
**INTEGRAÇÃO DO INDÍO À SOCIEDADE:
TENTATIVA DE “DESINDIANIZAÇÃO” OU FIXAÇÃO DE
CRITÉRIOS PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS?**

THE INTEGRATION OF THE INDIAN INTO SOCIETY: ATTEMPT TO
“DESINDIANIZAÇÃO” OR ESTABLISHMENT OF CRITERIA FOR THE EXERCISE OF
RIGHTS?

Jacqueline Malta SALIM

Rafael Tomaz de OLIVEIRA

RESUMO:

Até que ponto a integração do índio à sociedade nacional, questão crucial da tradição assimilacionista secular, influencia no exercício de direitos atribuídos pelo ordenamento jurídico pátrio aos indígenas? Qual o papel dos Tribunais na interpretação dos dispositivos constitucionais e legais a fim de conferir proteção aos índios e às comunidades indígenas, uma minoria que exige uma tutela estatal protetiva, e, ao mesmo tempo, garantir a isonomia de direitos e deveres entre os cidadãos brasileiros, dentre os quais se incluem os índios. Estas indagações constituem o alicerce deste estudo, que pretende demonstrar a evolução legislativa, bem como o funcionamento das instituições político-jurídicas de tutela dos indígenas no País, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu um novo paradigma de proteção aos povos indígenas, atribuindo-lhes uma série de direitos específicos apenas em razão de sua condição jurídica de índios. A atual Carta Política recepcionou sua cultura e formas de organização social, além de assegurar os meios para sua existência digna. Por outro lado, nosso ordenamento ainda exige a integração do índio para o exercício de alguns direitos civis, bem como para a sujeição a deveres, em especial, a responsabilidade penal. No entanto, a tendência é que a integração, neste aspecto, seja vista mais como um modo de proteção a um grupo vulnerável do que uma tentativa de assimilação cultural de uma minoria por um grupo social hegemônico na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE:

Índio. Direitos de minoria. Assimilacionismo cultural. Direitos fundamentais indígenas.

· Discente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da UNAERP. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PROSUP) (Ribeirão Preto/SP/Brasil). E-mail:

· Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). (Ribeirão Preto/SP/Brasil). E-mail: rafael_81oliveira@hotmail.com

ABSTRACT:

To what extent would the integration of the Indian into the national society, crucial issue of secular assimilationist tradition, be influencing the exercise of rights granted by the Brazilian legal system to indigenous? What is the role of the courts in the interpretation of constitutional and legal clauses in order to give protection to the Indians and indigenous communities, a minority that requires a protective state custody, and, at the same time, ensuring equality of rights and duties among Brazilian citizens, including the Indians? These questions constitute the basic element of reflection in this article, which aims to demonstrate the legislation development process, as well as the functioning of political and legal institutions of Indian tutelage in the country, until the promulgation of the Federal Constitution (on 1988), which established a new paradigm for the protection of indigenous peoples, assigning them a series of specific rights only because of their legal status as Indians. The current Charter Policy hosted their culture and forms of social organization, and ensure the means for a dignified existence. On the other hand, our law also requires the integration of the Indian for the exercise of some civil rights, as well as placing under duties, in particular, the criminal liability. However, the trend is that integration, in this regard, be seen more as a way of protecting a vulnerable group than an attempt at cultural assimilation of a minority by a hegemonic social group in society.

KEYWORDS:

Indian. Minority rights. Cultural assimilationism. Indigenous fundamental rights.

INTRODUÇÃO

No último censo demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, foram registrados 896,9 mil indígenas, sendo 817,9 mil declarados no quesito **cor ou raça** e 78,9 mil que se declararam de **outra cor ou raça** (principalmente pardos, num total de 67,5%), mas que residiam em terras indígenas e se consideravam índios em razão de aspectos como tradições, costumes, cultura e antepassados. Este percentual de índios correspondia a, aproximadamente, 0,47% da população total do País.

Foram constatadas, ainda, 305 etnias, falantes de 272 línguas, distribuídas em 505 terras indígenas, que equivalem a 12,5% do território brasileiro (cerca de 106,7 milhões de hectares), com significativa concentração na Amazônia Legal (a maior parte desta população, cerca de 572.083 índios, vive em áreas rurais). Dado curioso é que, mesmo nas terras

indígenas, ocas e malocas não eram muitos comuns; em apenas 2,9% das terras, todos os domicílios eram deste tipo e, em 58,7% das terras, elas não foram observadas.

Diante destes dados significativos, indaga-se: **mas, afinal, quem é o índio no Brasil?** Antes de discorrermos sobre o embate entre a arcaica postura assimilacionista, de “desindianização”, e o novo paradigma constitucional de tutela dos indígenas, é preciso determinar quem são os sujeitos do conjunto de direitos a eles atribuídos. Apesar de a resposta parecer simples, ao menos no imaginário popular, ser índio “não é uma questão de cocar de pena, urucum e arco e flecha, algo de aparente e evidente e nesse sentido estereotipificante, mas sim uma questão de ‘estado de espírito’. Um modo de ser e não um modo de aparecer.” (CASTRO, 2005, s.p.). Deste modo, pretendemos identificar não apenas o conceito legal de índio e de comunidade indígena, como também dar-lhes um significado mais condizente com a realidade social e jurídica desta vulnerável parcela da população brasileira.

Em seguida, far-se-á um breve retrospecto histórico da tutela dos índios no Brasil, voltando a análise para a evolução legislativa de temas ligados à política indigenista, em especial, ao tratamento dispensado aos índios ao longo das Constituições pátrias. Destacar-se-á, ainda, a adoção pelo País de normas internacionais de proteção aos indígenas por meio da adesão à Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, embora não fosse a instância mais adequada, tratou de regular questões ligadas aos povos tribais e indígenas dos países signatários.

A análise das Cartas Políticas anteriores ao atual texto constitucional evidencia a política estatal discriminatória, ora assimilacionista, ora paternalista, de tratamento do índio como um **subcidadão**, do qual era exigido um **aculturamento** para que pudesse usufruir de todos os direitos fundamentais atribuídos aos demais nacionais. A Constituição Federal de 1988 rompe com esta tradição, equiparando os índios aos demais cidadãos, além de atribuir especificamente a eles uma série de direitos fundamentais, em razão de sua condição jurídica, conforme veremos ao longo deste trabalho. Dentre eles, merece destaque o **indigenato**, que assegurou aos índios e às comunidades indígenas o reconhecimento de seus direitos originários sobre as terras que ocupavam.

Ao lado dos direitos fundamentais assegurados aos indígenas, existem, também, direitos e deveres infraconstitucionais que, ao contrário dos primeiros, exigem o cumprimento de certas condições. Deste modo, discorrer-se-á sobre a capacidade do índio para o exercício dos atos da vida civil, traçando um paralelo entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, a fim de determinar a qual regime jurídico estará sujeito o indígena: o tutelar, previsto na legislação

especial, ou o civil. Abordar-se-á, ainda, os requisitos legais para a emancipação do índio e da comunidade indígena, assim como a capacidade processual individual e coletiva para a defesa de seus interesses e direitos, sempre mediante a intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os atos do processo.

Por derradeiro, mostra-se oportuna a discussão acerca de certos aspectos da tutela penal do índio: temas, como a imputabilidade penal do índio e a competência para processar e julgar crimes envolvendo índios, seja na condição de sujeitos ativos, ou na condição de sujeitos passivos, serão esclarecidos na parte final do trabalho. Com isso, pretendemos esclarecer até que ponto a integração dos indígenas é requisito necessário para a fruição de direitos e em qual medida ela se torna um instrumento de proteção aos índios e às comunidades indígenas em vez de um instrumento de dominação de um grupo hegemônico sobre uma minoria da população.

1. O CONCEITO DE ÍNDIO E DE COMUNIDADE INDÍGENA

O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) define **índio** ou **silvícola** como 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;” (art. 3º, I).

Primeiramente, a denominação **índio**, ainda que provenha de um equívoco de Cristóvão Colombo (1436-1506) que, tendo chegado às Américas, julgou estar na Índia, é de uso corrente na linguagem para designar os nativos do continente americano¹. Já o termo **silvícola**, que se refere a “quem nasce ou vive nas selvas”, também utilizado pelo Código Civil de 1916, deve ser evitado para se referir aos índios, pois nem todos os homens não adaptados à civilização ou não inseridos na massa populacional urbana serão considerados índios (é o caso dos membros de comunidades extrativistas tradicionais, que não são, necessariamente, índios).

O Estatuto do Índio também prescreve o que entende por **comunidade indígena ou grupo tribal**: “É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.” (art. 3º, II). E continua no artigo seguinte:

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.

Além da confusão feita pelo legislador ao caracterizar a comunidade indígena como um subgrupo de si mesma (comunidades índias), percebe-se aí um problema mais grave: a tentativa de integração e assimilação das populações indígenas pelo Estado da sociedade dominante. O desaparecimento dos povos indígenas era visto como uma contingência histórica e o objetivo da política indigenista da ditadura militar, época em que o Estatuto foi promulgado, era gerenciar tal tendência vista como inexorável, de modo a liberar o Estado do encargo de tutelar os índios e assegurar a posse de suas terras.

Explicaremos melhor: se uma das condições para a existência de comunidade indígena é que seja formada por famílias índias não integradas em setores da comunhão nacional, não seria, portanto, considerada comunidade indígena aquela composta por índios integrados à sociedade nacional (*i.e.*, emancipados), ainda que preenchessem os requisitos do inciso I do artigo 3º do Estatuto do Índio! Chegaríamos ao paradoxo de ter uma comunidade de índios não reconhecida juridicamente como indígena²!

Segundo o antropólogo Eduardo Viveiro de Castro (2005, s.p.), o intuito do legislador, durante o regime autoritarista, de **desindianizar** uma porção das comunidades indígenas, na verdade, terminou por **reindianizá-las**, pois **desinvisibilizou** os índios, que eram virtualmente inexistentes como atores políticos nas décadas de 1960 e 1970. As lideranças indígenas começaram, então, a se articular para reivindicar direitos essenciais à manutenção de seu modo de vida e cultura, que corriam o sério risco de serem extintos. Este longo processo culminou no reconhecimento constitucional de um *status* diferenciado e permanente do índio, que passou de **objeto** de tutela protetiva estatal à condição de **sujeito de direitos**.

A atual Constituição rompeu com a tradição assimilacionista, de **desindianização**, não só ao dedicar um de seus capítulos à disciplina dos direitos dos povos indígenas (Capítulo VIII, do Título VIII), mas também ao assegurar a pluralidade do Estado brasileiro sob a perspectiva étnica e cultural, com o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos

R. Fac. Dir. UFG, v. 39, n.2, p. 144-175, jul. / dez. 2015 ISSN 0101-7187

de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), e de garantir o respeito à dignidade de todas as pessoas (art. 1º, III)³.

Os reflexos desta mudança social, política e jurídica podem ser medidos em números: segundo a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), com base em informações coletadas nos censos realizados pelo IBGE em 1991 e em 2000, o contingente de brasileiros que se considerava indígena cresceu 150% na década de 1990, de modo que o ritmo de crescimento destas comunidades foi seis vezes maior que o da população em geral. Houve um aumento anual de 10,8% da população indígena, a maior taxa de crescimento dentre todas as categorias, quando a média total de crescimento da população brasileira foi de 1,6%.

Não podemos ignorar esta postura de retorno à identidade étnica e cultural do indígena, assegurada pelo atual texto constitucional, o que nos leva a repensar as definições de índio e de comunidade indígena consignadas no vetusto Estatuto do Índio, a fim de torná-las compatíveis com os dispositivos constitucionais e, também, mais coerentes com a nossa realidade social.

Neste sentido, apresentamos os conceitos elaborados por Eduardo Viveiro de Castro (2005, s.p), que considera índio “qualquer membro de uma comunidade indígena, reconhecido por ela como tal” e comunidade indígena “toda comunidade fundada em relações de parentesco ou vizinhança entre seus membros, que mantém laços histórico-culturais com as organizações indígenas pré-colombianas.”

O antropólogo descarta a origem e a ascendência pré-colombiana, previstas no conceito legal de índio, uma vez que dificilmente serão comprovadas por instrumentos probatórios hábeis, o que leva à sua mera presunção. As relações de parentesco ou vizinhança que constituem as comunidades indígenas incluem as relações de afinidade, de filiação adotiva e de parentesco ritual ou religioso, que são definidas de acordo com a concepção própria da comunidade acerca dos vínculos interpessoais fundamentais. Com isto, evita-se uma definição genética ou genealógica, até porque há muitos casamentos interétnicos e interraciais atualmente, e contemplam-se, ainda, as dimensões translocais de uma comunidade, isto é, sua base territorial não precisa estar concentrada em certa terra indígena ou em área contínua, ao contrário, pode ser dispersa, pois é índio quem se considera índio e, ao mesmo tempo, é considerado pelos demais como membro da comunidade indígena.

Por sua vez, os laços histórico-culturais com as organizações sociais pré-colombianas compreendem três dimensões – a **histórica**, a **cultural** e a **sociopolítica** – que são suficientes *per si* para caracterizá-los, ou seja, basta que uma delas esteja presente e não,

necessariamente, todas as dimensões. Nas palavras do referido autor, cada dimensão (histórica, cultural e sociopolítica) corresponde, respectivamente, à:

- a) A continuidade da presente implantação territorial da comunidade em relação à situação existente no período pré-colombiano. Tal continuidade inclui, em particular, a derivação da situação presente a partir de determinações ou contingências impostas pelos poderes coloniais ou nacionais no passado, tais como migrações forçadas, descimentos, reduções, aldeamentos e demais medidas de assimilação e oclusão étnicas;
- b) A orientação positiva e ativa do grupo face a discursos e práticas comunitários derivados do fundo cultural ameríndio, e concebidos como patrimônio relevante do grupo. Em vista dos processos de destruição, redução e oclusão cultural associados à situação evocada no item anterior, tais discursos e práticas não são necessariamente aqueles específicos da área cultural (no sentido histórico-etnológico) onde se acha hoje a comunidade;
- c) A decisão, seja ela manifesta ou simplesmente presumida, da comunidade de se constituir como entidade socialmente diferenciada dentro da comunhão nacional, com autonomia para estatuir e deliberar sobre sua composição (modos de recrutamento e critérios de inclusão de seus membros) e negócios internos (governança comunitária, formas de ocupação do território, regime de intercâmbio com a sociedade envolvente), bem como de definir suas modalidades próprias de reprodução simbólica e material. (CASTRO, 2005, s.p).

Do exposto, podemos concluir que a definição de índio implica numa **autoidentificação**⁴ do indivíduo como tal e **heteroidentificação** pelos demais membros da comunidade, independentemente da pessoa estar integrada à comunhão nacional, ou seja, os índios em processo de aculturação devem ser considerados índios para o fim de proteção constitucional⁵, pois o que o qualifica o indivíduo é o sentimento de pertinência a determinada coletividade indígena e a aceitação por parte dela.

A comunidade indígena, por sua vez, fundamenta-se em relações mais alargadas de parentesco ou vizinhança entre pessoas que mantêm vínculos com as organizações indígenas pré-colombianas, seja em razão de fatores históricos (como a continuidade da fixação em determinado território), culturais (em virtude dos rituais, mitos e outras orientações positivas do grupo em relação aos produtos característicos da vida comunitária) ou sociopolíticos (pelo fato de se constituírem como coletividades socialmente diferenciadas da comunhão nacional e terem autonomia para se autogovernarem).

2. EVOLUÇÃO DA TUTELA LEGAL DOS ÍNDIOS NO BRASIL

A primeira política pública direcionada aos índios, no Estado brasileiro, foi a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais
R. Fac. Dir. UFG, v. 39, n.2, p. 144-175, jul. / dez. 2015

(SPILTN), por meio do Decreto n. 8.072/1910, que visava integrar a população indígena à massa proletária rural e urbana. Nítida, portanto, a visão assimilacionista do Estado, que considerava a condição de índio um **estado transitório** até a integração do indivíduo à massa de trabalhadores da sociedade dominante. Após oito anos, o SPILTN foi desmembrado em Serviço de Proteção ao Índio (SPI)⁶ e Localização de Trabalhadores Nacionais (LTN), embora fosse mantido o intuito paternalista das políticas estatais indigenistas.

O Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/1916), por conseguinte, estabeleceu a incapacidade relativa dos índios (os quais denominou **silvícolas**) em seu art. 6º, inciso III, sujeitando-os ao regime tutelar a cargo do SPI, estabelecido em leis especiais (neste caso, o Decreto n. 5.484/1928, que regulava a situação dos índios nascidos no território nacional). Prescrevia o parágrafo único do referido artigo que a tutela cessaria à medida que os silvícolas fossem se adaptando à civilização do País. Mais uma vez, percebe-se a ideologia da inexorável integração dos povos indígenas à sociedade nacional.

Na década de 1940, foi instituído, junto ao SPI, o Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI), por meio do Decreto n. 1.794/1939, no qual antropólogos de renome deram início à reformulação das políticas indigenistas brasileiras, com o propósito de diminuir as práticas assimilacionistas e paternalistas, a fim de valorizar o modo de vida e a cultura destes povos. Entretanto, sob acusações de genocídio, corrupção e ineficiência, o SPI foi investigado por uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e extinto em 1967, juntamente com o CNPI. Em seu lugar, criou-se outro órgão – a Fundação Nacional do Índio (FUNAI)⁷, por meio da Lei n. 5.371/1967, vinculada ao Ministério da Justiça, que se tornou responsável por coordenar e executar a política indigenista do Governo Federal.

Pouco tempo depois, foi promulgado o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973), em que, pela primeira vez, é registrado como um princípio jurídico a preservação da cultura das comunidades indígenas (art. 1º), ainda que a lei mencione seu intuito de integrá-las “progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. No parágrafo único do art. 1º do Estatuto, estende-se aos índios e às comunidades indígenas a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, e, ainda, se resguarda os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares de tutela protetiva previstas naquela lei⁸. Houve, assim, o reconhecimento de que os índios são cidadãos brasileiros, aplicando-lhes as normas relativas à nacionalidade e à cidadania, porém o exercício dos direitos civis e políticos dependia da verificação das condições especiais

estabelecidas no próprio Estatuto e na legislação pertinente (art. 5º e parágrafo único da Lei n. 6.001/1973), conforme veremos adiante.

A primeira Constituição brasileira a dispor sobre a situação jurídica dos indígenas foi a de 1934: em seu art. 5º, atribuía competência privativa à União para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (XIX, alínea *m*), e, no art. 129, assim prescrevia: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

As Constituições de 1937 e 1946 não trouxeram inovações sobre o assunto, repetindo disposições anteriores; já a Constituição de 1967 incluiu entre os bens da União as terras ocupadas pelos índios (art. 4º, IV), assegurando-lhes a posse permanente das terras que habitam e reconhecendo o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (art. 186). Atribuiu, ainda, competência à União para legislar sobre a **incorporação dos silvícolas à comunhão nacional** (art. 8º, inciso XVII, alínea *o*), sendo todas estas disposições mantidas pela Emenda Constitucional n. 01, de 1969.

No entanto, foi a Constituição Federal de 1988 a mais inovadora e abrangente, não apenas em razão da quantidade de direitos atribuídos aos índios, mas, principalmente, por tratá-los de modo mais favorável a seus próprios interesses em vez de tentar trazê-los para o seio da **sociedade civilizada**. Os direitos indígenas, considerados transitórios, até que seus titulares se tornassem cidadãos capazes segundo a lei civil, transformaram-se em direitos permanentes, decorrentes de uma situação jurídica igualmente permanente – a condição de índio. Assim:

A partir de 1988, os povos indígenas passam a ter reconhecidas coletivamente suas culturas e formas de organização social como legítimas perante o ordenamento jurídico brasileiro. Este avanço exclui os povos indígenas da marginalização da lei; a norma constitucional recepciona os sistemas tradicionais indígenas e todas as relações sociais que tais sistemas importam como legítimos perante a sociedade brasileira (BAPTISTA, 2002, p. 175).

Os povos passam, então, a ter assegurado o direito de manter suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições, sem a necessidade de adaptarem suas estruturas sociais às normas preconizadas pelo Direito estatal. O reconhecimento à diferença e à identidade foi crucial para uma mudança de paradigmas em nosso sistema jurídico, para que o índio pudesse novamente ter orgulho de ser índio!

Por fim, outro importante instrumento de proteção aos direitos indígenas é a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais (1989), aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002 e promulgada pela Presidência da República, através do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. A Convenção aplica-se a povos que são considerados indígenas pelo fato de seus habitantes descenderem de povos da mesma região geográfica que viviam no país na época da conquista ou no período da colonização e de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas⁹.

A autoidentidade indígena ou tribal é uma inovação do instrumento, que a instituiu como critério subjetivo, mas fundamental para a definição dos povos sujeitos da Convenção, isto é, nenhum Estado ou grupo social tem o direito de negar a identidade a um povo indígena ou tribal que, como tal, ele próprio se reconheça. Por outro lado, a norma proíbe que alguém seja identificado como índio, independentemente de sua vontade e de seu autorreconhecimento.

3. DIREITOS INDÍGENAS FUNDAMENTAIS

Nas Cartas Políticas anteriores, não era reconhecido aos povos indígenas o direito à manutenção de seu modo particular de vida, pois sua cultura era considerada atrasada (resquício do pensamento colonizador europeu) e deveria ser substituída pela cultura ocidental, mais evoluída e consistente. O índio era considerado um ser segregado da comunhão nacional e, por isso, todos os diplomas legislativos buscavam integrá-los por meio de sua progressiva transformação em **branco**. Apenas deste modo, ele poderia usufruir os direitos garantidos a todos os cidadãos brasileiros:

O índio é visto, em nossa tradição constitucional, como um coabitante do país, mas, efetivamente, não é um nacional. Pior, não é sequer estrangeiro, pois aos estrangeiros residentes sempre foram reconhecidos todos os direitos fundamentais do homem. Jamais se exigiu que um estrangeiro se “aculturasse”, para ter direitos sobre os seus filhos e bens, por exemplo. Paternalisticamente, as Constituições reconheceram a existência dos índios para negar-lhes o direito à diferença e aniquilá-los em suas identidades fundamentais (ANTUNES, 2012, p. 1091).

À época da Assembleia Constituinte de 1988, conta Carlos Frederico Marés (2002, p. 21-53) que um grupo de índios de diversas nações e regiões se mobilizou para garantir que ali estivessem inscritos os direitos de todos os povos que viviam no Brasil. A articulação resultou na consagração de um capítulo específico da Carta Política aos direitos indígenas (Capítulo VIII, do Título VIII), além de outros referidos em dispositivos constitucionais dispersos, conforme veremos a seguir.

Os índios são brasileiros natos, nos termos do art. 12, I, alínea *a*, 1ª parte da Constituição e, por este motivo, lhes são assegurados todos os direitos e deveres atribuídos aos demais brasileiros, no que não colidir com a legislação protetiva especial. As terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas integram o conjunto de bens da União (art. 20, XI), sendo de sua competência privativa legislar sobre as populações indígenas (art. 22, XIV).

Ao Congresso Nacional compete exclusivamente dispor sobre a autorização, a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos e a lavra de riquezas minerais nas terras indígenas (art. 49, XVI), mediante decreto-legislativo, independentemente de sanção do Presidente da República (art. 48). A nosso ver, este dispositivo constitucional poderia ser usado contrariamente aos interesses das comunidades indígenas, pressionando-as para atenderem a interesses escusos de grupos que pretendam atuar nessas regiões.

O processamento e o julgamento de ações judiciais versando sobre direitos indígenas cabem à Justiça Federal (art. 109, XI), sendo atribuição do Ministério Público a tutela judicial dos interesses e direitos das populações indígenas (art. 129, V), atuando tanto como substituto processual (legitimidade extraordinária), quanto como *custos legis*.

O parágrafo 1º do art. 176 da CF reforça a necessidade de autorização ou concessão da União (no caso, do Congresso Nacional) para a pesquisa e a lavra de recursos minerais, bem como para o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, quando se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas, acrescentando que somente poderão ser efetuados, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

No campo cultural, a Constituição de 1988 assegurou às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 210, § 2º), bem como garantiu a proteção de seus valores e manifestações culturais (art. 215 e §§ 1º, 2º e 3º), essenciais para a consolidação de suas identidades. Ademais, constituem patrimônio cultural brasileiro os bens portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes

grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216), na qual se incluem, obviamente, as comunidades indígenas e seus valores culturais.

Pela primeira vez, são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como outra grande inovação: os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram considerados **direitos originários** (art. 231, *caput*), isto é, preexistentes a qualquer outro, eis que derivam de um fato histórico – o de terem sido os índios os primeiros habitantes do Brasil. Nas palavras de José Afonso da Silva (2014, p. 873-874), trata-se do reconhecimento do instituto do **indigenato**:

[...] velha e tradicional instituição jurídico luso-brasileira que dita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 06 de junho de 1755, firmava o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.

A Carta Política define as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como “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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, § 1º). Dispõe, ainda, que elas se destinam à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º), de modo a assegurar-lhes as condições de sobrevivência.

A expressão **terras tradicionalmente ocupadas pelos índios** não exige a **posse imemorial** (*i.e.*, aquela de que não há memória por ser muito antiga), pois o STF, no *leading case* Raposa Serra do Sol, fixou a data de 5 de outubro de 1988 como marco temporal para o reconhecimento aos índios dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Isto significa que a presença de uma etnia indígena em determinada localidade, desde que anterior àquela data e de caráter duradouro, legitimou a vinculação dos índios às terras. Eis um trecho da decisão do STF:

[...]
11. O CONTEÚDO POSITIVO O ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou

seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol.

[...]

12. DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

[...]

(STF, PET 3.388/RR, Tribunal Pleno, Min. Carlos Britto, j. em 19-03-2009, DJe em 25-9-2009). (grifamos)

Além disto, o texto constitucional é bem claro ao dispor que a propriedade das terras indígenas pertence à União (art. 20, XI) e a posse, às comunidades que tradicionalmente a ocupam. Isto significa que os índios não podem aliená-las, pois o domínio pertence à União, mas têm direito à posse permanente de seus territórios, que é transmitida hereditariamente, bem como o usufruto exclusivo dos recursos naturais neles existentes, para que possam perpetuar sua existência¹⁰.

Considerado a mais importante das servidões pessoais, o usufruto consiste no direito de usar a coisa de outro e de perceber os frutos sem alterar a substância¹¹. Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2014, p. 582), a Constituição Federal criou um **usufruto ambiental**, ou seja, uma modalidade de usufruto em que se estabelece limites para o exercício do direito de posse, de uso, de administração e de percepção dos frutos, em razão da necessidade de se proteger os bens ambientais.

Segundo Fernando Mathias Baptista (2002, p. 186), a exploração dos recursos naturais deve se dar de acordo com os usos e costumes dos povos indígenas, não estando eles obrigados a cumprirem as normas de Direito Ambiental; todavia, se passarem a explorar seus recursos naturais de forma diversa do que ditam suas tradições e costumes de manejo, deverão obedecer às restrições ambientais para cada atividade exercida.

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 (art. 231, § 3º).

Guilherme José Purvin de Figueiredo (2013, p. 290) adverte que a autorização do Congresso será sempre necessária, ainda que tais empreendimentos sejam desenvolvidos pelos índios – como não integram seus costumes e hábitos, dispensar-lhes a autorização facilitaria fraudes de terceiros, que poderiam se aproveitar da situação do indígena para explorar economicamente os potenciais energéticos ou a lavra das riquezas minerais de suas terras.

Outra importante disposição constitucional em benefício dos índios refere-se à inalienabilidade e indisponibilidade das terras indígenas, sendo os direitos sobre elas considerados imprescritíveis (art. 231, § 4º). Denota dizer que as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena.

Consoante o princípio geral de direito de que **o acessório segue o principal**, se as terras indígenas são inalienáveis, os seus acessórios, que correspondem às riquezas minerais e espécies vegetais (sobretudo, madeiras), também o são. Isto não significa, porém, que tais recursos sejam intocáveis – apenas que a sua utilização não pode ser feita de forma predatória e potencialmente causadora de riscos para a própria sobrevivência das comunidades indígenas (ANTUNES, 2012, p. 1105).

A questão é delicada, pois, de um lado, existe o dever geral de conservação do meio ambiente, prescrito no art. 225 da Constituição¹², que se impõe a todos os brasileiros, sem qualquer distinção racial ou étnica, por outro, há o direito igualmente constitucional de promoção dos meios necessários à continuidade étnica do povo indígena (art. 231). Diante da colisão de normas constitucionais, devemos nos ater às peculiaridades do caso concreto e, neste caso, a solução para este impasse não nos parece tão distante.

O advogado indígena Paulo Celso de Oliveira Pankararu (2002, p. 135-143) apresenta-nos o caso concreto de exploração comercial de madeira em terras indígenas pelos Xikrin do Cateté, povo caiapó do sul do Pará, que elaboraram um plano de manejo sustentável com o auxílio de engenheiros florestais, biólogos e antropólogos, observando a legislação pertinente, e o encaminharam ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e à FUNAI. Após cinco anos de tramitação, o plano de manejo foi

finalmente aprovado pelo IBAMA por intermédio da Autorização para Exploração Florestal – PMFS n. 215/99, ao que tudo indica, a experiência demonstrou ser viável o desenvolvimento sustentável das comunidades indígenas aliado à preservação dos recursos florestais¹³.

Vejam os que diz nossa mais alta Corte a respeito deste assunto:

[...]

15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. **Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas**, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental (STF, PET 3.388/RR, Tribunal Pleno, Min. Carlos Britto, j. em 19-03-2009, DJe em 25-9-2009). (grifo nosso)

[...]

Importante garantia aos direitos indigenistas é a vedação da 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 (art. 231, § 5º).

Ainda segundo o texto constitucional, serão nulos e extintos, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, 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 (art. 231, § 6º, 1ª parte). A decretação de nulidade e a extinção do ato não geram direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (art. 231, § 6º, 2ª parte). Destaca-se que não estão autorizadas ações de indenização contra os índios, apenas contra a União.

Por derradeiro, a Constituição de 1988 reconheceu a legitimidade dos índios, suas comunidades e organizações para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (art. 232). A legitimidade ativa das comunidades indígenas para a propositura de ações coletivas é mais um grande avanço no processo de construção da cidadania, facilitando o acesso à justiça e a defesa dos direitos. Observa-se uma nova tendência de inclusão social das minorias nos procedimentos constitucionalmente previstos, respeitando-se as diferenças e peculiaridades de cada grupo. A este respeito, é oportuno transcrever trecho do julgamento da Petição (PET) 3.388:

[...]

09. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraterna ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda da identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente pela via da identidade étnica (STF, PET 3.388/RR, Tribunal Pleno, Min. Carlos Britto, j. em 19-03-2009, DJe em 25-9-2009)..

[...]

E, finalmente, cabe destacar que o Estatuto do Índio, promulgado durante a ditadura militar e ainda vigente¹⁴, disciplina extensamente o rol de direitos indígenas; porém, ele deve ser interpretado em face do que determina nossa atual Constituição Democrática, a fim de que haja harmonização na hierarquia das normas.

4. A QUESTÃO DA INTEGRAÇÃO DO ÍNDIO PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS CIVIS E PARA A SUBMISSÃO À RESPONSABILIDADE PENAL

4.1. Capacidade Jurídica dos Índios e o Exercício De Direitos

O Código Civil de 1916, que utilizava o vocábulo **silvícolas** para se referir aos índios (art. 6º, III), considerava-os relativamente incapazes, sujeitando-os ao regime tutelar estabelecido em leis especiais, o qual cessaria à medida que fossem se adaptando à civilização do País (art. 6º, parágrafo único). O Código Civil de 2002 mudou a denominação para **índios**, em conformidade com a Constituição Federal, afastou a incapacidade relativa e determinou que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial.” (art. 4º, parágrafo único).

Conforme dito anteriormente, o Estatuto do Índio, que regula a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas em nosso país, em seu art. 4º, classifica os índios em: isolados, semi-integrados e integrados. Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional sujeitam-se ao regime tutelar do Estatuto, o qual incumbe à União, que o exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas (art. 7º, *caput* e parágrafo único) – atualmente, a FUNAI. Já os índios integrados e reconhecidos

R. Fac. Dir. UFG, v. 39, n.2, p. 144-175, jul. / dez. 2015 *ISSN 0101-7187*

no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura, estão sujeitos às disposições do Código Civil (art. 4º, III do Estatuto). Neste sentido, vejamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PENAL - HABEAS CORPUS - LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - PACIENTE QUE É ÍNDIO JÁ INTEGRADO À SOCIEDADE - POSSUI TÍTULO DE ELEITOR - INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO - IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME DE SEMILIBERDADE - ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM QUE FOI ACENTUADA A CENSURABILIDADE DA CONDUTA - REGIME INICIALMENTE FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO - ORDEM DENEGADA.

1. O Estatuto do índio só é aplicável ao indígena que ainda não se encontra integrado à comunhão e cultura nacional.

2. O indígena que está em pleno gozo de seus direitos civis, inclusive possuindo título de eleitor, está devidamente integrado à sociedade brasileira, logo, está sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil.

[...] (STJ - HC 88853/MS. Rel. Min. JANE SILVA - Desembargadora Convocada do TJ/MG. Sexta Turma. 18/12/2007. Publicação 11/02/2008). (grifo nosso)

Portanto, o Estatuto do Índio só é aplicável ao indígena que ainda não se encontra integrado à sociedade e aos costumes da civilização. Aquele que está em pleno gozo de seus direitos civis, é considerado devidamente integrado à sociedade brasileira, estando, portanto, sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil. Comprova-se tal integração não apenas pela emancipação, nos termos da legislação civil, mas também pelo fato do indígena possuir documento de identidade, título de eleitor, Carteira Nacional de Habilitação, fluência na língua portuguesa, pelo fato de ter cursado o ensino médio etc. Havendo prova inequívoca de integração do indígena à civilização, o laudo antropológico pode ser dispensado (HC 0061254-52.2013.4.01.0000/RO, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Rel. Conv. Juiz Federal Antonio Oswaldo Scarpa (Conv.), Quarta Turma, E-Djfl P.184 De 03/02/2014).

Segundo o art. 8º do Estatuto, 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 (a FUNAI). Essa regra é mitigada no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão de seus efeitos (art. 8º, parágrafo único). Aqui, houve certa confusão do legislador quanto aos institutos da assistência e da representação, bem como em relação à nulidade e à anulabilidade dos atos e negócios jurídicos, ou, no mínimo, má redação do dispositivo.

A incapacidade absoluta¹⁵ acarreta a proibição total do exercício, por si só, do direito, ou seja, o ato somente poderá ser praticado pelo representante legal do absolutamente incapaz. A inobservância dessa regra provoca a nulidade do ato, nos termos do art. 166, I do Código Civil¹⁶. Já a incapacidade relativa¹⁷ permite que o incapaz pratique atos da vida civil, desde que assistido pelo representante legal, sob pena de anulabilidade (art. 171, I do CC)¹⁸. Logo, a ausência de representação do absolutamente incapaz gera a nulidade do ato ou negócio jurídico, ao passo que a falta de assistência do relativamente incapaz gera a anulabilidade¹⁹.

Enquanto o negócio nulo ofende preceitos de ordem pública, que interessam à sociedade, o negócio anulável decorre de ofensa ao interesse particular de pessoas que o legislador pretendeu proteger, sem estar em jogo interesses sociais – trata-se de negócio que será considerado válido se o interessado se conformar com os seus efeitos e não o atacar, nos prazos legais, ou o confirmar (GONÇALVES, 2010, p. 472-475).

Carlos Roberto Gonçalves defende que o Estatuto, ao considerar nulos os negócios celebrados entre um índio não integrado e pessoa estranha à comunidade indígena, sem a devida participação da FUNAI, teria enquadrando-o como absolutamente incapaz, com os efeitos daí decorrentes; entretanto – ressalta o autor – o ato será considerado válido se o índio, ainda que não emancipado, tiver consciência e conhecimento do que praticou e, ao mesmo tempo, se este ato não o prejudicar:

No sistema atual, poderá o juiz, por exemplo, julgar improcedente ação declaratória de nulidade de negócio jurídico, celebrado pelo índio já adaptado à civilização e que ainda não tomou a providência de emancipar-se, considerando-o válido diante das circunstâncias, especialmente em razão da vantagem por ele obtida, tendo a ação sido proposta de má-fé pela outra parte, invocando a incapacidade do índio em benefício próprio (GONÇALVES, 201, p. 127-128).

Cabe ressaltar que a FUNAI é o órgão competente para exercer a tutela dos indígenas, em nome da União. Por ser pessoa jurídica de direito público, da Administração Indireta, a fundação detém personalidade jurídica e patrimônio próprios, podendo ser condenada a indenizar terceiros lesados por atos praticados por índios sob sua tutela:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ENFERMEIRO MORTO POR ÍNDIO NA RESERVA INDÍGENA YANOMAMI. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FUNAI. ILEGITIMIDADE PASSIVA

AD CAUSAM DA UNIÃO. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A FUNAI, como fundação pública, é entidade da administração indireta que detém personalidade jurídica própria e, se condenada, arcará com a indenização respectiva sem que haja interferência da União.

2. A Funai responde civilmente pelos danos causados por índios a terceiro, vítima de homicídio, vez que compete a ela a tutela e a proteção das comunidades indígenas (art. 231, CF/88 e Lei 5.371/67), sendo responsável pelos danos decorrentes de sua omissão na tutela respectiva. Ilegitimidade passiva da União Federal.

[...]

9. Remessa oficial parcialmente provida.

(AC 0000982-20.2004.4.01.4200 / RR, Rel. JUIZ FEDERAL MARCIO BARBOSA MAIA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.513 de 11/09/2013). (grifo nosso)

Além da assistência da FUNAI, o Ministério Público funcionará nos processos em que haja interesse dos índios, podendo, inclusive, propor as medidas judiciais necessárias à proteção de seus direitos (art. 129, V da CF)²⁰. Segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário, a atuação do *Parquet* deve se restringir às ações em que haja ofensa aos chamados **direitos indígenas**, sejam em relação à demarcação de terras indígenas, de discriminação em razão da condição étnica ou qualquer outra questão que afete diretamente os interesses da comunidade indígena. Vejamos a distinção elucidativa feita por Antônio Cavalieri Gomes:

O índio integrado, em tal caso, no pleno exercício dos seus direitos civis, deve constituir um advogado para representá-lo ou, caso não possua condições financeiras, procurar assistência judicial gratuita, como o fazem os demais cidadãos, respeitando-se, assim, o postulado da igualdade previsto no artigo 5º, caput da Carta da República. Deixemos claro que este entendimento vale apenas para ações que não envolvam a condição indígena do índio integrado. Se o índio, mesmo já totalmente integrado, ver ferido alguns dos chamados “direitos indígenas”, se sofrer, por exemplo, discriminação da sua condição étnica, a FUNAI e, conseqüentemente, a P.F.E.-FUNAI, bem como o Ministério Público, não só poderão como deverão se manifestar (GOMES, 2005, s.p.).

Há duas formas de emancipação: a individual, prevista nos artigos 9º e 10 do Estatuto, e a coletiva, no art. 11. Qualquer índio poderá requerer ao juiz competente a sua liberação do regime tutelar, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que atendidos os seguintes requisitos: idade mínima de 21 (vinte e um) anos²¹; conhecimento da língua portuguesa; habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; e razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Se houver qualquer dúvida quanto à satisfação dos requisitos I a IV do art. 9º, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, deverá determinar perícia antropológica. E se

R. Fac. Dir. UFG, v. 39, n.2, p. 144-175, jul. / dez. 2015 ISSN 0101-7187

houver incerteza quanto à idade mínima ante a inexistência de registros administrativos, o magistrado poderá valer-se de testemunhas que garantam a satisfação da exigência ou atestem que o emancipado tem maturidade equivalente, atribuída por sua comunidade indígena (LOBO, 1996, p. 39). Após instrução sumária, ouvidos a FUNAI e o Ministério Público, o juiz declarará a emancipação, que será transcrita no Cartório de Registro Civil, a fim de produzir os efeitos legais (art. 9º, parágrafo único).

Ainda em relação à emancipação individual, o art. 10 do Estatuto permite ao indígena solicitar diretamente à FUNAI uma declaração formal que ateste sua capacidade civil, desde que satisfeitos os requisitos acima e ouvido o Ministério Público. Para que seja válida, a declaração deve ser homologada judicialmente e inscrita no Registro Civil.

A emancipação da comunidade indígena e de seus membros (com a consequente liberação do regime tutelar) pode ser declarada pelo Presidente da República, mediante decreto, desde que seja requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, por inquérito realizado pela FUNAI, a sua plena integração à comunhão nacional (art. 11 do Estatuto). Para Luiz Felipe Bruno Lobo (1996, p. 41), a emancipação individual é requisito formal da coletiva, pois “se integrado é o mesmo que emancipado, é lógico que somente a comunidade composta por índios emancipados, integrados, no pleno exercício dos seus direitos civis, pode requerer e ter declarada a sua emancipação coletiva.”

Em relação à capacidade processual, a Constituição Federal reconheceu a legitimidade ativa individual (do próprio índio) e coletiva (da comunidade indígena e das organizações a elas vinculadas) para a defesa de seus interesses e direitos, determinando a intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os atos do processo (art. 232). Vale ressaltar que o *Parquet* poderá atuar não apenas como *custos legis* (fiscal da lei), mas também como parte, ajuizando ações civis públicas para a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V da CF).

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEDE DE APELAÇÃO - NULIDADE - POSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDOS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA UNIÃO PREJUDICADOS.

1. Havendo interesse público na defesa do patrimônio público lesionado é obrigatória a intervenção do Ministério Público na causa, caracterizando nulidade a ausência de intimação do Parquet. Sentença anulada com o consequente retorno dos autos ao juízo a quo, para intimação do Ministério Público e regular prosseguimento do feito. (AC 2009.43.00.003777-0/ TO; APELAÇÃO CIVEL Relator

DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO Órgão TERCEIRA TURMA
Publicação 08/02/2013 e-DJF1 P. 1295 Data Decisão 28/01/2013).

2. **O art. 63 da Lei n. 6.001/73 determina que "nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio". Assim, deve ser anulada a decisão que concedeu liminar de reintegração de posse de terras em processo de demarcação sem atentar para a regra insculpida nesse dispositivo legal.** (REsp 840150 / BA RECURSO ESPECIAL 2006/0085285-4 Relator Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 10/04/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 23/04/2007 p. 246).

3. **Tendo em vista que se trata de interesses indígenas, imperativa se faz a oitiva do Ministério Público Federal no segundo grau de jurisdição, pois reza o art. Art. 83 do Código de Processo Civil que intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo.**

4. Embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público providos para anular o acórdão 377/386, da lavra do Des. Daniel Paes Ribeiro.

5. Embargos de declaração opostos pela União prejudicados.

(EDAC 0003466-88.2006.4.01.3310 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL MARCELO DOLZANY DA COSTA (CONV.), SEXTA TURMA, e-DJF1 p.306 de 11/03/2013). (grifo nosso)

4.2. A Tutela Penal dos Índios

Embora a maioria dos doutrinadores penalistas, entre eles, Damásio de Jesus e Celso Delmanto, entenda que os indígenas não integrados devam ser incluídos na cláusula de inimputabilidade, prevista no art. 26 do Código Penal²², em razão de seu **desenvolvimento mental incompleto ou retardado**, há quem defenda, como Heleno Cláudio Fragoso e Paulo Bessa Antunes (2012, p. 1117), que há uma distinção clara entre a inimputabilidade decorrente de uma situação peculiar, que é o fato do índio não estar adaptado ao nosso estilo de civilização, e a cláusula de desenvolvimento mental incompleto, que é um critério biopsicológico:

As causas de inimputabilidade, retardamento mental e baixo nível de aculturação, portanto, são totalmente diversas e não podem ser confundidas. O retardamento mental, não só para os índios, mas também para todo e qualquer acusado, deve ser comprovado por perícia médico-psiquiátrica. Já o grau de integração do índio somente pode ser comprovado pela perícia antropológica que a modalidade técnica específica (ANTUNES, 2012, p. 1118).

Os indígenas não adaptados à vida social da civilização, às normas complexas que a regulam e aos critérios de valores de nossos julgamentos, estariam em condições de

incapacidade total ou parcial de entendimento e orientação volitiva na qualidade e grau exigidos pelo Código Penal, **sem que, com isso, denotem qualquer tipo de patologia** (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 199). Assim, a aplicação dos critérios de imputabilidade dependerá tão somente da averiguação da capacidade de entendimento e determinação do indígena, uma vez que, apesar de biologicamente normal, o índio não deixa de ser socialmente deficitário quanto às normas nacionais de conduta social (LOBO, 1996, p. 76-77).

O art. 56 do Estatuto determina que: “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.” Prossegue o parágrafo único: “As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.” Neste sentido, é oportuna a transcrição do seguinte acórdão:

HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2.º, III, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PACIENTE. INDÍGENA. INTEGRADO À SOCIEDADE (POSSUI TÍTULO DE ELEITOR E DOMÍNIO DA LÍNGUA PORTUGUESA). INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DO ÍNDIO. PENA DEFINITIVA FIXADA EM 12 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. (3) WRIT NÃO CONHECIDO.
[...]

2. Esta Corte firmou o entendimento de que o indígena integrado à sociedade, nos termos do art. 4.º, III, do Estatuto do Índio, não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos cidadãos comuns. Na espécie, o Tribunal a quo afirmou que o paciente possui título de eleitor e domínio da língua portuguesa, evidenciando que está integrado à sociedade, fato que respalda a aplicação do art. 33, § 2.º, a, do Código Penal, uma vez que a pena foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 243.794/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014). (grifo nosso)

Destarte, o art. 56 do Estatuto não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira, que deverá cumprir a pena que lhe for imposta na condenação junto ao órgão Federal mais próximo de sua aldeia ou residência. O nível de integração do indígena na sociedade nacional serve, pois, de parâmetro para a dosimetria da pena, em especial no que tange à atenuante prevista na lei especial: quanto menor a integração, maior será a atenuante, podendo chegar, em tese, à não aplicação da pena.

Em relação à competência para processar e julgar delitos envolvendo índios, o STJ entende que: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.” (Súmula n. 140). Contudo, para o STF, ante o disposto no art. 109, XI da Constituição Federal, é da competência da Justiça Federal processar e julgar os crimes cometidos contra índios, dentro ou fora da reserva indígena.

Apesar desta aparente divergência, o próprio STJ pacificou o entendimento de que, havendo disputa sobre direitos indígenas, isto é, aqueles ligados à cultura e à organização social dos índios, bem como aos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, fica afastada a competência da Justiça Estadual, devendo ser reconhecida a da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal. Por outro lado, tratando-se de fato delituoso de interesse particularizado de um ou alguns indígenas, e não de crime contra uma coletividade de índios, sua cultura ou aos direitos sobre suas terras, então a competência será da Justiça comum Estadual. Vejamos a jurisprudência de nossos Tribunais:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DISPUTA DE TERRAS INDÍGENAS. CRIME PATRIMONIAL. JULGAMENTO. JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOBSERVÂNCIA. REVOGAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. O deslocamento da competência para a Justiça Federal somente ocorre quando o processo versar sobre questões diretamente ligadas à cultura indígena e ao direito sobre suas terras, ou quando envolvidos interesses da União.

2. Tratando-se de suposta ofensa a bens semoventes de propriedade particular, não há ofensa a bem jurídico penal que demande a incidência das regras constitucionais que determinam a competência da Justiça Federal.

[...] (RHC 85737, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00129 EMENT VOL-02301-02 PP-00333).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO ENTRE ÍNDIOS. SÚMULA 140/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DISPUTA RELACIONADA À LIDERANÇA E OCUPAÇÃO DA ALDEIA WAHURI, DO POVO JAVAÉ, NA ILHA DO BANANAL. INTERESSE DE TODA A COMUNIDADE INDÍGENA. ART. 109, XI, E ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. **Em regra, a competência para processar e julgar crime que envolva índio, na condição de réu ou vítima, é da Justiça Estadual, conforme preceitua o enunciado nº 140 da Súmula desta Corte, segundo o qual: "Compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima."**

2. **Todavia, a competência será da Justiça Federal toda vez que a questão versar acerca de disputa sobre direitos indígenas, incluindo as matérias referentes à organização social dos índios, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, conforme dispõem os arts. 109, XI, e 231, ambos da Constituição da República de 1988.**

3. Na hipótese, verifica-se que os fatos narrados no termo circunstanciado, os quais, em tese, caracterizam crimes de calúnia e difamação, tiveram como causa a situação de conflito na comunidade indígena do Povo Javaé, notadamente a disputa pela posição de cacique da Aldeia Wahuri, na Ilha do Bananal, atingindo os interesses coletivos de toda a comunidade indígena, situação que afasta a incidência da Súmula 140/STJ e atrai a competência da Justiça Federal.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal de Gurupi - SJ/TO, o suscitante.

(CC 123.016/TO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 01/08/2013). (grifo nosso)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INJÚRIA RACIAL. CP, ART. 140, § 3º. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CP, ART. 140. INEXISTÊNCIA DE DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 109, XI - RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO. PROVIDO.

1. A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da Constituição da República, só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena (RE nº 419.528/PR). Precedentes do STj e desta Corte Regional.

2. Na espécie, verifico tratar-se de fato delituoso de interesses particularizados de certos indígenas e não de crime contra a coletividade dos índios, que verse sobre questões ligadas à cultura indígena e aos direitos sobre suas terras. E, embora o órgão ministerial afirme que "as provas contidas nos autos evidenciam que os delitos em apreço foram motivados por disputas de terras envolvendo interesses indígenas" (fl. 106), não consta qualquer elemento que aponte que os delitos cometidos tiveram como motivação a disputa por terras indígenas, de modo a atrair a competência do feito para a Justiça Estadual.

3. Manutenção da decisão recorrida.

4. Recurso em Sentido Estrito a que se nega provimento.

(RSE 0001640-84.2012.4.01.3902 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.739 de 17/10/2014). (grifo nosso)

Não resta dúvida, portanto, que a competência para processar e julgar delitos envolvendo indígenas será, em regra, da Justiça Estadual; entretanto, em se tratando de delitos que envolvam direitos indígenas que extrapolem a esfera individual, sobretudo acerca da disputa por terras indígenas, a competência para o processamento e julgamento da ação penal correspondente será deslocada para a Justiça Federal.

Cabe ressaltar, ainda, que o sistema penal brasileiro admite que os próprios grupos tribais possam aplicar sanções penais ou disciplinares àqueles que tenham praticado atos contrários aos usos e costumes indígenas, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, sendo proibida, em qualquer caso, a pena de morte (art. 57 do Estatuto). A doutrina²³ considera, porém, que este dispositivo deva ser aplicado apenas para a solução de conflitos ocorridos dentro de uma mesma tribo indígena, envolvendo membros da própria comunidade.

Consequentemente, com conhecimento das nossas leis ou não, se o índio praticou, em seus domínios, o fato tido como infração penal pela nossa legislação, deve ser julgado de acordo com seus costumes – não pelas nossas leis – e pelos seus pares – não pelo juiz branco. Se, para nós, ele agiu contrariamente ao direito, ao nosso direito, pela sua consciência, ele pode não ter atuado contrariamente ao direito, ao seu direito. [...] Tenha-se, ainda, que a *ordem jurídica* do índio não reprova certas condutas que são reprovadas pelo nosso ordenamento jurídico. Logo, por essa hipótese, não há a culpabilidade, uma vez que não há a consciência da ilicitude, da antijuridicidade (TOURINHO NETO, 2002, p. 223-224).

Neste contexto, há de se destacar a notícia divulgada pelo jornal Folha de S. Paulo de que líderes de tribos situadas ao norte de Roraima decidiram punir segundo seus costumes dois índios da etnia Macuxi que tentaram matar um outro índio de aldeia diferente, em 2013, no Município de Uiramutã, ao nordeste do estado, e mais um terceiro índio que teria incentivado a briga. Todos foram expulsos da aldeia por dois anos, não podendo participar dos eventos da comunidade, e terão que fazer trabalhos comunitários em outra aldeia.

Ocorre que as lideranças indígenas daquela região haviam celebrado um acordo com o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR) para que pudesse ser realizado o **primeiro júri popular indígena no Brasil**, para o julgamento dos dois réus acusados de tentativa de homicídio. Segundo o juiz de Direito Aluizio Ferreira, da Comarca de Pacaraima, ao norte de Boa Vista – RR, onde tramita o processo:

É muito comum que as próprias comunidades indígenas decidam punir os culpados conforme as regras deles. Dessa forma, os processos na Justiça podem ser até extintos, uma vez que já tenha ocorrido um julgamento e até uma pena. Contudo, isso não ocorreu nesse caso na Raposa Serra do Sol e a ação continuou tramitando normalmente (COSTA, 2015).

Assim, o júri aconteceu no dia 23 de abril de 2015, no Malocão da Demarcação, na região do Maturuca (situada na Terra Indígena Raposa Serra do Sol), e contou com a participação de trinta indígenas das etnias Macuxi, Ingaricó, Patamona e Taurepang, dos quais sete foram sorteados no dia para julgar o processo. Um dos réus foi absolvido e o outro condenado a uma pena leve, a ser cumprida em regime aberto.

No entanto, os líderes macuxis consideraram **desrespeitoso e brutal** o modo como foi conduzido o julgamento, bem como o comportamento das autoridades presentes²⁴. Protocolaram, ainda, uma representação junto ao Ministério Público Federal para evitar que o laudo antropológico que consta no processo seja divulgado ou utilizado para fins de pesquisa por considerá-lo racista e desconhecedor de sua cultura.

Por todos estes motivos, os Macuxis decidiram, então, punir os condenados à sua maneira. Não se tem, ainda, o desfecho para este caso, mas diante das considerações acima, podemos afirmar que é possível a anulação da decisão do júri, com o reconhecimento da decisão indígena, sobretudo se os réus já tiverem iniciado o cumprimento da sanção imposta pelos líderes de sua etnia, já que é vedado o *bis in idem*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na história do Brasil, a miscigenação gerou uma identidade nacional singular e um povo marcadamente mestiço na aparência e na cultura. A população brasileira é resultado do entrecruzamento de diversos povos: índios, africanos e portugueses, no período inicial da colonização; franceses, holandeses e ingleses, do século XVI ao XVIII; e italianos, alemães, espanhóis, árabes, japoneses entre outros, a partir do século XIX. Embora os grupos étnicos apresentem grande diversidade fenotípica (cor da pele, feições do rosto, a estatura, porte físico etc.), geneticamente, somos todos muito semelhantes, a ponto de não se justificar a diferenciação da espécie humana em raças – todos somos *Homo sapiens sapiens*. Assim, podemos afirmar que o conceito de raça não é biológico, mas cultural.

É neste sentido que procuramos trabalhar o elemento étnico no presente estudo, destacando o aspecto da vulnerabilidade jurídica de uma minoria étnica – os índios, tão discriminados e subjugados ao longo destes 500 anos de existência oficial de nosso País. Este fato, por si só, enseja uma proteção mais efetiva pelo ordenamento pátrio, para que possam exercer seus direitos como cidadãos brasileiros indígenas e serem respeitados como tais.

A Constituição Federal de 1988, marco do Estado democrático de Direito, dispõe que constitui um, dentre outros, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Indo além, prescreve um rol de direitos e garantias fundamentais, que devem ser respeitados por todos, inclusive e especialmente, pelo próprio Estado, determinando a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). Sob este aspecto, justifica-se a proteção ao índio, individual e coletivamente, assegurando-se o respeito à sua cultura, língua, tradições e crenças.

Primeiramente, procurou-se analisar o conceito de índio, distinguindo-o do silvícola, termo muito utilizado pelas leis pretéritas para se referir ao indígena, mas que não traduz sua verdadeira essência. Índio é aquele que se identifica como tal e, concomitantemente, é reconhecido por uma comunidade indígena como um de seus membros. Logo após, analisamos a definição legal de comunidade indígena, trazida pelo Estatuto do Índio, diploma marcado pela forte tendência integracionista e assistencialista. Buscou-se fazer um contraponto entre tal definição e a visão de um antropólogo acerca do que seria uma comunidade indígena, fundada, pois, em relações de parentesco ou vizinhança entre seus membros, que mantém laços históricos-culturais com as organizações indígenas pré-colombianas.

Em seguida, traçamos a evolução histórica da tutela legal dos índios no Brasil, passando pelas tentativas (fracassadas) de adoção de políticas públicas mais efetivas de proteção aos indígenas, materializadas na criação do SPI e, num segundo momento, na FUNAI – autarquia fundacional, atualmente responsável por estabelecer as diretrizes da política indigenista e garantir o seu cumprimento, bem como representar os índios na esfera cível, entre outras atribuições.

Ponderou-se, ainda, sobre o desenvolvimento da disciplina constitucional dos direitos relacionados aos índios, desde a Constituição de 1934, a primeira a dispor sobre a questão indígena, determinando que fosse respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achassem permanentemente localizados; até a atual Carta Política, a mais inovadora e abrangente, que dedicou vários dispositivos ao tema indígena, tratando a questão de forma mais favorável aos interesses dos índios do que aos interesses assimilacionistas do Estado.

No tópico seguinte, discorreremos sobre os direitos indígenas fundamentais, consagrados no atual texto constitucional. Entre eles: o reconhecimento da posse das terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas; a competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento de ações judiciais versando sobre direitos indígenas; a legitimidade extraordinária do Ministério Público para o ajuizamento de ações de interesse das populações indígenas e sua intervenção como *custos legis*; a utilização das línguas maternas e processos próprios de aprendizagem dos povos indígenas; o reconhecimento da organização social dos índios, bem como de seus costumes, línguas, crenças e tradições; o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas; a inalienabilidade e a indisponibilidade das terras indígenas etc.

Discorremos, ainda, sobre a necessidade de integração do índio à sociedade civil como condição para o exercício de direitos civis e para a submissão à responsabilização na esfera penal, porém, não mais sob o antigo viés integracionista, que visava à extinção de sua cultura, mas como um modo de proteção ao indígena não integrado à comunhão nacional.

Em relação à capacidade jurídica dos índios, considerados relativamente incapazes pelo Código Civil de 1916, constatamos uma nova abordagem pelo Código de 2002, que preferiu deixar sua regulamentação a cargo da legislação especial – o Estatuto do Índio. Segundo o Estatuto, apenas os índios não integrados à comunhão nacional sujeitam-se ao seu regime tutelar, de responsabilidade da FUNAI; os índios integrados (*i.e.*, emancipados) possuem capacidade civil plena para o exercício de seus direitos.

Expusemos, também, as duas formas de emancipação: a individual, requerida pelo índio ao juiz ou à FUNAI, desde que preenchidos os requisitos legais, e a coletiva, da comunidade formada por índios emancipados. Quanto à capacidade processual, salientamos a legitimidade ativa do próprio índio, da comunidade indígena e das organizações a elas vinculadas para a defesa de seus interesses e direitos, reconhecida pela Constituição Federal.

Por derradeiro, abordamos aspectos relevantes no âmbito penal, tais como: a (in)imputabilidade dos indígenas, a aplicação de atenuante da pena em razão do grau de integração do índio; o regime especial de cumprimento da pena, em local de funcionamento da FUNAI mais próximo da habitação do condenado; a possibilidade de aplicação de sanções penais pelos próprios grupos tribais e, ainda, a competência para processar e julgar crimes em que figurem indígenas, seja como autores ou como réus, individual ou coletivamente.

Diante de todo o exposto, podemos verificar que o Direito brasileiro avançou muito em matéria de respeito aos direitos das minorias, às diferenças étnicas e culturais, embora ainda possua um persistente viés integracionista. Há de se diferenciar, porém, a postura puramente assimilacionista do passado daquela atualmente preconizada na lei e, sobretudo, nas Cortes de nosso país, cuja tendência, balizada pela Constituição de 1988, é no sentido de conferir uma tutela protetiva, que, simultaneamente, fortaleça a cultura e a tradição indígenas.

A Carta Política, que estatui uma gama de direitos fundamentais indígenas com fulcro tão somente em sua condição jurídica, é complementada pela legislação infraconstitucional que, não obstante tenha fixado algumas condições para o exercício de certos direitos civis, tem intuito de proteger aquela parcela vulnerável da população brasileira e garantir-lhe uma vida digna, nos termos do art. 1º, III, da Constituição.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BAPTISTA, Fernando Mathias. A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o Direito Ambiental. In: LIMA, André (Org.). **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é. In: **Enciclopédia Povos indígenas no Brasil 2001/2005**. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo_%C3%A9_%C3%ADndio.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015.

CAVALIERI, Celso Antônio. **Defesa dos índios e comunidades indígenas**. 2005. Disponível em: <www.funai.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

CENSO 2010: **Características Gerais dos Indígenas** – Resultados do Universo. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm>. Acesso em: 12 fev. 2015.

COSTA, Emily. Tentativa de homicídio será julgada por júri indígena em reserva de RR. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/tentativa-de-homicidio-sera-julgada-por-juri-indigena-em-reserva-de-rr.html>>. Acesso em: 23 maio 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FUNAI. **Índios no Brasil: modalidades de terras indígenas**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

_____. _____.: quem são. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?limitstart=0#>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

GOMES, Antônio Cavalieri. **Parecer 001/2005 PFE - Defesa dos Índios e Comunidades Indígenas**. Disponível em: <www.funais.gov.br/procuradoria/docs/parecer>. Acesso em: 23 fev. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v.

HOUAISS, Antonio (Ed.). **Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

173

LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina**. São Paulo: LTr, 1996.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARÉS, Carlos Frederico. Introdução ao Direito Socioambiental. In: LIMA, André (Org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 21-53.

MARQUES, José. Insatisfeitos com júri, índios decidem punir por conta própria. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 maio 2015. Caderno Poder, p. 07.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 27. ed. rev. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira. Do manejo florestal em terras indígenas. In: LIMA, André (Org.). **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SANTILLI, Juliana (Org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os povos indígenas e as sociedades nacionais: conflito de normas e superação. In: LIMA, André (Org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹ Outras expressões sinônimas, como **autóctone** ou **aborígene**, que indicam “aquele que é natural do país ou da região em que habita e descende das raças que ali sempre viveram”, segundo o Dicionário Houaiss, são mais utilizadas em outros países, como na Austrália, por exemplo.

² Entendemos que a emancipação apenas confere capacidade civil aos índios, mas não os destitui dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas por suas comunidades, em consonância com o disposto no artigo 231 e § 4º da Constituição de 1988, que não prevê qualquer distinção entre índios integrados ou não.

³ Os direitos indígenas estão também referidos em outros dispositivos constitucionais, inseridos em diversos títulos: art. 20, XI; art. 22, XIV; art. 49, XVI; art. 109, XI; art. 129, V; art. 176, § 1º; art. 210, § 2º; art. 215, *caput* e §§ 1º e 2º; e art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁴ Cf. SILVA, 2014, p. 870: “Essa autoidentificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro.”

⁵ Neste sentido, a PET 3.388/RR, Tribunal Pleno, Min. Carlos Britto, j. em 19-03-2009, DJe em 25-9-2009.

⁶ O primeiro presidente do SPI foi o Marechal Cândido Rondon (1865-1958), militar, sertanista e descendente de índios, que possuía grande experiência no relacionamento com tribos indígenas, adquirida quando atuou à frente da Comissão de Linhas Telegráficas Estratégicas (1907-1915), responsável pela construção de linhas telegráficas em regiões do Mato Grosso ao Amazonas. Sua postura amistosa e de cordialidade com os índios que habitavam aquelas regiões remotas contribuiu para que o Estado brasileiro adotasse uma política indigenista pacificadora, mas, ao mesmo tempo, assistencialista e protecionista.

⁷ A FUNAI é pessoa jurídica de direito público interno, integrante da Administração descentralizada da União, na modalidade autarquia fundacional. Possui as seguintes finalidades: estabelecer as diretrizes da política indigenista e garantir o seu cumprimento; gerir o patrimônio indígena; fomentar estudos sobre as populações indígenas que vivem em território brasileiro e garantir sua proteção; promover a prestação de assistência médico-sanitária e a educação elementar para os índios; despertar o interesse da sociedade brasileira pelos índios e pelos assuntos a eles pertinentes; demarcar, assegurar e proteger as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, exercendo poder de polícia dentro de seus limites, para evitar conflitos, invasões e ações predatórias que representem riscos para a vida e a preservação cultural e do patrimônio indígena (art. 1º da Lei n. 5.371/1967).

⁸ Outro importante aspecto abordado no Estatuto são os deveres atribuídos à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, de respeitar as peculiaridades inerentes à sua condição, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento (art. 2º, III); de assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência (art. 2º, IV); de garantir aos índios a permanência voluntária no seu *habitat*, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso (art. 2º, V); e de garantir aos índios e às comunidades indígenas a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes (art. 2º, IX), entre outros.

⁹ ARTIGO 1º - 1. A presente Convenção aplica-se a; a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais; b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas. 2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

¹⁰ Neste sentido, já definia o Estatuto do Índio:

Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 1º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

§ 2º É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.

¹¹ Segundo o art. 1.349 do Código Civil, “O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos.”

¹² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹³ Vale lembrar que o art. 46 do Estatuto do Índio condiciona a autorização de corte de madeira nas florestas indígenas, consideradas em regime de preservação permanente, à existência de “programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento.”

¹⁴ Há um projeto de lei que visa substituir o atual Estatuto do Índio: o PL 2057/1991, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, apresentado na Câmara dos Deputados na década de 1990, está com a tramitação paralisada desde 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

¹⁵ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

¹⁶ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

¹⁷ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

¹⁸ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

¹⁹ Segundo Maria Helena Diniz (2009, p. 555-556), a nulidade vem ser a sanção, imposta pela norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do negócio praticado em desobediência ao que prescreve. Há duas espécies de nulidade: a absoluta (que equivale ao conceito adotado neste trabalho para “nulidade”) e a relativa (ou “anulabilidade”).

²⁰ O Ministério Público, nos termos da Lei n. 7.347/1985, tem legitimidade para propor ação civil pública para defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 1º, IV) e, mais especificamente, para reparação de danos morais e patrimoniais causados à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (art. 1º, VII, incluído pela Lei n. 12.966/2014).

²¹ Para Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 128), “a redução da idade em que se atinge a maioridade, no novo Código Civil, para 18 (dezoito) anos, não afeta a exigência de idade mínima de 21 (vinte e um) anos contida no Estatuto do Índio, por se tratar de lei especial.”

²² Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

²³ Cf., neste sentido, ANTUNES, 2012, p. 1115 e TOURINHO NETO, 2002, p. 222-223.

²⁴ Segundo o jornal Folha de S. Paulo, a Coordenação Regional do Conselho Indígena divulgou, em nota, que a defesa teria elogiado um vendedor de bebidas alcoólicas e, também, certos invasores das terras indígenas. E que este tipo de atitude contraria a expectativa de que autoridades devam dar exemplos de boa fala e boas atitudes.

Artigo recebido em 31 de agosto de 2015 e aceito em 19 de dezembro de 2015
