

A capacidade civil do indígena e o paradigma constitucional e convencional do pluralismo e da diversidade

The civil capacity of the indigenous and the constitutional and conventional paradigm of pluralism and diversity

  Paula Martins da Silva Costa¹

  Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho²

  Jéssica Mapeli dos Anjos³

Resumo: O pluralismo jurídico – enquanto princípio estruturante da sociedade, do Estado e do mercado no paradigma do Estado Democrático de Direito, afirmado pela Constituição de 1988 – impõe a recompreensão do princípio da isonomia e seu impacto sobre o tema da capacidade civil do cidadão integrante das comunidades indígenas. A igualdade material e formal enriquece-se enquanto universalidade do direito de acesso aos bens produzidos em cooperação social e intergeracional, com respeito às identidades e valorização da diversidade. Também no que respeita aos direitos dos indígenas, a Constituição do Estado Democrático de Direito traz olhar original na história jurídica e política brasileira, impondo a ultrapassagem da perspectiva assimilacionista da norma da integração dirigida aos indígenas inserida no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) – o que torna urgente o reconhecimento de sua não recepção pela atual Constituição. Este trabalho

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo – USP (1992). Especialização em Direito Civil e Processual pela Universidade de Franca (2000). Especialização em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB (2010). Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) com bolsa da CAPES-PROSUP (2019-2021). E-mail: paula.costa.pmdsc@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/0001617988838816>. <https://orcid.org/0000-0003-1469-0156>.

² Graduado (USP), Mestre (UFMG), Doutor (UFMG/CAPES) e Livre-Docente (USP) em Direito. Pós-Doutorado em Filosofia (UFMG) e em Direito (Universidade de Munique/CAPES). Professor (USP, UNAERP). Advogado. Email: nunocoelho@usp.br. <http://lattes.cnpq.br/4706580678369890>. <https://orcid.org/0000-0003-3824-2825>.

³ Aluna bolsista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). Advogada. Email: jehmapeli@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/7258396928986026>. <https://orcid.org/0000-0002-1360-9638>.

objetiva descrever referida norma legal e sua posição em face da Constituição, apontando e analisando os posicionamentos encontrados no âmbito acadêmico e científico, assim como aqueles constantes de outras normas, nacionais e internacionais de relevo para a compreensão do tema, à luz dos parâmetros constitucionais atinentes. Pretende-se compreender, ainda, os aspectos práticos de tal norma da integração a partir da leitura e análise da jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal, em sua função de intérprete privilegiado (mas não exclusivo) da Constituição. A análise da Constituição, da Convenção 169 da OIT (com status de supralegalidade em nosso ordenamento) e da jurisprudência permite concluir pela plena capacidade jurídica do indígena, afastando-se a validade de qualquer norma que a restrinja em razão do pertencimento às comunidades dos povos tradicionais e originários, assim como a condicione a qualquer tipo de aproximação identitária com o modo de falar, pensar ou viver característico da maioria dos demais membros (os não indígenas) de nossa comunidade política.

Palavras-chave: Pluralismo político; Direitos Indígenas; Estatuto do índio; Constituição Federal de 1988; Capacidade civil.

Abstract: Political pluralism – as a structuring principle of society, market and State according to the Democratic Rule of Law paradigm, affirmed by Brazilian Federal Constitution of 1988 – imposes re-reading the principle of isonomy and its impact on the subject of the civil capacity of the members of indigenous peoples. Material and formal equality is enriched as access to goods produced in social and intergenerational cooperation, with respect to identities and valuing diversity. Brazilian Constitution canvasses an original look at Brazilian legal and political history, imposing the overcoming of the assimilationist perspective of the norm of integration directed at the indigenous peoples inserted in the Statute of the Indian (Federal Law n. 6.001/1973) – which makes the recognition of its non-acceptance by the current Constitution urgent. This work aims to describe the referred legal norm and its position in relation to the Constitution, as well as

those contained in other national and international norms. It is also intended to understand the practical aspects of such a norm of integration from the reading and analysis of the jurisprudence of different Brazilian Courts, especially the Federal Supreme Court, in its role as privileged (but not exclusive) interpreter of the Constitution. The analysis of Constitution, ILO Convention 169 (with its supralegal status in Brazilian legal system) and Courts' decisions allows us to conclude that indigenous people exercise full legal capacity. There no place in contemporary legal system to legal rules that restrict legal capacity of any person due to her belonging to traditional and original communities.

Keywords: Political pluralism; Indigenous Rights; Statute of the Indian; Brazilian Constitution; Legal capacity.

Data de submissão do artigo: Fevereiro de 2021

Data de aceite do artigo: Abril de 2021

Introdução

Diante da história brasileira – que nos impõe lidar com as marcas persistentes do colonialismo, do elitismo, do escravismo, do machismo, do oportunismo e do patrimonialismo e suas estratégias moralistas de preservação – compreende-se o Estado Democrático de Direito como tarefa, como construção que desafia o engajamento moral, político e intelectual do jurista nos processos de construção do sistema normativo e de sua permanente reinterpretação (concretização). O Estado Democrático de Direito, enquanto **paradigma**, não se oferece como **dado** passível de intelecção e exposição, mas como **fim** a estabelecer-se e perseguir-se por processos públicos dialéticos (discursivos: por meio da discussão). Assume-se como forma política e jurídica *in fieri* (sempre **em vista de tornar-se**) que se esclarece com recurso à descrição gadameriana do processo de interpretação como compreensão – que é ao mesmo tempo aplicação – e momento de ligação entre o passado (que se relê, critica⁴ e reapropria) e o futuro (tempo determinante do **sentido** enquanto **projeto e endereçamento**).

Neste contexto de construção-concretização e ressignificação, ressalta como tarefa urgente e fundamental a decisão jurídica acerca do lugar e dos direitos do indígena na sociedade brasileira, algo que vem se arrastando já há muitos anos e cuja desconsideração ilustra de modo exemplar a resistência ao projeto constitucional democrático no Brasil.

Há clara resistência e desinteresse do Estado em readequar seu sistema normativo e suas práticas judiciais e administrativas ao que é estabelecido pelos parâmetros da Norma Maior, bem como aqueles instituídos por documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Não se trata de uma dificuldade presente apenas na constância do Governo Bolsonaro, que claramente se insurge contra

4 Com isto, afasta-se a leitura da hermenêutica como enclausuramento e simples repetição do passado, abrindo-se o ato de compreensão, que lida com o passado e o assume, como ato histórico por qual se recobra lucidez acerca do passado e se assume responsabilidade para com o futuro. Para a discussão crítica sobre a leitura “conservadora” a que a hermenêutica gadameriana pode conduzir – e as razões pelas quais tal leitura não é justa – vide (HABERMAS, 1987). Para os antecedentes no Romantismo e fundamentos histórico-filosóficos da hermenêutica gadameriana, vide Coelho (2012).

a legalidade e a constitucionalidade da ordem política brasileira, promovendo sucessão de atos atentatórios contra a democracia e os direitos fundamentais em todas as dimensões da vida. Trata-se decerto de um governo que excede todos os limites (morais, políticos e intelectuais) do razoável, motivo pelo qual merece a denúncia pública – no Brasil e no exterior⁵ – por seu comportamento genocida em relação aos indígenas⁶, a quem não reconhece qualquer direito e com relação a quem tem apenas discursos e ações de desprezo e ódio.⁷

Infelizmente, devemos considerar que o posicionamento de tal governo – embora inigualável em seu despreparo e desumanidade – seja representativo de formas de pensar que se têm mantido vívidas na opinião pública brasileira, ao mesmo tempo que dá continuidade a práticas públicas de destruição cultural e física das populações indígenas verificadas ao longo de todo o século XX – e que têm raízes multisseculares.

A guisa de exemplo, lembremo-nos de que o legislador do Código Civil de 2002 e também do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/2015 (alteradora daquele Diploma) perdera grande oportunidade de corrigir o regime das capacidades e incapacidades, deixando uma vez mais remetida a importante questão sobre a capacidade civil do indígena a uma legislação que dificilmente se deixa compatibilizar com os propósitos do Estado Democrático de Direito⁸ (se se admite que o Estatuto do Índio segue vigente), ou que não existe (se se admite que tal norma não tenha sido recepcionada pela Constituição de 1988).

O descaso do Estado para com o tema é demonstrado nitidamente, uma vez que está na Câmara dos Deputados desde o ano de 1991 – em regime de prioridade, o que sugere uma ironia – projeto de lei que busca instituir novo Estatuto das Sociedades Indígenas, que acertadamente retira do texto da lei o objetivo de integração assimilacionista dos indígenas à comunidade nacional⁹.

5 Disponível em: <https://www.nationalgeographic.com/history/2020/06/disaster-looms-indigenous-amazon-tribes-covid-19-cases-multiply/>. Acesso em: 19 jul. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>.

6 Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-52139875>. Acesso em: 19 jul. 2020.

7 Brazil's indigenous to sue Bolsonaro for saying they're 'evolving' – Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-brazil-indigenous/brazils-indigenous-to-sue-bolsonaro-for-saying-theyre-evolving-idUSKBN1ZN1TD>. Acesso em: 19 jul. 2020.

8 Nesse sentido, ver C.C. art. 4º, parágrafo único e Lei 6.001/1973, art. 7º.

9 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>. Acesso em: 30 jun. 2020.

A Constituição Federal de 1988 – internacionalmente elogiada por seu comprometimento com o pluralismo e com a proteção dos povos tradicionais e por respeito à identidade e à diversidade – tratou de cuidar e amparar, sob determinados aspectos, a matéria relativa aos indígenas de forma explícita¹⁰. Apesar de não ter sido a primeira das Constituições brasileiras a citar o assunto, foi a primeira que deu a atenção ao tema desde uma perspectiva não etnocêntrica e com claro intuito de reconhecer e resgatar o imenso dano causado pelo processo colonizador em prejuízo da sobrevivência física e cultural dos povos originários no Brasil.

Dentro de tal compromisso interpretativo dialético com o futuro, que é ao mesmo tempo releitura e recompreensão permanente do passado, rememora-se a criação, em 1910, do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que tinha entre seus objetivos conceder assistência ao índio, visando tomar o espaço preenchido pela igreja católica, tendo em vista sua separação do Estado. Este órgão, acusado de ser palco de corrupção e má administração, foi extinto em 1967, dando lugar à FUNAI – Fundação Nacional do Índio, até hoje existente.¹¹

A Constituição de 1934 inaugurara o tratamento constitucional da questão, estabelecendo a competência privativa da União para legislar sobre a incorporação dos “silvícolas” à comunhão nacional, como também determinou o respeito à posse das terras em que eles se encontravam¹². Tal paradigma viveu até o advento do constitucionalismo de 1988 e marcou-se por dois conjuntos de aspectos predominantes: de um lado, o protecionismo e o paternalismo que considera o indígena como *objeto* de proteção, ou na melhor das hipóteses como sujeito incapaz – distinguindo-o pela ignorância e pela incapacidade de decisão, autogoverno e participação. De outro, faz coincidir tal situação de minoridade com a própria condição de “índio”, assumindo que a tarefa do Estado é incorporá-lo à comunhão nacional pela superação desta incapacidade que se

10 Artigos 20, XI; 22, XIV; 49, XVI; 109, XI; 129, V; 176, §1º; 210, §2º; 215, §1º; 216, 231, 232 e 67 do ADCT.

11 FUNAI. **Serviço de Proteção aos Índios - SPI**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi?limitstart=0#>. Acesso em: 21 jun. 2020.

12 Artigo 5º, XIX, alínea m, e artigo 129.

dá pela superação de sua própria identidade indígena. Integrar-se à comunhão nacional – e passar a merecer capacidade jurídica de fato – significava, basicamente, deixar de ser indígena.

Não obstante a questão das terras indígenas ser tão importante quanto qualquer outro assunto concernente à comunidade indígena, o foco aqui será direcionado à questão da integração dos indígenas à comunidade nacional brasileira – pensada e executada desde os tempos da invasão portuguesa até os dias de hoje, em que se discute a vigência do Estatuto do Índio (representativo do paradigma anterior à Constituição de 1988).

Quando da entrada em vigor do Estatuto do Índio, o Brasil era signatário da Convenção nº 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1957¹³, enraizada no paradigma assimilacionista.¹⁴ Esta norma foi superada pela Convenção nº 169 da mesma Organização, comprometida com a igualdade, a autonomia e o respeito à diversidade cultural e religiosa, dentre vários outros conceitos e princípios importantes.¹⁵

O paradigma que anima todo o Estatuto do Índio, tem origem no pensamento etnocêntrico europeu que baseou e ainda baseia muitas das interpretações e ações direcionadas aos indígenas e suas comunidades. A tarefa de construção do Estado Democrático de Direito exige o debate público acerca desta tradição – a ser criticada desde a perspectiva da concepção pluralista de democracia e do compromisso de todos os direitos fundamentais com o primado da dignidade. Interpretar o Direito e a Constituição, aqui, implica retomar nossa tradição com lucidez e franqueza, e pensar normas, instituições e casos jurídicos à luz da discussão sobre as concepções de sociedade e de Estado que se mostram legítimas desde as perspectivas abertas pela Constituição. Isto implica reconhecer, a um tempo, haver uma plêiade de possibilidades a serem mobilizadas pelos diferentes participantes deste debate, mas

13 Convenção nº 107 da OIT - aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 1965, e promulgada pelo Decreto nº 58.824, de 1966.

14 Consta do seu preâmbulo: [...] "Considerando que há nos diversos países independentes populações Indígenas e outras populações tribais e semitribais que não se acham ainda integradas na comunidade nacional, [...] Considerando que é **conveniente**, tanto do ponto de vista humano como do **interesse dos países interessados** procurar a melhoria das condições de vida e trabalho [...] sobre o conjunto de fatores que a mantiveram até aqui à **marginem do progresso da comunidade nacional** de que fazem parte; [...]. (grifos nossos). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/conv_intern_02.pdf/view. Acesso em: 23 jun. 2020.

15 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 09 jun. 2020.

também uma clara limitação de sentido, eis que muitas posições veiculadas por agentes públicos (como o Governo Bolsonaro e sua atitude de destruição de todos os fundamentos constitucionais-democráticos no Brasil) e privados (como os beneficiários de empreendimentos econômicos apenas viáveis desde quando realizados sem qualquer limitação legal comprometida com a preservação do meio ambiente ou a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas). Mesmo excluídos estes posicionamentos ilícitos e criminosos (dentre os quais os assumidos publicamente pelo Presidente da República e seus ministros), deve-se reconhecer a existência de um importante campo de debate acerca da questão indígena, espaço este que é importante valorizar em vista de uma construção pluralista do sentido da Constituição.

Contribuindo para esse debate é que se propõe, neste texto, perguntar se a(s) norma(s) que prevê(em) a integração do índio à comunidade nacional – seja como finalidade ou como condição para o exercício de direitos de fato – foi ou não recepcionada pela Constituição de 1988.

Buscando obter uma resposta parcial à questão, exploraremos o conceito integracionista inserido em nossa tradição para observar de forma específica os parâmetros do pluralismo jurídico e da isonomia que a Constituição de 1988 trouxe, e, ao fim, verificar, no âmbito da *práxis* jurídica – decisões e votos do STJ e STF – como tal norma integracionista tem sido compreendida.

De forma complementar, tendo em vista que a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho é um dos documentos mais importantes no que diz respeito aos direitos indigenistas, analisar-se-á qual é o espaço por ela ocupado em nosso ordenamento e qual entendimento é possível dela extrair acerca da (in) capacidade civil do indígena – questão jurídica que materializa o paradigma assimilacionista.

O paradigma assimilacionista/integracionista na legislação brasileira

No que diz respeito às Constituições Brasileiras acerca do assunto, a Constituição de 1934 trazia dois artigos – em um deles tratando da competência privativa da União para legislar sobre a incorporação dos “silvícolas” à comunhão nacional, e no outro respeitando a posse das terras em que se encontravam tais comunidades¹⁶.

Como é possível notar, a referida Carta teve o mérito de inaugurar o tratamento constitucional do tema, mas o fez com os olhos e pensamentos voltados ao padrão assimilacionista, desconsiderando o valor de sua identidade e singularidade e postulando sua evolução – pela qual a condição indígena pudesse ser superada em favor de sua integração.

A Constituição de 1946 repete a mesma norma, estabelecendo no artigo 5º que “Compete à União: [...] XV – legislar sobre: [...] r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, e determinando, no art. 216, que: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

A Constituição de 1967 elencou, em seu artigo 186, as terras indígenas entre os bens da União e determinou que “é assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, determinou, no art. 198, que: “As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.” De acordo com seu § 1º, “ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas

¹⁶ Artigo 5º, XIX, alínea m, e artigo 129.

pelos silvícolas.” Seu § 2º decretava que: “A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”

Durante o regime constitucional de 1946, deu-se a publicação da Convenção OIT 107 de 1957, inserida no sistema brasileiro sob a vigência do regime autoritário civil-militar, por meio do Decreto nº 58.824/1966. Tal norma da OIT foi fortemente marcada pelo paradigma integracionista. Por exemplo, o art. 2º estabelecia a competência principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das **populações interessadas** e sua **integração progressiva** na vida dos respectivos países. O art. 17 previa meios especiais de formação mediante um estudo detido do meio econômico, dos **graus de desenvolvimento cultural** e das necessidades reais dos diversos grupos profissionais e das referidas populações, que não seriam proporcionados a não ser depois que o **grau de desenvolvimento cultural dos interessados** o exija, nas fases adiantadas do **processo de integração**, deverão ser substituídos pelos meios previstos para os demais cidadãos. Já o artigo 18 estimulava o artesanato e as indústrias rurais das populações interessadas **na medida em que constituírem fatores de desenvolvimento econômico**, de maneira **a auxiliar tais populações e elevar seu padrão de vida e a se adaptar** aos modernos métodos de produção e de colocação das mercadorias.¹⁷

Este é o quadro – autoritário e etnocêntrico – em que se edita a Lei nº 6.001/1973 – o Estatuto do Índio – que prevê em seu artigo 1º: “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou **silvícolas** e das

17 Artigo 2º - 1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das **populações interessadas** e sua **integração progressiva** na vida dos respectivos países. (grifou-se).

[...]

Artigo 17

[...] 2. Esses meios especiais de formação serão determinados por um estudo detido do meio econômico, dos **graus de desenvolvimento cultural** e das necessidades reais dos diversos grupos profissionais e das referidas populações; deverão os mesmos permitir notadamente aos interessados receber a formação necessária para exercer as ocupações a que essas populações se tenham mostrado tradicionalmente aptas.

3. Esses meios especiais de formação não serão proporcionados a não ser depois que o **grau de desenvolvimento cultural dos interessados** o exija, nas fases adiantadas do **processo de integração**, deverão ser substituídos pelos meios previstos para os demais cidadãos. (grifou-se).

Artigo 18

1. O artesanato e as indústrias rurais das populações interessadas **serão estimulados na medida em que constituírem fatores de desenvolvimento econômico**, de maneira **a auxiliar tais populações e elevar seu padrão de vida e a se adaptar** aos modernos métodos de produção e de colocação das mercadorias. (grifou-se).

comunidades indígenas, com o propósito de **preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva** e harmoniosamente, à comunhão nacional” (grifou-se).

Num claro tratamento de diferenciação e distanciamento, o legislador, no artigo 4º, classifica os índios como isolados, em vias de integração e integrados, colocando e considerando a cultura indígena como algo a ser superado de forma gradual até atingir o ápice da integração, quando enfim estará livre do regime tutelar e apto a ser titular de sua capacidade civil plena – ter o direito de exercício dos seus direitos civis.

Isso quer dizer que seus costumes, tradições e sistema de vida devem ser, na prática, desconsiderados, pois se assim não ocorrer, ficará o índio submetido ao regime tutelar de que trata o artigo 7º da Lei¹⁸, não obstante a previsão de que poderão manter aspectos próprios de sua vida.

Nesse sentido, Vitorelli (2013, p. 7) menciona:

O objetivo estatal de integrar os índios à sociedade não-indígena, de forma progressiva e harmoniosa, estabelece o respeito à manutenção das comunidades indígenas, seus valores culturais, tradições e costumes **apenas durante o processo de transição e integração** dos índios. (grifou-se).

Ainda dentro do âmbito infraconstitucional, Anjos Filho (2008) coloca:

“Em 1916, o Código Civil tratou dos silvícolas como relativamente incapazes, submetendo-os a um regime de tutela que cessaria à medida que se adaptassem à civilização do país. [...] Portanto, mais uma vez a posição assimilacionista se fez presente. [...] Alguns anos depois, em 1928, através

¹⁸ Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

do Decreto nº 5.484 de 27 de junho, o regime tutelar dos índios foi alterado, deixando de se guiar pelo caráter orfanológico. (ANJOS FILHO, 2008, n. p.).

A tutela dos índios, de início era de competência da União, até ser transferida à FUNAI em virtude do problema com corrupção do SPI (CUNHA, 2018, p. 431).

Consoante Manuela Carneiro da Cunha (2018, p. 431), citando Dalmo Dallari:

A tutela dos índios foi incluída no Código Civil de 1916 como um remendo *a posteriori*. Embora pensada para protegê-los juridicamente, ela foi várias vezes mal interpretada por juízes que a consideravam um obstáculo a que os índios propusessem diretamente uma ação. Esses juízes consideravam que a Funai, enquanto tutora, era quem detinha capacidade jurídica exclusiva para representá-los. Como a Funai era justamente o órgão de que os índios tinham abundantes motivos para se queixar, o resultado, na prática, era que os índios não conseguiam entrar na justiça. (DALLARI, 1979; 1983; 1984 apud CUNHA, 2018).

[...] sobretudo no nordeste brasileiro, a pretexto de que “os índios se achavam confundidos com a massa da população”, nos termos da época, o que os privava de seus direitos exclusivos e coletivos sobre as terras. Emancipar índios da tutela com frequência seria interpretado por juízes como uma forma de destituí-los de sua condição indígena e, por conseguinte, dos direitos sobre suas terras que desde a Colônia lhes eram assegurados. Em suma, emancipar índios era uma forma disfarçada de liberar as terras que ocupavam.

Ocorre que a Constituição de 1988 inaugurou o chamado “direito constitucional indigenista brasileiro”, nos dizeres de

Paulo de Bessa Antunes (apud ANJOS FILHO, 2008, n. p.), cujos princípios seriam:

a) princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes línguas, crenças e tradições dos índios originários e existentes no território nacional: b) princípio do reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e proteção de sua posse permanente em usufruto exclusivo para os índios; e c) princípio da igualdade de direitos e da igual proteção legal (ANTUNES, 1998, p. 139-142, apud ANJOS FILHO, 2008, p. 521)

Assim, tendo em vista o princípio da igualdade de direitos e da igual proteção legal, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, conclui-se que os índios possuem o direito de usufruir de todos os princípios e direitos constitucionais comuns aos demais brasileiros insculpidos no art. 5º da Constituição, esse é o entendimento de Robério Nunes dos Anjos Filho:

Esse quadro normativoconstitucional, dentre outras consequências jurídicas, implica na evidente não recepção não só do modelo integracionista, mas também do sistema tutelar e de incapacidade até então vigente no plano infraconstitucional, que tinha raízes na tutela orfanológica e cessava com a integração do índio ou da comunidade indígena à comunhão nacional. Os grupos indígenas devem ser protegidos pelo Estado brasileiro enquanto minorias culturais, independentemente da maneira como interagem com a sociedade envolvente (ANJOS FILHO, 2008, p. 524, grifo nosso).

“a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que

a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio – econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida” (art. 2º).

Ainda a respeito da capacidade civil, o art. 3º da Convenção dispõe que “os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação.” (BRASIL, 2019).

Flávia Piovesan aduz que a Convenção nº 169 da OIT foi ratificada pelo Estado brasileiro em 02 de julho de 2002, portanto internalizada e estabeleceu um novo paradigma caracterizado pelo direito à diversidade, ao respeito à identidade dos povos indígenas, às suas especificidades e à diversidade cultural, pelo reconhecimento da identidade própria dos povos indígenas, à participação, direito à terra, pelos princípios do etnodesenvolvimento e de autodeterminação (PIOVESAN, 2018, p. 321).

Em 13 de setembro de 2007 é aprovada pela Assembleia Geral da ONU a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, cujo art. 1º assinala o direito pleno e efetivo aos índios dos direitos humanos e liberdades reconhecidos na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Direito Internacional (PIOVESAN, 2018, p. 321).

A doutrina esclarece que não existe um tratado internacional específico – figura jurídica com efeito jurídico vinculante – para a proteção dos direitos dos povos indígenas nas Nações Unidas, como há para a proteção de outras minorias, o que reflete a difi-

culdade na obtenção de um consenso entre Estados sobre o alcance dos direitos dos povos indígenas, principalmente no tocante ao direito à terra e ao princípio da autodeterminação, o que explica a adoção de uma “Declaração” e não de uma “Convenção”, já que as declarações *stricto sensu* têm efeito jurídico recomendatório ou *soft law* (PIOVESAN, 2018, p. 320).

O regime tutelar restritivo previsto no Estatuto do Índio se limita a tolher os índios de sua capacidade plena até que estes demonstrem por meio do preenchimento dos requisitos do art. 9º, mediante processo judicial, sua integração aos usos e costumes e a habilitação para o exercício de atividade útil, ambos na comunhão nacional, portanto em desrespeito ao novo paradigma constitucional de autodeterminação e às recomendações da Convenção nº 169 da OIT, cujo art. 3º dispõe aos povos indígenas e tribais o pleno gozo “dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação”.

Ademais, a finalidade da tutela é garantir a liberdade e não cerceá-la, cabendo ao tutor a defesa intransigente dos direitos e interesses dos povos indígenas, definidas pelos próprios indígenas conforme seus padrões culturais, ou seja, não cabe ao tutor servir de mediador de conflitos entre os índios e não índios, e sim identificar-se integralmente com os interesses dos povos que defende.

Por óbvio que uma vez reconhecida pela Constituição de 1988 a capacidade processual das comunidades indígenas, a capacidade civil plena dos índios é a sua consequência lógica, pois se trata da capacidade de gozo inscrita no Código Civil.

Ana Paula Joaquim explicita o caráter de norma autoaplicável do citado art. 232, de modo que ele basta por si só ao conferir a capacidade processual ativa aos índios e à sua comunidade, nesta ordem (KAYSER, 2010, p. 264-265 apud JOAQUIM, 2013, p. 60).

A autora menciona ainda que embora a referida capacidade processual seja a eles concedida, a situação não é a mesma quando se trata do polo passivo – tanto no que diz respeito aos índios quanto ao seu coletivo, sendo portanto necessário o ajuizamento

da ação tendo a União como ré, por falta de previsão constitucional (KAYSER, 2010, p. 264-265 apud JOAQUIM, 2013, p. 60).

Com o advento da Constituição de 1988, há então uma “virada de chave” no que diz respeito ao tratamento dos povos originários, o que pode ser demonstrado através da capacidade processual a eles concedida, o acompanhamento pelo Ministério Público Federal, dentre outros importantes pontos colocados à vista pela Carta Magna. Dessa forma, concedeu-se o espaço para livre manifestação e crescimento de várias organizações indígenas (LIMA, A., 2015).

A respeito da compreensão e interpretação que tem sido dada ao paradigma da integração, existem posicionamentos doutrinários e de opinião que entendem ser o regime tutelar imposto ao índio uma forma de proteger seus direitos. Veja-se:

Quanto aos silvícolas ou índios, pela sua gradativa assimilação à civilização, a questão de sua capacidade deverá ser regida por leis especiais [...] Nossos índios sofreram um processo de dizimação [...] sendo que os poucos que ainda restam, [...] podem ser equiparados a crianças. Devido a sua educação ser lenta e difícil, **o legislador criou um sistema de proteção** que os defende de pessoas sem escrúpulos. [...] Assim sendo **a determinação de sua incapacidade por legislação especial é uma proteção e não uma restrição**. (DINIZ, 2014, p. 196) (grifou-se).

De forma um pouco diferente, Salim e Oliveira (2016, p. 171) mencionam:

A Carta Política, que estatui uma gama de direitos fundamentais indígenas [...] 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 [...] (grifou-se).

Com todo o respeito pelas posições e entendimentos contrários existentes, entende-se que o paradigma assimilacionista ainda está fortemente presente nas práticas civis e jurídicas do povo brasileiro como maioria, constituindo verdadeira herança de concepção equivocada a respeito de povos que sustentam nada mais do que uma diferença daquela cultura europeia padronizada.

O fato de o legislador colocar que o índio deve ser submetido a este ou aquele regime que implica numa tutela, a este ou aquele requisito com vistas a determinado fim não é reconhecer a diferença tal como ela é – adicional de uma riqueza cultural e própria da existência humana, mas sim entender que a cultura da maioria é superior e deve ser obedecida.

Dessa forma, algumas de nossas leis ainda hoje reestabelecem e perpetuam critérios antiquados e preconceituosos que colidem instantaneamente com os preceitos da Constituição de 1988. Acabam por demonstrar ao intérprete que não estão alinhadas com os princípios da diversidade, isonomia, dignidade e pluralismo político como fundamento desta República e tantos outros de igual importância.

Sarmiento (2016, p. 264) segue nessa mesma linha, dizendo:

Por incrível que pareça, discriminações [...] persistem até hoje na legislação infraconstitucional brasileira relativa aos índios.

[...] denega a plena capacidade civil para os índios que não se “integraram à comunhão nacional”, estabelecendo um **modelo paternalista de tutela**, em que a manutenção da identidade cultural impõe uma “capitis diminutio” para o indígena. Esse modelo legal assenta-se em visão integracionista, que concebe os grupos indígenas como **coletividades**

em estado inferior de desenvolvimento, que devem ser paulatinamente “integradas” à cultura dos brancos. A premissa é a de que, **com o tempo, os índios serão “civilizados” e absorvidos pela sociedade envolvente**. Até que isso ocorra, o Estado lhes garante alguns direitos e exerce sobre eles uma tutela paternalista. (grifou-se).

É possível verificar ainda que o referido paradigma integracionista ou assimilacionista funda-se no conceito de **falso evolucionismo** construído por Lévi-Strauss (1952) – que explica, em crítica a tais perspectivas epistemológicas, antropológicas e culturais:

Mas, por mais diferentes e por vezes bizarras que possam ser, todas estas especulações se reduzem a uma única e mesma receita, que o termo de falso evolucionismo é, sem dúvida, mais adequado para caracterizar. Em que consiste ela? Muito exatamente, trata-se de uma tentativa para suprimir a diversidade das culturas, fingindo conhecê-la completamente. Porque, se tratarmos os diferentes estados em que se encontram as sociedades humanas, tanto antigas como longínquas, como estádios ou etapas de um desenvolvimento único que, partindo do mesmo ponto, deve convergir para o mesmo fim, vemos bem que a diversidade é apenas aparente. A humanidade torna-se uma e idêntica a si mesma, só que esta unidade e esta identidade não se podem realizar senão progressivamente e a variedade das culturas ilustra os momentos de um processo que dissimula uma realidade mais profunda ou retarda a sua manifestação.

Castro (2016, p. 291) esclarece que esta perspectiva, que anima a prática jurídica e política até o advento da Constituição de 1988 (e que ainda desafia crítica e superação), traduz-se no Falso Evolucionismo de Lévi-Strauss: “consiste em considerar os estados

em que se encontram as várias sociedades como estágios ou etapas de um único desenvolvimento que parte sempre de um mesmo ponto e tem sempre o mesmo destino pré-determinado.”

Também se ampara na mesma pré-compreensão a crença muito comum que se traduz no entendimento de que o indígena deixa de sê-lo se faz uso de alguns recursos instituídos e criados pela sociedade ocidental, como celulares, *tablets*, calças *jeans* e outros produtos (MILANEZ *et al.*, 2019). Isso em nada influencia ou diminui sua característica de indígena, que segue intrínseca a todos que assim se ligam à sua tradição, assim se autorreconhecem e são comunitariamente reconhecidos.

Este pensamento também pode ser fundamentado no falso evolucionismo de Lévi-Strauss, conceito esse que acaba por fazer surgir questionamentos e concepções que, ao constatarem que este ou aquele povo não faz uso ainda de determinados itens e produtos, acaba inevitavelmente lembrando-nos daquele estágio anterior de desenvolvimento em que nos encontrávamos (CASTRO, 2016).

Ou seja, se não fazem uso de nossos saberes, técnicas e linguagens, são atrasados, selvagens; se fazem, assume-se que perdem a característica de indígena. Sobre essa situação específica, Milanez *et al.* (2019, p. 2175) comentam:

Uma forma bastante comum de racismo contra as populações indígenas [...] é **a fossilização da cultura indígena como algo imutável e parado no tempo**. Como consequência, se um indígena é visto utilizando um celular ou escrevendo um livro, vai receber desde os comentários supostamente inocentes, mas profundamente racistas, como “você não parece índio”, até acusações diretas como “não é mais índio”, ou é “ex-índio”. (grifou-se).

É urgente refletir que ações e diretivas direcionadas à capacidade do indígena, ou qualquer outro assunto que diga respeito à

sua identidade, não deve ser baseada no paradigma assimilacionista da integração, tampouco deve ser algo que obrigatoriamente lhes imponham condições que beneficiarão apenas a sociedade envolvente. De uma forma ou de outra, seguimos tratando os indígenas como povos sob dominação, subjugados – a quem dirigimos o olhar ora hostil, ora paternalista, mas a quem nunca tratamos como iguais (o que implica respeitar a sua diversidade e valorizá-la). Impõe-se concretizar outro paradigma jurídico-político, em que os povos originários sejam a um tempo tratados com igualdade, respeitados em sua identidade, como integrantes da comunidade política brasileira enquanto indígenas – e não enquanto povos cuja integração à comunidade jurídica dependa da renúncia à sua própria existência (enquanto culturas e povos). Tal desafio encontra na Constituição de 1988 as condições de possibilidade – sobre isto passaremos a tratar no próximo tópico.

Constituição federal de 1988 – normas e princípios aplicáveis aos indígenas

A Constituição de 1988 oferece uma perspectiva completamente diferente, do ponto de vista jurídico, político, epistemológico e cultural, para a discussão sobre o tratamento justo outorgado aos indígenas enquanto integrantes de nossa comunidade política. Os direitos indígenas estão regulados especialmente no Capítulo VIII do Título VIII da Constituição, dedicado à “Ordem Social”¹⁹.

19 Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

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

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

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

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

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

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

Souza Filho (2013) enfatiza que ela foi a primeira Constituição do continente a abdicar da ideia integracionista, o que ocorreu não sem muito labor de todos os envolvidos à época – indígenas e não indígenas, como relata a antropóloga Manuela Carneiro em artigo publicado por ocasião dos 30 anos da Constituição e os direitos constitucionais dos índios.²⁰

A hermenêutica das normas em questão não tem a ver apenas com os direitos dos indígenas, sob o ângulo individual ou coletivo, mas tem impacto sobre a determinação constitucional da República e do povo brasileiro enquanto comunidade política. Ao respondermos à questão sobre o lugar e os direitos dos indígenas, em face do esclarecimento de nossa história, definimos – enquanto comunidade de intérpretes da Constituição – o que somos enquanto comunidade política, assim como o que significa entre nós o princípio republicano, o princípio do pluralismo político e o princípio da isonomia, inseridos no texto constitucional²¹.

Segundo Martonio Lima (2013), o fundamento da República Brasileira do Pluralismo Político pode ser visto sob dois ângulos – um que diz respeito à formação de partidos políticos e outro que trata da representação política em si ou organização da sociedade, que encontra guarida nos direitos fundamentais previstos no art. 5º, como liberdade de manifestação do pensamento, associação e reunião. Veja-se:

O sentido, pois, do pluralismo político constitucionalmente positivado no Brasil alcança hoje as diversas esferas da vida política e social do país, exercendo simultaneamente a função de principiológico, articulando-se, integrativa e normativamente, com os demais direitos fundamentais. Assim, **o pluralismo é um fundamento em si**, porém apoiando-se noutros direitos e garantias fundamentais a consolidarem a democracia brasileira. (grifos nossos).

20 Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/nec/v37n3/1980-5403-nec-37-03-429.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.

21 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político.
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...].

Seguindo a linha do autor, é possível compreender, portanto, que a pluralidade política se traduz também no reconhecimento da existência e do valor de diferentes modos de vida individual e em comunidade, recusando a uniformidade baseada na cultura europeia/americana padronizada. Neste quadro, a Constituinte de 1988 reconhece as comunidades indígenas – com suas normas, costumes, métodos, línguas e tantas outras características – como integrante da pluralidade fundamental de nossa forma republicana.

Sob o ângulo do respeito das identidades e de valorização da diversidade, compreende-se, no quadro do Estado Democrático de Direito, o princípio da isonomia – positivado no artigo 5º – em articulação essencial com o pluralismo político.

Referida norma contém em si a ideia da igualdade formal, sob a qual encontram-se amparadas todas as pessoas, não sendo lícito o privilégio, o sofrimento ou a discriminação de qualquer natureza. Este imperativo não elide o reconhecimento de diferenças entre as pessoas, que precisam ser observadas pela lei, suas instituições (políticas públicas, tribunais) e pela sociedade, posto que inseridas num Estado Democrático de Direito em que se assegura o pluralismo e os direitos fundamentais.

São as chamadas minorias em sentido político-jurídico (e não numérico) – pobres, crianças, mulheres, idosos(as), quilombolas, indígenas, portadora(e)s de necessidades especiais, a comunidade LGBTQIA+, dentre outras – merecedoras de especial consideração da lei em razão de óbices históricos (sociais, morais, econômicos, geográficos, arquitetônicos *etc.*) ao acesso à igualdade e à dignidade. Pessoas e coletividades que exigem tratamento diferente em razão de suas singularidades e da exclusão, rebaixamento e violência a que estão expostos, para que possam sobreviver, alcançar condições mínimas de vida digna e viver em igualdade de oportunidades com todos os integrantes da comunidade política – o que exige muitas vezes a crítica e a correção de ações do passado, bem como transformação da realidade em favor de sua promoção –, olhar esse que não será

considerado discriminatório no sentido negativo da palavra. Com este enfoque, Sarmento (2016, p. 269-270) aduz:

Afinal, o que a igualdade postula não é o tratamento igual de todas as pessoas, mas sim o respeito a cada um *como um igual*. E tratar as pessoas como iguais implica reconhecer e respeitar suas diferenças identitárias, que muitas vezes demandam proteções jurídicas diferenciadas. [...] Ocorre que tratar com o mesmo respeito as pessoas impõe, muitas vezes, a atribuição de direitos diferenciados a elas. As razões podem ser as mais diversas: corrigir injustiças estruturais e históricas, [...] possibilitar a sobrevivência de culturas e modos de vida tradicionais que são constitutivos da identidade de seus integrantes, etc. (grifos do autor).

Moura e Machado (2013, p. 46) trazem o mesmo posicionamento ao dizer:

[...] é necessário assegurar **a pluralidade do Estado brasileiro** na perspectiva étnica e cultural, tal como constitucionalmente determinado, **o que assegura tratamento diferente aos desiguais**. (grifos nossos).

É possível inferir que a Constituição de 1988, ao tratar dos direitos relativos aos povos indígenas, balizou-se por uma compreensão de democracia pluralista que assegura e valoriza a identidade e a diversidade – não apenas no referido Capítulo VIII do Título VIII, mas em diferentes dispositivos que corroboram uma compreensão que ultrapassa a perspectiva epistemológica, antropológica e cultural (pseudo) evolucionista. Recusa, portanto, o tratamento a um tempo paternalista e excludente com que o Estado brasileiro tem se relacionado com as comunidades indígenas há séculos (tendo o genocídio como resultado incontestável).

No campo da educação, previu a Carta Magna que o ensino fundamental será ministrado por meio da língua portuguesa, garantindo-se, todavia, às comunidades indígenas, a utilização de suas línguas e meios próprios de aprendizagem (artigo 210, §2º).²² Garante-se também, assim como às culturas afro-brasileiras e outros grupos, as manifestações de suas culturas (artigo 215, §1º), artigo este que, segundo Heemann (2017, p. 6), “é tratado como marco da pluriétnicidade no Estado brasileiro, uma vez que impõe ao Estado a obrigação de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais.”

Segundo Castro (2016), o fato de se reconhecer uma cultura vai além do estabelecimento de normas de proteção, e deve também conter a ideia de que nenhuma cultura é superior a outra, seja ela qual for. Isso se mostra muito bem por meio dos artigos 216, 231 e 232 do texto constitucional.

Pois bem, no primeiro artigo citado previu-se que todo elemento de cultura dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira é considerado patrimônio cultural brasileiro.

Nos dois últimos artigos (231 e 232), sua cultura foi novamente reconhecida, assim como os direitos originários sobre as terras que ocupam e a posse permanente, o usufruto exclusivo dos recursos das terras, a indisponibilidade e a não alienação das mesmas, a proibição da remoção da comunidade de suas terras – salvo em caso de catástrofe ou epidemia – e concedeu aos índios e suas comunidades capacidade para atuar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, como já apontado anteriormente.

Não se pode admitir, portanto, no marco do Estado Democrático de Direito, que os indígenas tenham suas identidades e sua singularidade deturpadas por uma cultura alienígena que se acha superior. A esse respeito, voltemos a Souza Filho (2013), que aponta:

²² Segundo o art. 13 da Constituição, “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.” Esta norma ainda expressa uma relação com os povos originários que os subalterniza e exclui, tratando-os ainda, de certo modo, como alheios à comunidade política de que todos participamos. A interpretação sistemática e principiológica da Constituição exige que se construam formas de comunicação pública e de diálogo oficial que reconheçam outras centenas de línguas igualmente brasileiras. Se tais línguas são “reconhecidas aos índios” (art. 231) – e se todos são iguais perante a lei (art. 5, *caput* e inciso I) – deve-se concluir que tais línguas, representativas de valores e culturas que são igualmente protegidas pela Constituição, devem ser objeto do mesmo reconhecimento que a língua portuguesa, em tudo quanto diga respeito ao exercício dos direitos.

[...] **é claro que a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação**, integração ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional com os povos indígenas habitantes de seu território. (grifou-se).

Outra não é a posição de Pereira (2002):

Corolário do mesmo preceito constitucional é o banimento definitivo das categorias, positivadas no ordenamento jurídico pretérito no trato da questão indígena, de *aculturados* ou *civilizados*, seja porque a noção de cultura como totalidade [...] é ultrapassada, seja porque, nas relações interétnicas, as situações de contato não significam o abandono dos códigos e valores que orientam cada grupo [...] (Barth 2000:35). (grifos da autora).

Frente a tais colocações e reflexões, teria, a Constituição de 1988, recepcionado o artigo 1º do Estatuto do Índio, e em decorrência, toda e qualquer lei, comando ou regulamento que faça menção ou busque a integração assimilacionista do indígena à comunhão nacional?

Parece clara a inadequação constitucional da legislação em causa. No entanto, nova regulamentação infralegal da condição jurídica e política do indígena – que ultrapasse o regime tutelar e o paradigma integracionista, dentre tantas outras irregularidades – encontra-se congelada no Congresso Nacional²³, em que aguarda análise projeto de lei que não tem movimento desde 2012, mesmo tramitando em regime de prioridade²⁴.

23 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8E16324A2421C2971F-3121611521CBFC.proposicoesWebExterno1?codteor=1685910&filename=PL+2057/1991. Acesso em: 10 jul. 2020.

24 Regimento Interno da Câmara dos Deputados – Artigo 151, II. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

A questão não recebe, do Poder Legislativo, resposta que é urgente oferecer, necessária à concretização dos direitos e dos princípios afirmados pela Constituição, que abriga e incentiva perspectiva inteiramente nova.

Cumprir analisar a prática jurídica nos tribunais brasileiros, identificando-se decisões que tratam do tema, e perguntando se ainda se encontram vinculadas ao paradigma da assimilação, calcada no falso evolucionismo, paternalismo e exclusão – ou se levam a sério o pluralismo afirmado pela Constituição.

Tribunais brasileiros e sua compreensão acerca da norma da integração

Frente a tudo que foi exposto até o momento, no intuito de observar como os tribunais brasileiros têm lidado com o paradigma assimilacionista que outrora circundava todo e qualquer assunto atinente às populações indígenas (e que ainda se encontra presente), vale a pena levantar decisões judiciais cuja análise crítica possa esclarecer se se mantém o compromisso da jurisprudência para com interpretações não mais adequadas à Constituição vigente – ou se já assumem o paradigma do pluralismo político trazido pela Constituição de 1988. Vamos examinar como tal compreensão tem sido sedimentada.

Começamos por destacar a presença desta discussão em conjunto de decisões compiladas pelo Ministério Público Federal, que dizem respeito à temática indígena²⁵, devendo-se mencionar as colacionadas abaixo.

O paradigma assimilacionista é refutado pelo TRF-3 na decisão abaixo, em expressa assunção da perspectiva pluralista, em defesa do reconhecimento da diversidade como fundamento da decisão:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA “OFAYÉ-XA-

²⁵ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2020.

VANTE". OCUPAÇÃO TRADICIONAL. EXPULSÃO SISTEMÁTICA DO GRUPO. POSTERIOR RETORNO. OCORRÊNCIA DE ESBULHO RENITENTE. MANUTENÇÃO DA TRADICIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

O sistema constitucional prioriza a diversidade cultural e despreza políticas anteriores de integração à sociedade nacional. As comunidades indígenas que sobreviveram ao **processo de genocídio** possuem o **direito originário de manutenção do modo de vida.** (TRF, 3ª Região, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000793-94.1993.4.03.6003/MS, São Paulo. Relator: Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO. Data do julgamento: 23 de agosto de 2016.) (grifou-se).

Na decisão do TRF-1 abaixo, critica-se o paradigma assimilacionista por incompatível com a Constituição de 1988:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO n.. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO n..169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

[...] os colonizadores portugueses desconsideraram a existência de povos autóctones, com organizações sociais e domínio territorial altamente diversificados e complexos, **negando aos seus membros a qualidade de pessoas humanas ou de uma humanidade viável**, mo-

tivo pelo qual justificavam a invasão e tomada violenta do território, a escravização, as guerras, os massacres e o ocultamento jurídico. O direito colonial e posteriormente o nacional seguiram o mesmo caminho. [...]Esta depreciação justificava a tutela especial exercida pelo Estado, os processos e ações públicas **voltados para a integração dos índios à comunhão nacional**, o que equivale dizer, **transformar os índios em não índios**. Com a promulgação da **Constituição de 1988** reconhecendo expressamente as diferenças étnico-culturais que as pessoas indígenas e suas sociedades configuram, pelo reconhecimento dos índios, suas organizações sociais, usos, costumes, tradições, direito ao território e capacidade postulatória, **um novo tempo de direitos se abre aos povos indígenas**. Um novo tempo, não mais marcado pela exclusão jurídica e sim, pela inclusão constitucional das pessoas e povos indígenas em suas diferenças, valores, realidades e práticas sociais, com permanentes e plurais possibilidades instituintes. (TRF 1ª Região, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL 2006.39.03.000711-8/PA. Voto do Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Julgado em: 26/10/2011) (grifou-se).

Nesta decisão do TRF-4, afirma-se a necessidade de compreender-se todo o sistema jurídico infraconstitucional em atenção ao novo paradigma imposto pela Constituição de 1988, com respeito aos povos indígenas:

CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MULHER INDÍGENA. DISCRIMINAÇÃO POR ETNIA, SEXO E IDADE. DISCRIMINAÇÃO MÚLTIPLA OU INTERSECCIONAL. DIREITOS CULTURAIS. DIVERSIDADE CULTURAL. DIREITO AO RECONHECIMENTO. DIREITO PROBATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA. 821 PODER JUDICIÁRIO. LEGISLADOR NEGATIVO. ATUAÇÃO CONCRETIZADORA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. APLICAÇÃO IMEDIATA. DIREITOS

SOCIAIS DERIVADOS. PRESTAÇÃO SOCIAL POSITIVA. PROIBIÇÃO DO TRABALHO. MENORES DE DEZESSEIS ANOS. NORMA PROTETIVA. TRATAMENTO DIFERENCIADO. POSSIBILIDADE.

[...] 4. A Constituição de 1988, atenta às diferenças culturais presentes na sociedade brasileira, previu tratamento específico quanto às culturas e etnias indígenas. **Toda a legislação infra-constitucional deve ser interpretada conforme o comando do artigo 231, que prevê verdadeiro direito ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas.** (TRF4, AC 5001796-23.2015.4.04.7127, QUINTA TURMA, Relator ROGER RAUPP RIOS, juntado aos autos em 29/03/2017) (grifou-se).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, importante trazer alguns pronunciamentos importantes.

Nesta decisão, o STF esclarece que a proteção de que os indígenas são mercedores não pode acarretar qualquer diminuição em sua capacidade jurídica e no gozo de seus direitos fundamentais:

[...] em decorrência de todo o arcabouço constitucional, que retirou os indígenas de uma esfera *protetiva-diminutiva* de suas capacidades, e reconheceu-lhes, dentro de uma noção plural de sociedade que pretendeu regular, a mesma capacidade conferida aos demais cidadãos brasileiros na defesa de seus direitos. (STF, Medida Cautelar em Mandado De Segurança 33.922 Distrito Federal. Relator: MIN. EDSON FACHIN. Data do Julgamento: 22 de fevereiro de 2016.) (grifou-se).

Nesta outra decisão, o STF pronuncia-se de forma a explicitar o pluralismo como fundamento constitucional para compreender a questão indígena, no marco da Constituição de 1988:

Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitu-

cional 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. [...] Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas **somatório de mundividências**. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (STF, Pet 3.388, Relator: Min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.) (grifou-se).

Ainda com relação ao pluralismo, às minorias e à função contramajoritária do STF, lê-se nesta decisão de nosso tribunal constitucional:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. [...] **Em uma palavra: ninguém se sobrepõe**, nem mesmo os grupos majoritários, **aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República**. Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo

efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados. Isso significa, portanto, numa **perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática** (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um **sistema de efetiva proteção**, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País. (STF, ADI 4277, Voto Ministro Celso de Mello. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011) (grifou-se).

Diante de tais decisões, é possível observar que a orientação dos tribunais brasileiros acerca do assunto indigenista assume o pluralismo como paradigma para sua compreensão, refutando expressamente a perspectiva assimilacionista-integracionista.

Nesse sentido, a Petição 3388/RR, que cuidou da demarcação de terras indígenas – caso “Raposa do Sol” – tornou-se verdadeiro paradigma jurisprudencial da Suprema Corte, que, de acordo com OLIVEIRA (2018), assume e impõe reconhecer “(i) as terras indígenas como parte essencial do território brasileiro; [...] (iv) o falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento[...]”, dentre outros pontos por quais se afirmam seus direitos fundamentais em contexto pluralista.

Conforme o levantamento realizado – e que merece aprofundamento – verificamos a assunção jurisprudencial dos princípios do pluralismo político, da igualdade, do respeito à diversidade e da preservação das culturas. Tudo isto reforça a conclusão de que, no atual quadrante da teoria e da prática jurídica brasileira, qualifica-

-se como inconstitucional – ou revogada ou não recepcionada pela Constituição de 1988 – toda e qualquer norma jurídica representativa do paradigma assimilacionista.

Ainda dentro do âmbito da atuação dos Tribunais e sua relação com os direitos fundamentais dos povos originários, oportuno tratar da ADPF 709, ajuizada pela APIB – Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, em conjunto com alguns partidos políticos, que, frente à atual pandemia de COVID-19, requisita informações e providências do governo brasileiro.²⁶

Nela, são postulados diversos pedidos em sede cautelar, como a instalação de barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas, a retirada de invasores de suas terras, a construção de plano especial de enfrentamento à pandemia, entre outros, tendo em vista que a pandemia da COVID-19 acomete de forma brutal a população indígena, mas mais intensamente do que o restante da população²⁷.

O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, deferiu parcialmente as cautelares. A leitura da íntegra dessa Medida é pertinente ao operador do direito interessado na discussão paradigmática acerca dos direitos fundamentais dos indígenas. Aqui, importa trazer alguns pontos das “Premissas da Decisão” do Relator, que assumem os pressupostos pluralistas da Constituição em detrimento de quaisquer outros discriminatórios em face dos povos originários. Em resumo, veja-se:

Ela observa três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) **a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.**

16. No que respeita aos princípios da precaução e da pre-

²⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446897>. Acesso em: 23 jul. 2020.

²⁷ ADPF 709. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020. “Em 15 dias número de mortes aumentou 800% entre indígenas por covid-19” – Disponível em: <http://apib.info/2020/04/23/em-15-dias-numero-de-mortes-aumentou-800-entre-indigenas-por-covid-19/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

venção, é importante frisar que se alega, na inicial, um risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por COVID-19. Em tais circunstâncias, de alegação de risco ao direito à vida e à saúde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que as decisões judiciais devem pautar-se por tais princípios.

17. É válido registrar, ainda, **que se tem verificado grande resistência no governo quanto à concretização dos direitos dos povos indígenas.** (STF, Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 709 Distrito Federal. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 8 de julho de 2020. Publicação: 22/07/2020) (grifou-se).

Ademais, o Ministro faz importante menção à Convenção 169 da OIT:

20. Finalmente, tratado de direito internacional ratificado e internalizado pelo Brasil determina que decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas *com a sua participação*[11]. (STF, Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 709 Distrito Federal. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 8 de julho de 2020. Publicação: 22/07/2020) (grifos do autor).

Neste último excerto, segundo nota inserida em sua manifestação, o Ministro faz alusão aos artigos 2º, 1; 4º, 2; 5º, "c"; 6º, 1, "a" e "b"; art. 7º, 1 da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, o mais importante documento internacional acerca da temática indigenista. De forma resumida, tais artigos dizem respeito à articulação que os Estados signatários devem realizar em conjunto com os povos indígenas e tribais, sempre observando

suas particularidades e respeitando suas formas de vida e, principalmente, prevendo a consulta a esses povos em “medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”²⁸.

Trata-se de norma com importância ímpar para a discussão de que este nosso texto participa – instituindo princípios e regras a serem obrigatoriamente observados pelo Estado e pela sociedade brasileira na forma como se afirmam e concretizam os direitos dos povos originários. Passa-se a analisar seu papel no ordenamento brasileiro e qual função exerce frente aos parâmetros alinhados ao Estado Democrático de Direito aplicáveis aos indígenas enquanto constituidores de uma minoria que merece proteção, valorização e respeito.

A Convenção 169 da OIT e seu lugar no ordenamento jurídico brasileiro

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais foi adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002; depositado o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002; com entrada em vigor internacional em 5 de setembro de 1991, e, para o Brasil, em 25 de julho de 2003, nos termos de seu art. 38; e promulgada por meio do já revogado Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004, mas reunificada em novo Decreto – 10.088 de 05 de novembro de 2019²⁹ (BRASIL, 2019).

Uma vez adotada, nasce para rever e ultrapassar os conceitos etnocêntricos que fundamentaram sua antecessora, conforme já mencionado neste artigo³⁰.

28 Convenção 169 – OIT – Artigo 6º, 1, a). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 23 jul. 2020.

29 Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 23 jul. 2020.

30 Convenção 169-OIT: “[...] Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram [...]”

Sua importância no âmbito dos direitos indigenistas é inquestionável. Fazer uma comparação entre a Convenção nº 107 e a nº 169 permite observar mudança decisiva em todos os paradigmas relativos aos povos originários.

Assumindo o paradigma da diversidade e do pluralismo, a Convenção OIT 169 reconhece que os povos originários são integrantes da sociedade política com identidades, perspectivas, visões e interesses próprios. Este é o fundamento lógico e axiológico do direito de consulta prévia a tais povos, exigível quando houver a incidência de qualquer medida legislativa ou administrativa que possa influenciar seu modo de vida; do respeito aos costumes e métodos de tais povos inclusive quanto à repressão de delitos; da atenção à relação que possuem e cultivam com a terra; ao reconhecimento do direito de propriedade e posse de suas terras, dentre tantos outros pontos importantes relativos à educação, seguridade social e trabalho dos povos indígenas – caminho que verificamos ter sido trilhado pela Constituinte de 1988.³¹

ANJOS FILHO (2009) lembra que a referida Convenção ficou durante muitos anos sob análise de membros do Poder Executivo e Legislativo, sendo objeto de estudo das mais variadas Comissões para que se verificasse a presença (ou ausência) de conflitos com a Constituição de 1988, até ser enfim aprovada em 19 de junho de 2002.

A Convenção figura no ordenamento jurídico brasileiro com status de supralegalidade – norma considerada superior às leis, mas inferior com relação aos mandamentos constitucionais.

Sobre a incorporação e *status* dos Tratados Internacionais, a Constituição Federal de 1988, por força da Emenda Constitucional 45/2004, prevê em seu artigo 5º, §3º:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

³¹ Convenção 169 – OIT – Artigo 6º, 1, a; Artigo 8º, 1; Artigo 9º, 1; Artigo 13, 1; Artigo 14, 1.

Tendo em vista que a Convenção nº 169 foi introduzida no ordenamento brasileiro antes da entrada em vigor de tal Emenda, Anjos Filho (2009, p. 541-542) coloca toda a discussão existente na doutrina e jurisprudência acerca de sua posição (se a referida Convenção ocupa *status* constitucional ou supralegal), e a considera possuidora de supralegalidade:

[...] admitimos, [...] que todos os tratados internacionais integrados ao ordenamento positivo brasileiro que veiculam os elementos do direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas possuem natureza *supralegal*. Essa conclusão implica em duas importantes consequências: a) os tratados citados se sobrepõem à legislação ordinária; b) os tratados citados podem *ampliar* os direitos indígenas reconhecidos pela ordem positiva constitucional e infraconstitucional. (grifos do autor).

Em Ação Civil Pública que teve entre seus objetos o direito à consulta prévia por parte dos povos indígenas, o Ministério Público Federal situado no Estado do Pará argumentou corretamente em sua petição³²:

Na condição de tratado internacional de direitos humanos, **a Convenção nº. 169/OIT possui status normativo supralegal** (RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, 03/12/2008), nos termos da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP), significando dizer não apenas que **toda medida legislativa infraconstitucional deverá estar em conformidade com suas disposições, mas que se constitui como vetor interpretativo das próprias normas constitucionais**. (grifou-se).

32 Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_suspensao_licenciamento_complexo_hidreletrico_rio_cupari_pa_consulta_previa_livre_informada.pdf. Acesso em: 24 jul. 2020.

Assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal sobre o assunto dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. **POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS** NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de **supralegalidade** aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um **atributo de supralegalidade**. [...]

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante**. (RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Julgamento: 03/12/2008. Publicação: 05/06/2009) (grifou-se).

No mesmo sentido, ainda o Supremo:

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM.

A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo **supralegal** dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, **torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante**, seja ela **anterior** ou **posterior** ao ato de ratificação. (STF, HC. 88.240. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Julgamento: 07/10/2008. Publicação: 24/10/2008.) (grifou-se)

Diante da supralegalidade da Convenção nº 169, é razoável entender que, uma vez estando em posição superior às leis propriamente ditas, resolve-se a dúvida sobre capacidade civil dos indígenas – preenchendo-se a lacuna aberta pela referência do parágrafo único do art. 4º do Código Civil.

Ou seja, uma vez afastado pela Constituição vigente o paradigma assimilacionista, resta não recepcionado o Estatuto do Índio e seus fundamentos, já que impõe ao integrante dos povos originários qualquer espécie de menoridade ou de condicionamento ao exercício da capacidade civil, que não são aqueles vigentes de forma geral para todos os demais integrantes de nossa comunidade jurídica.

A lei especial a que o Código Civil faz referência pode ser entendida como sendo a própria Convenção 169 da OIT – esta sim, alinhada aos ditames constitucionais, vindo a conferir a capacidade civil plena a todas as pessoas dos povos originários, afastando-se inteiramente o paradigma integracionista ainda perpetuado pela vigência do Estatuto do Índio³³, no que diz respeito ao tema da capacidade civil.

Tal interpretação é corroborada também pelo princípio de acordo com o qual a afirmação dos direitos, pela Convenção, não pode ser interpretada de modo a restringir ou postergar outros

33 Código Civil de 2002 – Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

direitos atribuído aos seus titulares por outras normas jurídicas. O que expressa o artigo 35 da Convenção:

A aplicação das disposições da presente Convenção não deverá prejudicar os direitos e as vantagens garantidos aos povos interessados em virtude de outras convenções e recomendações, instrumentos internacionais, tratados, ou leis, laudos, costumes ou acordos nacionais.

Conforme afirma Anjos Filho (2009, p. 630-631): “a própria Convenção em tela afasta a aplicação de seu texto, pois o mesmo não deve prejudicar direitos e vantagens assegurados aos povos indígenas por outras fontes normativas [...]” – o dispositivo deve ser interpretado como exigência de interpretação sistemática e comprometida com a efetividade dos direitos ali referidos, prestando-se a evitar que seus dispositivos venham a ser empregados de modo a reduzir a outros direitos fundamentais sob a justificativa de que tal seja necessário para assegurar as medidas de especial proteção trazidas por aquele documentos normativo de direitos humanos.

Diante da posição superior da Constituição Federal de 1988 – que conferiu inclusive capacidade para estar em juízo aos indígenas e suas comunidade – e da supralegalidade da Convenção OIT 169 – à qual todas as normas legais e infralegais brasileiras devem adequar-se, assim como decisões judiciais e administrativas – as normas que implicam qualquer restrição à capacidade civil do indígena mostram-se antijurídicas (inconstitucionais e anticonvençãoais), posto que consideram o índio como pessoa incapaz que deve ser tutelada, segundo a perspectiva etnocêntrica, paternalista e racista, típica do paradigma assimilacionista.

Desta forma, servindo como lei especial, conclui-se que a Convenção nº 169 também confere aos indígenas a plena capacidade civil, entendimento que se coaduna com os mandamentos constitucionais, uma vez colocada em plano inferior à Norma Maior, mas superior às leis ordinárias.

Conclusão

No quadro da afirmação pluralista de direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituinte de 1988, características do Estado Democrático de Direito, reputa-se inadmissível que se mantenham, contra os povos indígenas, práticas assimilacionistas ou de aculturação fundadas no entendimento colonizador do séc. XVI.

O Estatuto do Índio – Lei 6.001/1973 – é legislação que não foi formalmente revogada – seja por outra lei promulgada em sintonia com a principiologia da Constituição de 1988, seja pela declaração de sua não recepção, pelo Supremo Tribunal Federal, mantendo-se aberta, na doutrina e na jurisprudência, a discussão sobre sua vigência – e abrindo espaço ainda para a dúvidas que levam à manutenção da aplicação do paradigma integracionista-assimilacionista. Tribunais e juízes seguem eventualmente fundamentando decisões com critérios epistemológicos, antropológicos e culturais incompatíveis com o paradigma constitucional, tanto em âmbito criminal como em outras esferas do Direito. O Governo Federal brasileiro, desde a eleição do Presidente Bolsonaro – pródigo em atentados contra a ordem democrática em todas as searas – não poderia mostrar conduta diferente, uma vez que explicitamente afirma a superioridade política e axiológica do regime ditatorial civil-militar que foi suplantado pela Constituição vigente (com que dá mais uma prova de sua vileza moral, política e intelectual – e por quanto responderá, estando as medidas de responsabilização em curso no momento em que este artigo se escreve).

Tais entendimentos são francamente incompatíveis com o ordenamento jurídico vigente. A Constituição cuidou dos povos indígenas, reconhecendo-lhes o direito à identidade e autonomia, tema que alcança importância política e jurídica ímpar quando integrado ao pluralismo político e à cidadania enquanto fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Neste quadro – com respeito especialmente ao tema da capacidade civil do indígena – desenvolve a doutrina o debate acerca da recepção, pela Constituição de 1988, das normas assimilacionistas

contidas no Estatuto do Índio que impõem ao indígena regime tutelar, restringindo sua capacidade jurídica de fato e condicionando-a à assimilação da forma de vida da maioria dos demais integrantes de nossa comunidade jurídica.

Buscamos aqui investigar se nosso ordenamento jurídico – Constituição, lei, jurisprudência – oferecem resposta à questão.

Trata-se de questão importantíssima, tanto do ponto de vista da crítica à nossa história de genocídio, expropriação e exclusão dos povos originários, quanto do ponto de vista de nosso futuro enquanto comunidade política e jurídica comprometida com a igualdade e a diversidade – e que representa importante desafio do processo de construção do Estado Democrático de Direito.

A análise da Constituição, da Convenção OIT 169 e das decisões judiciais rememoradas aqui convencem pelo abandono do paradigma assimilacionista, e assim como pela revogação dos dispositivos do Estatuto do Índio que impõem limites à capacidade civil do indígena em decorrência da sua identidade indígena.

De todo modo, ainda que tal conclusão seja cristalina, segue urgente que a legislação nacional em Direito Civil e a atinente à necessária proteção especial do indígena seja alterada para que se compatibilize expressamente com os mandamentos da Constituição, atendendo a postulados não etnocêntricos que permitam fazer cessar o genocídio iniciado no séc. XVI, e ainda em curso. É especialmente urgente que o Supremo Tribunal Federal se manifeste de modo cabal sobre a superação do paradigma assimilacionista, declarando a não recepção das normas do Estatuto do Índio que o consagram.

Tratar os indígenas e suas comunidades como estranhos a serem “educados” ou eliminados é uma compreensão persistente em nosso País, não só por motivos econômicos, mas também morais, religiosos, políticos e culturais. Precisamos aprender que somos, os brasileiros, vários povos, cuja unidade política e jurídica em comunidade se forja a partir do reconhecimento de nossas peculiaridades e da nossa igualdade.

Referências

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 2 v. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Usp, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>. Acesso em: 21 jul. 2020.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56008>. Acesso em: 28 ago. 2020. Não paginado.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 1º jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro - RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro - RJ, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de Outubro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 17 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Casa Civil. Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 6 dez. 1967, retificado em 12 dez. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5371.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 19 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.922. Impetrado: Presidente Da República. Impetrante: Mauro Fernando Schaedler. Ministro Edson Fachin. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 22 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Petição nº 3388-4. Requerido: União. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2009.

BRASÍLIA. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei PL 2057/1991. Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>. Acesso em: 10 jun. 2020. Texto Original.

BRASÍLIA. **Câmara dos Deputados**. Legislação sobre o índio (recurso eletrônico). 2. ed. Brasília: Edições Câmara, 2016. (Série legislação; n. 232). ISBN 978-85-402-0498-0. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12897>. Acesso em: 15 jun. 2020.

CASTRO, Alexander Rodrigues de. Fundamentos Para Uma Crítica Do Estatuto Do Índio: Raça E História De Lévi-Strauss. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [s.l.], v. 11, n. 1, p. 275, 28 jun. 2016. Universidade Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369420970>.

COELHO, Nuno M. M. dos S. **Fundamentos filosóficos da interpretação do direito**: o romantismo. São Paulo: Rideel, 2012.

COELHO, Nuno M. M. S.; MELLO, Cleyson de Moraes . ἕτεροι καὶ ἴσοι: Aristotle on diversity and equality in the constitution of polis. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 114, p. 78-113, 2017.

COELHO, Nuno M. M. S.; SILVEIRA, R. R. . Natureza, capitalismo e política. **Revista Libertas**, v. 3, p. 109, 2017.

COELHO, Nuno M. M. S. **Fundamentos filosóficos da interpretação do direito – o Romantismo**. São Paulo: Rideel, 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição: Dossiê 30 Anos Da Constituição Brasileira. **Novos Estudos - Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 03, p. 429-443, set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FUNAI. **Serviço de Proteção aos Índios - SPI**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi?limitstart=0#>. Acesso em: 21 jun. 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Org. Pierre Frichon. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

HABERMAS. Jürgen. **Dialética e hermenêutica**. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987

HEEMANN, Thimotie Aragon. Por Uma Releitura Do Direito Dos Povos Indígenas: Do Integracionismo Ao Interculturalismo. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v. 109, n. 53, p. 1-14, jul. 2017. Disponível em: http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Direito_PovosIndigenas.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

JOAQUIM, Ana Paula. **Direito constitucional indígena: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

doi:10.11606/D.2.2013.tde-09122013-145825. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122013-145825/publico/Ana_Paula_Joaquim_dissertacao_textuais_pos.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

LÉVI-STRAUSS, C. Raça e História. *In: Antropologia Estrutural II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, pp 328-366.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. Sobre tutela e participação: Povos Indígenas e Formas de governo no Brasil, Séculos XX/XXI. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 425-457, ago. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132015000200425&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 ago. 2020. <https://doi.org/10.1590/0104-93132015v21n2p425>.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Comentários ao artigo 1º, V. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MILANEZ, Felipe; SÁ, Lucia; KRENAK, Ailton; CRUZ, Felipe Sotto Maior; RAMOS, Elisa Urbano; JESUS, Genilson dos Santos de. Existência e Diferença: O Racismo Contra os Povos Indígenas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 2161-2181, jul. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n3/2179-8966-rdp-10-03-2161.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2020.

MIRANDA, Luiz Almeida. Evolução da Política Indigenista no Brasil. **Legislação Sobre O Índio**, Brasília, v. 2, n. 232, p. 11-17, fev. 2016. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12897>. Acesso em: 15 jun. 2020.

MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOURA, Natália Silva; MACHADO, Nélida Reis Caseca. Qual A Norma Aplicável Ao Índio No Paradigma Da Interação? **Revista do Curso Direito Unifor**, Formiga, v. 4, n. 1, p. 33-50, jun. 2013.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 107 – **Convenção sobre as Populações Indígenas e Tribais de 1957**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/conv_intern_02.pdf/view. Acesso em: 09 jun. 2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 169 – **Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 09 jun. 2020

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. Comentários aos artigos 231 e 232. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O Estado Pluriétnico**. [S. l.] 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83418>. Acesso em: 14 jun. 2020

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

SALIM, Jacqueline Malta; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Integração do índio à sociedade: Tentativa de “Desindianização” ou Fixação de Critérios para o Exercício de Direitos? **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 39, n. 2, p. 144, 12 jan. 2016. Universidade Federal de Goiás. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v39i2.37491>.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário aos artigos 231 e 232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil volume único**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. ISBN 9788553617593.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio**: lei nº 6. 001/1973. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.