitos previstos no art. 231 da Constituição Federal, que auxiliam no seu desenvolvimento, proteção e direito de ser índio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes. O etnodesenvolvimento indígena e a convenção 169 da OIT. P. 447-479 In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. DIMOULIS, Dimitri (coord).. **Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 24 mar. 2018.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 20, de 1965. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_107.html> Acesso em 24 mar. 2018.

BRASIL. Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm> Acesso 24 mar. 2018.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 24 mar. 2018.

CORTIJO, Diego. Tribo recém descoberta atiram flechas em turistas. Matéria publicada em 31 jan. 2012. **Jornal O GLOBO**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/tribo-recem-descoberta-atira-flechas-contratistas-3813122>> Acesso em 24 mar. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires. BRUM, Fabiano Prado de. VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil: (in)Visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. O dever de indenizar os ocupantes de terras indígenas: análise da proposta de Emenda à Constituição 409 de 2001. p. 169-182. In: BORGES DA SILVA, Letícia. CELSO DE OLIVEIRA, Paulo. **Socioambientalismo uma realidade: Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2008.

Instituto Socioambiental. Índios isolados. Disponível em <<https://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quem-sao/Indios-isolados>> Acesso em 24 mar. 2018.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil:** Desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do Índio:** Lei nº 6.001/1973. Salvador: JusPodivm, 2011.

MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. **Direito ao Pão Novo:** O Princípio da Dignidade Humana e a Efetivação do Direito Indígena. São Paulo: Pillares, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:** parte geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 151.

PINHEIRO, Waldomiro Vanelli. **Teoria Geral do Direito Civil.** Frederico Westphalen: URI, 1997.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista.** Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** Curitiba: Juruá, 1998.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. COLAÇO, Thais Luzia. Globalização, Direitos Humanos e comunidades indígenas isoladas: a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o diálogo intercultural. p. 345-363. FOLMANN, Melissa. ANNONI, Daniele. **Direitos Humanos:** Os 60 anos da Declaração Universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2008.

TRIBO recém descoberta atiram flechas em turistas. O Globo. Matéria publicada em 31 jan. 2012. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/tribo-recem-descoberta-atira-flechas-contratistas-3813122>> Acesso em 24 mar. 2018.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009.